InDret

Revista para el análisis del derecho

4.26

-

Octubre de 2026

Sumario 4.26

Editoriales

-

La Propuesta de EU KIDS ACT. Entre la autonomía digital de los menores y la seguridad de los servicios i-vi
Antoni Rubí Puig

-

Veinte años de InDret Penal vii-viii
Jesús-María Silva Sánchez

-

Frente a la superpoblación carcelaria, mayor uso del régimen abierto ix-xv
Elena Larrauri

-

Derecho privado

-

De la responsabilidad social voluntaria a la diligencia debida obligatoria: transformación del gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores en el Derecho europeo de la sostenibilidad 1-59
Josefa Brenes Cortés

-

La discapacidad sobrevenida y el artículo 97 CC: revisión del juicio de desequilibrio económico a la luz de la Ley 8/2021 (Disability Acquired During Marriage and Article 97 CC: A Reassessment of the Economic Imbalance Test under Act 8/2021) 60-86
Ana María Arroyo Moreno

-

La finalidad de las Comfort Letters o Cartas de Patrocinio en las financiaciones bancarias: Reflexiones sobre su origen, interpretación y su finalidad y propuestas de solución a cuestiones problemáticas 87-154
Oriol Espar y Ernesto Suárez

-

La subjetivación del juicio de transparencia y la crisis estructural del modelo de enjuiciamiento en las acciones individuales y colectivas 155-201
Saúl Gonzalez Garcia

-

El deber de explicaciones adecuadas en la contratación bancaria y los retos que plantea la digitalización 202-238
Roberto Couto Calviño
-
La colación hereditaria y la evaluación del bien: función distributiva, técnica valorativa y coherencia del sistema sucesorio 239-285
Vicenzo Barba
-
Tutela jurídico-privada de los datos de salud en el Reglamento (UE) 2025/327: intimidad, autonomía y responsabilidad por daños 286-316
Luis Corpas Pastor
-
Las fallas de mercado como fundamento teórico para una comprensión robusta del contrato y la protección del consumidor 317-354
Rodrigo Barcia Lehmann
-

Derecho Penal

-
El Derecho penal según Claus Roxin
Luis Greco 355-388
-

Sujeto y norma en el derecho penal internacional
Carlos Pérez del Valle. 389-426
-

Sobre el concepto de imputación en Derecho penal
Ricardo Robles Planas 427-445
-
Naturaleza humana e identidad personal: (algunas) implicaciones jurídico-penales 446-487
Juan Pablo Mañalich R.-

Castigar la contradicción. Exclusión social y coherencia del reproche penal 488-519
Rut Lopera Viñe

Criminología

-

Control policial des cannabis en España: entre la hiperactividad sancionadora y la escasez de investigación empírica 520-546
Jose María Lopez Riba y Charlie Lloyd-

Derecho público y regulatorio

-

La suspensión condicional de sanciones en el Derecho disciplinario deportivo internacional. Analísis del artículo 27 del Código Disciplinario FIFA a propósito del caso de Folarin Balogun 547-582
Rafael Valentín-Pastrana Aguilar
-
La acción pauliana en la derivación de la responsabilidad tributaria a menores: Una alternativa frente a la impunidad patrimonia 583-615
Santos Manuel Cavero López y Hugo Sánchez Alcalde-

La admisión de la querella: el inicio de proceso penal desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia 616-651
Guillermo Schumann Barragán
-

Actualidad

-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Gestió Adequada de Conflictes (setembre 2025-juny 2026). 652-680
Miriam Anderson

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal 681-745
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés
-
La responsabilidad penal a los 12 años: una propuesta desde las garantías y la mínima intervención 765-771
Esther Fernández-Molina
-

Vuelve la discusión sobre la edad penal: ni rebajarla, ni limitar su aplicación a los 18 años 772-778
Esther Giménez-Salinas**-**

Recensiones

-

ExLibris 746-764
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

InDret
4.2026

Editorial

La Propuesta de EU KIDS ACT. Entre la autonomía digital de los menores y la seguridad de los servicios

-

El pasado 17 de septiembre la Comisión presentó una nueva propuesta de Reglamento europeo titulado *«EU KIDS ACT»* (COM(2026) 681 final). A pesar de lo que su nombre podría sugerir, la propuesta no ofrece un régimen de protección integral de los menores de edad en la Unión, sino un conjunto de medidas para la regulación del acceso y el uso por estos de servicios de redes sociales y otras tecnologías digitales. El nombre de la propuesta es, en realidad, el acrónimo de *«EU Keeping Internet Digital Spaces Accountable and Trustworthy»*. Se suma, así, la Comisión a cierta tendencia en otros ordenamientos de recurrir a acrónimos llamativos que esconden nombres muchas veces forzados, como la USA PATRIOT Act (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) o la USA FREEDOM Act (*Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act*).

Planteada como uno de los compromisos personales de la Presidenta von der Leyen, la Propuesta de Reglamento por el que se establecen las condiciones para unos entornos digitales en internet fiables y responsables para los menores incluye esencialmente normas sobre la utilización por menores de redes sociales y otras tecnologías digitales, normas sobre diseño y seguridad de estas, y normas sobre gobernanza. La propuesta aparece en medio de cierto pánico moral sobre los riesgos y efectos perniciosos de las redes sociales y en medio de la ola de litigación, especialmente en EE.UU, contra sus operadores. Antes de la intervención europea, muchos ordenamientos ya habían presentado otras propuestas de limitación del acceso de menores a redes sociales y ahora el legislador europeo, así lo señala, persigue ofrecer unos estándares armonizados y un nivel de protección más homogéneo en la Unión (Considerando 3). Por ejemplo, en España, se presentó el año pasado el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (BOCG Nº 52-1, de 11.4.2025), que entre otras medidas, preveía la modificación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDYGDD) para elevar la edad para prestar el consentimiento a tratamientos de datos personales a los 16 años (DF 6ª). La modificación que se establecía afectaría de modo transversal al consentimiento para cualquier tratamiento de datos personales y no únicamente en entornos digitales o, específicamente, en redes sociales. Por otra parte, el Presi-

dente del Gobierno Pedro Sánchez anunció el pasado mes de febrero que impulsaría la prohibición de acceso a las redes sociales a menores de 16 años, pero todavía no se ha presentado ningún anteproyecto en este sentido, ni se lo espera después del avance electoral y, sobre todo, después de la publicación de la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT, que aquí comentamos.

No es el objetivo de este editorial ofrecer un examen de todas las medidas incluidas en la Propuesta. Me interesa únicamente apuntar algunas ideas sobre el impacto en el ámbito del derecho privado y, sobre todo, a partir de la combinación de medidas orientadas a la regulación de la autonomía personal de los menores de edad con otras orientadas a la seguridad desde el diseño de las tecnologías digitales.

Con arreglo a su artículo 1, la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT tiene por objeto establecer: a) una edad mínima armonizada para crear una cuenta en servicios de redes sociales en línea y servicios de plataformas de intercambio de vídeos; b) requisitos de seguridad armonizados para servicios de redes sociales en línea, servicios de plataformas de intercambio de vídeos, plataformas de videojuegos y tiendas de aplicaciones informáticas, y requisitos de seguridad armonizados para proteger a los menores en línea para los videojuegos, los compañeros de IA y los chatbots de propósito general; y c) normas armonizadas relativas a la garantía de la edad en línea.

Estas medidas se justifican con base en dos argumentos principales: (a) la falta de madurez suficiente de los menores o algunos de ellos para comprender las consecuencias derivadas del uso de las tecnologías digitales y, en particular, para advertir el impacto que pueden llegar a tener sobre su esfera personal y patrimonial (véase Considerando 38, por ejemplo); y (b) la mayor vulnerabilidad de los menores frente a los riesgos asociados con el uso de las tecnologías digitales (véanse, entre otros, Considerandos 1, 20 y 30).

En relación con el primer argumento, se ha destacado de ordinario que muchos menores no pueden comprender suficientemente las consecuencias de exponer aspectos de su vida privada, de mostrar determinadas imágenes personales, o de consentir a que sus datos personales sean tratados por un prestador de servicios digitales. Por ello, el derecho recurre habitualmente a la fijación tanto de reglas como de estándares para mitigar los problemas asociados a su inmadurez cognitiva, emocional y moral. Así, atendiendo a la evolución esperable de las facultades de los menores, se puede fijar una edad mínima para llevar a cabo un determinado acto o negocio jurídico o la validez de este puede hacerse depender de un estándar como el de la madurez o capacidad natural.

Una de las innovaciones más importante en la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT es el enfoque empleado en la regulación de la capacidad de los menores para acceder a determinadas tecnologías. El sistema parte de una adquisición progresiva y gradual de capacidad en entornos digitales en atención a la madurez de aquellos. Así, según el régimen de acceso que establece, los menores de 15 años no podrían crear cuentas autónomas en servicios de redes sociales o de compartición de videos que presenten riesgos para la privacidad, seguridad o la protección de los menores (art. 6.1.). Para los menores de 13 a 15 años, se prevé la intervención parental mediante cuentas vinculadas a las de sus progenitores o tutores (art. 6.2). Estas cuentas permitirían el acceso a redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos adaptadas a la edad de los menores, incorporando medidas de protección como la limitación de los contactos sociales y del tiempo de uso a un máximo de una hora diaria. Por su parte, los menores de entre 3 y 13 años no podrían acceder a las redes sociales, aunque sí a servicios de intercambio de vídeos específicamente diseñados para niños, mediante cuentas gestionadas por sus progenitores o

tutores (art. 7)[1]. La propuesta parte así de una adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores que tiene en cuenta el progreso cognitivo, moral y emocional de estos. Este sistema gradual ha sido calificado como de acceso aplazado a las redes sociales (*social media delay*) y no como una prohibición de acceso (*social media ban*).

La solución europea contrasta con otros enfoques más rígidos, como el adoptado por el legislador francés, que estableció, en relación con las redes sociales, la ineficacia del consentimiento prestado tanto por menores por debajo de 15 años como por sus representantes legales en su nombre. La prohibición de uso de las redes sociales fue incluida en el artículo 1 del proyecto que llevó a la *Loi n° 2026-813 du 24 août 2026 visant à protéger les mineurs des risques auxquels les expose l'utilisation des réseaux sociaux* (JORF n°0197 du 25 août 2026). Antes de su aprobación definitiva, el artículo 1 fue declarado inconstitucional por sentencia del *Conseil constitutionnel* de 14 de agosto de 2026 (Cons. const., déc. n° 2026-911 DC du 14 août 2026). El *Conseil constitutionnel* entendió que la protección del interés superior del menor y del orden público justificarían que el legislador limitara la libertad de acceso de los menores a estos servicios; ahora bien, para el Tribunal, el precepto era desproporcionado, al incluir una prohibición generalizada, sin tener en cuenta las funcionalidades del servicio ni la situación del menor, y sobre todo, sin dejar margen de maniobra a los titulares de la potestad parental. La Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT evita este extremo.

Para los menores de 15 años se confía en el control parental. Los responsables parentales –«tutores» en la terminología de la propuesta– podrán establecer un límite de tiempo máximo, preaprobar posibles nuevos contactos y fijar un límite máximo en el número de contactos. La responsabilidad parental comprende el deber de velar por los hijos (art. 154 CC). No se trata de un derecho de los progenitores, sino de un deber en atención a los intereses del menor. Estas facultades de intervención pueden, sin embargo, incidir en la esfera personal de los menores y restringir su autonomía digital. Entre otras, pueden plantearse situaciones en las cuales unos progenitores se opongan a algunos actos de ejercicio por los menores de derechos vinculados con su autonomía digital; situaciones en las cuales los progenitores deciden recurrir a sistemas técnicos de control parental para restringir el acceso a contenidos que, sin ser ilícitos o peligrosos, los progenitores aborrecen; o situaciones en las cuales aquellos deciden acceder, sin autorización de los menores, a contenidos que forman parte de la intimidad personal de estos. Por ejemplo, se ha criticado como el control parental puede comportar una limitación desproporcionada en el acceso a información relevante para el desarrollo de la personalidad de los menores, especialmente, contenidos sobre educación sexual, pluralismo ideológico, aborto, anticoncepción, activismo político o sobre colectivos LGTBIQ+[2]. Sea como fuera, incluso para los servicios utilizados por menores de 13 años, el art. 7.4 de la Propuesta prescribe que «*[e]l diseño y el funcionamiento del acceso controlado por el responsable parental [...] no deberán restringir de manera desproporcionada la privacidad del menor y deberán apoyar la autonomía y la capacidad de decisión del menor, de acuerdo con la evolución de sus capacidades*». Una nueva manifestación del enfoque gradual de la Propuesta.

En relación con el segundo argumento –la mayor vulnerabilidad de los menores de edad frente a los riesgos–, se han identificado muchos peligros derivados del uso de diferentes tecnologías digitales. En algunos casos, se trata de riesgos generales, que pueden afectar tanto a menores

[1] La Propuesta prevé que los EEMM puedan establecer una edad mínima más alta para categorías específicas de contenido, como el contenido pornográfico o los juegos de azar (véanse Considerandos 20 y 38; y artículos 7.2 y 16.3).
[2] Vid., p.e., TAKHSHID, Zahra, «Children's Digital Privacy and the Case Against Parental Consent», *Texas Law Review*, vol. 101, núm. 6, 2023, pp. 1417-1455.

como a mayores de edad, mientras que, en otros supuestos, los riesgos son idiosincráticos de los menores o, dada su mayor vulnerabilidad, pueden tener un impacto superior en estos. Entre los diferentes riesgos, pueden destacarse, entre otros, los siguientes: adicción, exposición a contenidos dañinos o inadecuados, tendencias suicidas y autolesivas, sobreexposición, *cyberbulling*, violencia sexual, o pérdidas patrimoniales[3]. El debate sobre estos riesgos se ha acentuado después de que se publicaran reportajes sobre el conocimiento por parte de responsables de algunas redes sociales como Instagram y TikTok de los riesgos de adicción en menores, derivados de algunas decisiones sobre el diseño de los servicios y de los sistemas de recomendación[4]. También, noticias sobre suicidios y comportamientos lesivos en el uso de chatbots de inteligencia artificial generativa llevan a cuestionar la adecuación de estos servicios digitales para menores y han motivado ya varios pleitos.

En relación con la protección frente a los riesgos en entornos digitales, la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT establece obligaciones vinculantes de seguridad desde el diseño, es decir, manda la incorporación de medidas de seguridad y protección de la infancia desde la fase de diseño y configuración de los servicios digitales. En este sentido, la Propuesta pretende concretar y reforzar las obligaciones de protección de los menores previstas en el marco normativo europeo, particularmente en el artículo 28.4 del Reglamento de Servicios Digitales, transformando en exigencias jurídicas vinculantes determinados criterios que hasta ahora se recogían en instrumentos de carácter orientativo, como las *Directrices de la Comisión sobre medidas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores en línea* (C/2025/5519). Estas reglas en la Propuesta se alinean con otras sobre requisitos de seguridad de tecnologías digitales como, en EE.UU., las incluidas en las propuestas de *Kids Online Safety Act* (KOSA) (2022) y la *Children and Teens' Online Privacy Protection Act* (COPPA 2.0) (2023); en Italia,en la propuesta de ley sobre *disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale*, presentada el 29 de mayo de 2024, actualmente en tramitación; o en el Reino Unido, la *Online Safety Act* de 2023.

Las reglas de seguridad desde el diseño previstas en la Propuesta se aplican a un conjunto amplio de tecnologías digitales, que comprenden a los prestadores de servicios de redes sociales en línea, de servicios de plataformas de intercambio de vídeos, de juegos en línea, de compañeros de IA, de chatbots de propósito general y de tiendas de aplicaciones informáticas. Siguen algunos ejemplos.

El artículo 9 prohíbe los patrones de diseño adictivo para los prestadores de redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos. Estos deberán evitar mecanismos que fomenten el uso compulsivo, como la reproducción automática sin interrupciones efectivas, las notificaciones que dificulten abandonar el servicio y los incentivos a la interacción frecuente. Asimismo, deberán establecer límites de uso y pausas que protejan el sueño y el horario escolar. El artículo 10 se refiere a los sistemas de recomendación: los prestadores de redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos deberán priorizar las preferencias expresas de los menores, desactivar por

[3] Sonia LIVINGSTONE y Mariya STOILOVA han propuesto una taxonomía de riesgos para menores en entornos digitales denominada «4Cs», que clasifica los riesgos en cuatro categorías: *content, contact, conduct* y *contract*. Vid. LIVINGSTONE, Sonia/STOILOVA, Mariya, *The 4Cs: Classifying Online Risk to Children*, Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut, 2021 (disponible en: https://doi.org/10.21241/ssoar.71817). La Comisión Europea ha añadido una quinta C: «*cross-cutting risks*» o riesgos transversales. Vid. *Directrices sobre medidas para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores en línea, de conformidad con el artículo 28, apartado 4, del Reglamento (UE) 2022/2065* (C/2025/5519) (DO C 10.10.2025).

[4] En cualquier caso, la relación entre redes sociales y salud mental de niños y adolescentes es compleja. Vid. GALEA, Sandro/BUCKLEY, Gillian J. / et al., *Committee on the Impact of Social Media on Adolescent Health, Board on Population Health and Public Health Practice*, National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, 2023.

defecto las recomendaciones basadas en señales implícitas de comportamiento y evitar contenidos que pongan en riesgo su seguridad. También deberán ofrecer controles accesibles y opciones de recomendación no basadas en la elaboración de perfiles. Con arreglo al artículo 11, las redes sociales y plataformas de vídeo deberán aplicar ajustes que garanticen elevados niveles de privacidad y seguridad, desactivando por defecto la geolocalización, el acceso al micrófono y la cámara, las sugerencias de cuentas, la sincronización de contactos y las notificaciones push. Estas plataformas deberán impedir también los contactos directos no autorizados previamente por el menor, limitar la visibilidad de su información y establecer salvaguardias frente a interacciones potencialmente perjudiciales (artículo 12). Finalmente, según el artículo 13, los prestadores de redes sociales y plataformas de vídeo deberán garantizar la transparencia de las operaciones económicas dirigidas a menores, informar previamente de las transacciones y del valor monetario de las monedas virtuales, y prevenir prácticas que incentiven el gasto excesivo, incluidos los sistemas de recompensas aleatorias.

En relación con los compañeros de IA y chatbots conversacionales generales, el artículo 14 establece que sus proveedores deberán adoptar medidas proporcionadas para proteger la salud, la seguridad, los derechos fundamentales y el bienestar de los menores. En particular, deberán evitar diseños que generen dependencia emocional mediante la simulación de relaciones interpersonales y aplicar salvaguardias contra su uso compulsivo. Cuando estas herramientas estén integradas en otros servicios, deberán permanecer desactivadas por defecto y permitir, además, una desactivación sencilla. Con arreglo al artículo 15, los proveedores de juegos en línea deberán prevenir también el uso compulsivo, establecer configuraciones seguras por defecto, proteger las interacciones entre usuarios y facilitar herramientas de supervisión parental. También deberán impedir que los juegos induzcan a los menores a establecer contactos potencialmente peligrosos en otros servicios. Finalmente, según el artículo 16 de la Propuesta, los proveedores de tiendas de aplicaciones deberán implantar sistemas de clasificación por edades para todas las aplicaciones, impedir que los menores accedan o compren aplicaciones inadecuadas para su edad, verificar la edad de los usuarios y publicar los criterios y métodos de clasificación.

En buena medida, la Propuesta contribuye a delimitar con mayor precisión el estándar de diligencia exigible a varios proveedores de servicios digitales orientado a la protección de los derechos e intereses de los menores de edad. En lugar de limitarse a recomendar buenas prácticas, el establecimiento de obligaciones normativas específicas permitiría evaluar la conducta de las plataformas a partir de parámetros jurídicos previamente definidos, que serán especialmente muy relevantes para la aplicación pública de la norma (artículo 34). Pero, además, esta evolución podría tener consecuencias relevantes en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. En particular, la existencia de un estándar legal de diligencia explícito podría facilitar que los menores perjudicados, a través de sus representantes legales cuando corresponda, fundamentasen reclamaciones indemnizatorias ante los tribunales nacionales por los daños psicológicos o emocionales derivados de determinadas prácticas de diseño digital. Si, por ejemplo, una plataforma incumpliera obligaciones específicas destinadas a prevenir patrones de utilización compulsiva y dicho incumplimiento pudiera vincularse causalmente con un perjuicio psicológico acreditado, las disposiciones de la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT podrían servir como parámetro normativo para valorar si el proveedor actuó o no con la diligencia jurídicamente exigible.

En este contexto, estos deberes de seguridad desde el diseño podrían reducir las dificultades interpretativas asociadas a la identificación del deber de cuidado aplicable a las empresas

tecnológicas en sus relaciones con niños y adolescentes. La cuestión ya no consistiría únicamente en determinar si una plataforma actuó de forma razonable conforme a criterios generales de buena práctica, sino también en examinar si observó las obligaciones concretas establecidas por el legislador europeo. Por supuesto, el incumplimiento de una obligación de seguridad no presume *per se* la negligencia, ni genera automáticamente responsabilidad civil, pero puede facilitar mucho la prueba de la imputación subjetiva y objetiva. De forma muy clara, la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT delimita muy bien los riesgos de daño que persigue evitar e identifica a los menores como los sujetos destinatarios de la protección ofrecida por sus normas. En cualquier caso, la viabilidad de estas acciones dependerá del contenido definitivo de la norma, de su relación con las reglas nacionales de responsabilidad civil y de la posibilidad de acreditar los restantes elementos exigidos por el ordenamiento aplicable, entre ellos la existencia de un daño indemnizable y la relación de causalidad entre la conducta del proveedor y el perjuicio sufrido. Las incertidumbres sobre los dos últimos requisitos son muchas y de calado.

En estos momentos, es muy difícil predecir si esta iniciativa va a cristalizar en un nuevo Reglamento y, en su caso, si las normas propuestas van a sufrir muchos o pocos cambios. Hay, al menos, dos cuestiones que no invitan al optimismo. Primero, las diferencias entre varios ordenamientos europeos que yan han aprobado normas sobre el acceso de menores a redes sociales y sobre la capacidad de estos en entornos digitales pueden hacer descarrilar la Propuesta en el marco del Consejo: de hecho, no queda claro hasta qué punto la competencia basada en el mercado interior (artículo 114 TFUE) ha de desplazar la competencia de los EEMM sobre decisiones tradicionales de derecho privado, como las referidas a la autonomía y a la capacidad de obrar de sus menores de edad[5]. Y segundo, dada la situación geopolítica de la Unión, otros asuntos más prioritarios pueden retrasar los debates sobre la Propuesta de Reglamento EU KIDS ACT y relegarla a un plano secundario.

Antoni Rubí Puig

[5] Véase Esther FORSON, «From Tobacco to TikTok: The KIDS Act and the Expansion of EU Harmonisation Powers», *European Law Blog*, 9 October 2026.

InDret
4.2026

Editorial

Veinte años de InDret Penal

La supervivencia de una revista jurídica gratuita no es siempre cosa fácil. Las labores de recepción de originales, de remisión a evaluadores y de edición no están profesionalizadas prácticamente nunca, de modo que dependen del entusiasmo juvenil del profesorado en formación y de la generosidad no menos entusiasta, aunque ya no tan juvenil, del profesorado consolidado. En todo caso, de un voluntarismo que pasa por momentos mejores y otros no tan buenos y que, en no pocas ocasiones, cede al agotamiento. Si resulta que, además, la revista en cuestión acoge el sistema de revisión por pares, las cosas son todavía más difíciles, dado que hay que incluir el esfuerzo gratuito de los evaluadores, la diligencia de los secretarios de redacción y, en ocasiones, la escasez de originales disuadidos por sistemas especialmente exigentes de evaluación.

Pues bien, aun dándose en ella todas las circunstancias anteriores, y algunas más, lo cierto es que InDret Penal ha sobrevivido veinte años con bastante buena salud. Esto se debe al esfuerzo de decenas de personas, que ahora se hallan en muchos países distintos y que, en su paso por la Universidad Pompeu Fabra, dedicaron horas y horas a arrimar el hombro para que la revista saliera puntualmente. Junto a ellas, los subdirectores y secretarios de redacción han llevado a cabo una encomiable labor de coordinación y dirección. En este punto, el especial éxito alcanzado por las secciones de jurisprudencia y de bibliografía, que se unieron algo más tarde al proyecto, ha contribuido también a que hoy en día no sea posible hablar de Derecho penal en lengua española sin mencionar a InDret.

¿Tendrá futuro el modelo InDret? Nunca se sabe, pero el empeño está ahí. Es el mismo afán que, a partir de los años sesenta del siglo XX, propició que la doctrina jurídico-penal en lengua española diera un salto de gigante al asumir el método dogmático de cuño alemán y aplicarlo con rigor extremo tanto a la Parte General como a la Parte Especial. Los nombres que, a uno y otro lado del Atlántico, asumieron esa tarea titánica y la culminaron con éxito están, creo, en la memoria de todos. En realidad, puede hablarse ya de tres generaciones de penalistas que han dedicado su vida a ese empeño que trasciende las personas y las naciones. Pues bien, InDret Penal está empecinada –lo ha estado desde su origen– en recibir el testigo que todos ellos han entregado y en mantenerlo, de modo que su herencia no se dilapide.

Es decir, sigue apostando, con más ímpetu si cabe, por ocuparse ante todo de aquello que trasciende a la situación coyuntural de la legislación de un determinado país. Expresado de otro modo, por dar acogida a reflexiones sobre lo trasnacional y lo –relativamente– permanente. Hace muchos años, en estas mismas páginas, apuntaba que «la, por muchos reclamada, permanente atención a la coyuntura puede llevar a que nunca haya coyuntura para lo permanente»; InDret representa, por continuar con la paradoja, esa «permanente coyuntura de lo permanente». Pero ¿qué es lo permanente? Desde luego, en primer lugar, lo es la filosofía del Derecho penal entendida sobre todo como teoría de la legitimación de la prohibición bajo pena y del castigo. En este caso, la permanencia y el grado de abstracción del objeto de discusión ha propiciado que el debate sobre este complejo de cuestiones no solo haya desbordado las fronteras nacionales, sino también las de las tradiciones jurídicas. Transnacional y permanente es, asimismo, la discusión sobre los límites del Derecho penal, es decir, sobre las garantías jurídico-políticas, formales y materiales, del Derecho penal. Y desde luego lo es la dogmática.

Junto con la filosofía del Derecho penal y la política del Derecho penal, la dogmática constituye sin duda la gran vocación de esta revista. Desde luego, la dogmática de la Parte Especial, siempre que esta se entienda como algo trascendente a la mera exégesis de un tipo. En este ámbito, una aproximación institucional a la Parte Especial que la conciba como *tertium comparationis* de dos o más ordenamientos legales –la acogida del método iuscomparatista– resulta especialmente bienvenida. Y, desde luego, también lo es cualquier estudio encaminado a la construcción de una teoría general –transversal– de la Parte Especial.

Last y, desde luego, *not least*, quien conozca la trayectoria de InDret Penal sabe de sobra la importancia que en la revista se otorga a la dogmática de la teoría del delito. Es cierto que, en los últimos años, parece haber disminuido el número de sus cultivadores. Sin embargo, esta circunstancia no debe arredrar a quienes mantienen la vocación de contribuir a su desarrollo. Si hubiera que singularizar el impulso de la doctrina hispanoparlante de la segunda mitad del siglo XX, desde luego no cabe duda de que el estudio de la teoría del delito fue el gran motor de la obra de aquellas generaciones ilustres. Aunque solo fuera por eso, y en homenaje a ellas, mientras exista InDret Penal esta revista seguirá aspirando a constituir el gran foro de la dogmática iberoamericana de la Parte General.

Jesús-María Silva Sánchez

InDret
4.2026

Editorial

Frente a la superpoblación carcelaria, mayor uso del régimen abierto[*]

Hace unas semanas se publicó en *El País* la noticia de que "Cataluña planea hasta 700 plazas nuevas de cárcel en módulos ante el aumento de presos" (Cordero, 2026). El artículo advierte que la capacidad del sistema penitenciario catalán es de 10.014 personas y que en la actualidad hay 9.583 (un "aumento de 1.900 personas en los últimos cuatro años"), para lo cual se prevé la construcción de módulos prefabricados en centros penitenciarios en los cuales exista espacio para ello. También en el conjunto de la Administración General del Estado en 2024 se ha producido un incremento de 1.481 internos respecto de 2023 (SGIP, 2024).

¿Qué problemas conlleva el aumento de la población en prisión? El incremento de la población carcelaria en ocasiones es celebrado como un triunfo de la administración de justicia, como un indicador de mayor eficacia estatal o como una respuesta positiva a las -presuntas- demandas de la población. Sin embargo, los gobernantes son también plenamente conscientes de que ese aumento representa un potencial retorno a viejos problemas conocidos. Entre ellos, la necesidad de destinar cuantiosos recursos a la construcción y el mantenimiento de un centro penitenciario cerrado; el riesgo de la masificación de la prisión y, por lo tanto, de que las celdas diseñadas para una persona deban ser ocupadas por dos o tres internos; las enormes dificultades que afrontan los profesionales que trabajan en un centro sobrepoblado; y la posible intensificación de los conflictos y la violencia entre los presos.

¿Por qué aumenta ahora la población penitenciaria? Los motivos principales por los que se produce este nuevo aumento han sido estudiados (Cid y Varona, 2026) y pueden resumirse en lo siguiente: un menor uso de la libertad condicional (7.000 internos que podrían estar en la calle prefieren no pedirla dado el endurecimiento de las condiciones de esa libertad desde 2015); un crecimiento de condenas por delincuencia sexual; y un aumento de condenas por otros delitos. Este último factor es atribuible frecuentemente a una mayor presión

[*]Esta investigación se inscribe en el proyecto "La prisión en medio abierto en España y el principio de normalización: Análisis empírico de las condiciones de vida en régimen abierto (PrisMA)". Referencia: PID2023-151158NB-I00. Financiado por: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

policial sobre la pequeña delincuencia por las campañas (*Kanpai*) de los mossos d'esquadra, acompañada por los últimos cambios legislativos que permiten dictar pena de prisión por la multirreincidencia del delito de hurto.

¿Cuál puede ser una respuesta diferente al aumento de personas en prisión? Frente a la tradicional y reiterada alternativa de aumentar la capacidad de la prisión tradicional y/o construir nuevas cárceles, quisiera abogar por un mayor uso del régimen abierto, esto es, la posibilidad de que las personas condenadas a penas de prisión cumplan su condena en los Centros de Inserción Social, denominados en Cataluña Centres Oberts (y que la comunidad criminológica internacional conoce con diversos nombres como "prisión abierta" o "prisión de baja seguridad").

¿En qué consiste el régimen abierto? El régimen abierto en España conlleva que la persona realiza actividades afuera durante el día, y vuelve al recinto a dormir cada noche. Además del control en las entradas y salidas, recuentos, control estricto de las actividades y movimientos en el centro, y controles analíticos, el interno está supervisado por los trabajadores del centro abierto que procuran que esté conectado y acuda a la red de servicios sociales (por ejemplo, servicios sanitarios para enfermedad mental y drogadicciones; o laborales, para efectos de inserción laboral).

La "prisión abierta" tiene ventajas sobre la prisión tradicional. Es una pena restrictiva de libertad y en consecuencia se ejerce un control sobre la persona condenada, pero sin privarla totalmente de los lazos con el exterior ya sea su familia, su red de apoyo o sus vínculos laborales. Además, aunque la prisión abierta implica control de entradas y salidas, recuentos, controles analíticos, y personal de vigilancia, el gasto en seguridad es mucho menor (por ejemplo, no requiere la construcción de muros externos ni inversión en seguridad estática, típicos de una prisión cerrada). Por otro lado, aunque se trate de un lugar para el cumplimiento de penas de prisión, allí las condiciones de vida no involucran los males que se suelen asociar con la prisión (falta de actividad, tedio, presión y conflicto propios de la convivencia en grupo todo el día y cada día, y conatos de violencia asociados a la permanencia en un mismo espacio con un mismo grupo durante largas temporadas). Finalmente, está demostrado que el paso por una prisión abierta, precisamente porque conlleva una supervisión intensa, ayuda a reducir las tasas de reincidencia (CEJFE, 2023; Karimi *et al.*, 2025; Mastrobuoni y Terlizzese, 2022; Neumann *et al.*, 2026).

A pesar de esas ventajas probadas, y pese a que repitamos una y otra vez que en el régimen abierto las personas cumplen penas de prisión, esto es, que *la prisión abierta es "prisión"*, sé que es difícil convencer a quienes se mantienen presos de la imagen de un delincuente sumamente peligroso. Por eso conviene recordar que la mayor parte de la delincuencia que puebla nuestras prisiones es delincuencia repetitiva, pero de menor gravedad y que, de hecho, en España se impusieron 168.750 condenas de penas de prisión en el año 2024 y, de ellas, solo 2.377 fueron superiores a 5 años[6]. Estamos por consiguiente frente a una delincuencia para la cual la prisión tradicional y sus estrictas medidas de seguridad son claramente excesivas y redundantes. Son personas que delinquen mucho y que presentan "perfiles complejos" (como advierten los profesionales del tratamiento), pero son perfiles complejos en términos de necesidades sociales: drogadicción,

[6] https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25715

salud mental, desestructura familiar, falta de vivienda y falta de documentación que les permita identificarse. La necesidad del castigo por el delito realizado es baja, pero la atención a las necesidades sociales que requiere su integración social es alta.

Frente a ello, las opciones habituales con estas personas son: enviarlas a la prisión tradicional y cuando han cumplido su condena dejarlas en la calle (a veces con alguna ayuda social que pueda haberse activado mientras cumplen condena, pero muchas otras veces en condiciones más precarias de las que tenían cuando entraron en prisión), o enviarlas a un centro abierto donde se pueda ir afrontando las necesidades sociales que tienen estas personas.

Las "prisiones abiertas", los Centros de Inserción Social (y los Centres Oberts), se deberían configurar como un centro desde el cual se ejerce un control y al mismo tiempo se coordinan todas las redes de servicios sociales existentes para que esta persona pueda recibir tratamiento y supervisión; son una prisión de menor seguridad y un "hub" de distribución de servicios sociales (Comfort, 2007).

¿Cómo se llega al régimen abierto? Primera posibilidad: acceso directo. Hay dos formas de potenciar el uso de las prisiones abiertas. La primera ha consistido en estimular su uso por parte de la administración penitenciaria mediante la aprobación del *Protocolo de Ingreso Directo en medio Abierto* (SGIP, I 6/2020, diciembre 2020) y del *Protocol per a l'ingrés i Classificació en Centres Penitenciaris Oberts* (*Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima*, novembre 2020), los cuales permiten que las personas condenadas a penas inferiores a cinco años de prisión vayan directamente a cumplir su condena a los centros abiertos. Se intenta que el ingreso en un Centro Abierto se vea como una alternativa equivalente para el cumplimiento de una pena de prisión.

Estos protocolos no han sido muy exitosos en el impulso de la prisión abierta, debido a que en muchas ocasiones son desconocidos por los propios condenados (y sus abogados) y también porque los protocolos fueron elaborados de forma muy cautelosa. Así, por ejemplo, además de que se trate de delincuencia poco grave (condena inferior a cinco años) se exige que la persona no tenga antecedentes penitenciarios[7]. De forma aún más sorprendente el protocolo de la Administración General del Estado requiere "primariedad delictiva". En la práctica este requisito impide el éxito de la iniciativa porque la persona que no tiene antecedentes penitenciarios, o es primaria, generalmente habrá obtenido la suspensión de la pena de prisión por el juez.

En 2024 hubo 28.846 entradas efectivas en prisión en España de las cuales solo un 8.2% tenía una condena superior a cinco años (Cid, comunicación personal, 2026). Es decir que el 91.8% de quienes ingresaron habrían sido candidatos potenciales para acceder a un Centro de Inserción Social (y Centres Oberts) si la exigencia de "falta de antecedentes" no existiera en el protocolo. Lo que se requiere por consiguiente es asumir que las personas condenadas a penas inferiores a

[7] De forma genérica los requisitos que ambos protocolos exigen son: a. La persona debe ingresar voluntariamente en prisión. b. La pena debe ser de un máximo de 5 años. c. El infractor no debe tener condenas previas de prisión. d. El infractor está obligado a satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito. e. El último delito debe haberse cometido hace tres años. f. El infractor está obligado a tener un empleo o a realizar alguna otra actividad social significativa. g. El infractor debe contar con una red de apoyo social. h. Se requiere que el infractor no padezca adicciones a las drogas, o bien que estas ya estén siendo tratadas.

5 años de prisión (además de las mujeres condenadas y las personas que no han pagado responsabilidad personal subsidiaria, por ejemplo)[8] pueden cumplir su condena en los Centros de Inserción Social (y Centres Oberts). Se debe aceptar la idea que una pena de prisión puede cumplirse en distintos establecimientos (alejados de la imagen de prisión panóptica del siglo XIX). En Noruega, por ejemplo, el 65% de las condenas a prisión se cumplen directamente en una prisión abierta (Crewe *et al.*, 2023).

¿Cómo se llega al régimen abierto? Segunda posibilidad: progresión desde una prisión cerrada. La segunda forma de acceso es mediante progresión, es decir, que la persona condenada a prisión haya cumplido una parte de su condena en la prisión tradicional, en un centro ordinario y pueda progresar a un centro abierto. No obstante, también esta vía encuentra dificultades en la práctica.

Por un lado, el reglamento penitenciario (art.102.2.4) solo indica que la persona debe tener "capacidad de vivir en semilibertad". No obstante, la Instrucción dictada por la Administración Penitenciaria y su interpretación por las juntas de tratamiento se ha encargado de añadir una plétora de requisitos como, por ejemplo, tener o estar en disposición de tener trabajo, familia, vivienda, y red social[9]. Ciertamente, son condiciones que se pueden encontrar en la clase media, pero de las cuales carecen muchas de las personas que van a prisión y que, por lo tanto, no pueden progresar a régimen abierto[10]. En el caso de una pena de prisión de 6 meses, por ejemplo, por un delito leve y con un riesgo de reincidencia y/o de delincuencia grave menor, la pregunta es si la persona debe permanecer hasta el último día de cumplimiento de su condena en una prisión cerrada con medidas de seguridad intensas solo porque no hay un recurso residencial o sanitario al que pueda ser enviada. De esta forma se confunden las necesidades de la pena, con las necesidades de integración social, que lógicamente requieren mucho más tiempo.

La concepción de que la persona no puede progresar en el sistema penitenciario hasta que sus necesidades de reintegración social no estén resueltas es una herencia desafortunada de la ideología correccional del siglo XIX. El objetivo fundamental del sistema penal es establecer una pena proporcional al delito ocasionado, y para determinar la proporcionalidad en función de la gravedad del delito se debe tener en cuenta el tiempo de pena y -lo que a veces se olvida- el *tipo* de pena (no todos deben ir a una prisión cerrada). En este marco de tiempo se intenta resolver

[8] Se debe tener en cuenta que, de acuerdo con los datos de la SGIP (2024), aproximadamente 2000 personas entran mensualmente en prisión a cumplir una condena de menos de 30 días en prisión.

[9] Instrucción 9/2007 de Clasificación y destino de penados. Progresiones a tercer grado: Internos que presenten una *evolución favorable* en segundo grado de tratamiento, contrastada a través de datos tales como:

1. Haber obtenido una *valoración normal o superior en las evaluaciones*, dentro de las actividades programadas con carácter prioritario en el PIT.

2. Estar incluido en un programa de tratamiento al que se le pueda dar continuidad en medio comunitario.

3. Permisos disfrutados sin incidencias o internos que, sin haber disfrutado permisos, su evolución y las fechas de cumplimiento aconsejan un tercer grado.

4. Ausencia de sanciones disciplinarias

(…) En todo caso, la inexistencia de oferta laboral en el exterior no supondrá "per se" la asignación de un régimen restringido si el penado está incluido en otras actividades educativas, terapéuticas, etc.…

[10] Si bien la falta de integración social es probablemente el mayor obstáculo para progresar, la ley general penitenciaria también requiere que la persona condenada haya satisfecho la responsabilidad civil (art.72.5 LOGP).

determinadas carencias de la persona condenada, pero estas necesidades no permiten imponer una pena de mayor severidad o que la pena se alargue, cosa que sucede cuando la persona no progresa a un centro de menor severidad como probablemente amerita la gravedad del delito cometido. Finalmente se trata de evitar que alguien permanezca en prisión porque carece de un recurso residencial.

Además de la interpretación de la ley y de los requisitos previstos en la Instrucción 9/2007 hay que sumar las múltiples exigencias añadidas por la práctica de los profesionales de las juntas de tratamiento (Pedrosa, 2025). En un estudio sobre permisos (Larrauri, 2020) destaqué que una vez se cumplen los criterios objetivos previstos en la LOGP (art.47: la persona no tiene mala conducta, ha cumplido ¼ parte de la condena y está en régimen ordinario) la administración penitenciaria puede llegar a evaluar hasta 67 factores para la concesión de un permiso. De estos, los criterios más recurridos para negar un permiso de salida son la falta de participación o compleción de los programas de tratamiento, la falta de reconocimiento del delito y la falta de pago de la responsabilidad civil. Esto es lo que ocasiona que deba esperarse al cumplimiento de las ¾ partes de la condena para que un 51,5% de la población encarcelada goce de un permiso de salida.

La importancia de los permisos es doble: de un lado, porque si no se ha disfrutado de ellos es muy difícil progresar a régimen abierto (véase Instrucción 9/2007); y de otro lado, porque la evaluación que se realiza para conceder un permiso permite vislumbrar los criterios que los profesionales de las juntas de tratamiento consideran ineludibles antes de permitir que la persona condenada retome el contacto con el exterior.

En efecto, en ocasiones son los profesionales de las juntas de tratamiento de cada centro penitenciario quienes son reacios a dejarlo progresar, por ejemplo, porque no se han realizado aún todos los programas de tratamiento. No obstante, desde la perspectiva de los trabajadores de los centros abiertos, se insiste en que este trabajo puede realizarse en un medio abierto. En definitiva, hay una concepción de que alguien progresa "cuando ya lo ha realizado todo"; y otra que insiste en que se debe permitir la progresión cuando la persona ya no requiere las medidas de seguridad intensas que tiene la prisión tradicional, y que el restablecimiento de vínculos y controles debe llevarse a cabo precisamente desde la "práctica" diaria del medio abierto. El conocimiento por parte de los profesionales de los centros penitenciarios cerrados del trabajo que se realiza en los centros abiertos posiblemente sea una buena medida para aumentar la confianza en el régimen abierto. Como le oí decir a Louk Hulssman: "no sé porque lo llaman *sistema* penal, si todo el mundo trabaja por su lado y no de forma alineada".

Es cierto que también se escuchan quejas de los profesionales de los centros abiertos sobre la manera como se les derivan personas demasiado pronto, sin que "el riesgo esté bien atado". Probablemente estas se deben a la escasez de recursos sociales (vivienda, tratamiento de alcoholismo y salud mental, inserción laboral y tramitación de la documentación identificativa) en el mundo exterior que estén disponibles para las personas que ya están en la última parte de la condena. Y aquí resurge la pregunta de si la persona debe estar encerrada en condiciones de alta seguridad hasta alcanzar las condiciones de integración social de la clase media.

Por último, también es de destacar el obstáculo que representa la actividad de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria. Una investigación realizada mostró que en el período 2019-2024 se opuso en un 32,84% de los casos a la clasificación en régimen abierto. Los motivos más alegados son: la falta de esfuerzo reparador suficiente; los déficits tratamentales o no rehabilitación; la falta de permisos o progresión prematura; la tipología o gravedad del delito; el riesgo de reincidencia y la no responsabilización o reconocimiento de los hechos (González, 2026).

Excepto el primer criterio, que tiene apoyo legal (aun cuando es interpretable), los demás se basan en la concepción errónea de que las personas que presentan estos déficits deben permanecer en una prisión cerrada, lo cual desconoce el trabajo y control que se ejerce en los Centros de Inserción Social. Se requiere hacer pedagogía, pues aún la Memoria de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona (2024) asume que el tercer grado no es eficaz en reducir la tasa de reincidencia y considera que lo mostrado por las investigaciones criminológicas son solo el efecto de la autoselección. Esta es, paradójicamente, una posición derrotista: presume que la intervención que se realiza en el régimen abierto proporcionando recursos sociales y acompañando al interno no conllevan ninguna mejoría, pero supone que mantenerlos encerrados hasta el último día, y dejarlos directamente en la calle, es una buena estrategia, o una estrategia en todo caso preferible.

¿Hay espacio en los Centros Abiertos? El número de personas en los centros abiertos está aumentando también -como ya hemos señalado- porque no se solicita la libertad condicional (por lo menos no en el mismo porcentaje en que se solicitaba previo al endurecimiento de las condiciones que representó el cambio de 2015). No obstante, a pesar de la percepción de que los centros abiertos están saturados, aún hay margen para que el crecimiento de la población carcelaria se afronte mediante su mayor uso[11].

Es cierto que frente a la propuesta de conseguir un mayor uso de los centros abiertos se alega que han aumentado las regresiones, es decir, personas que desde los centros abiertos se ven regresadas a la prisión tradicional. Aunque falta más investigación para entender la magnitud real y los motivos de una tal regresión, hay que recordar que la pena de prisión cerrada, con o sin nuevos módulos en prisiones tradicionales, representa *solo aparentemente* una mejor "solución", y solo hasta que la persona salga de forma definitiva.

Elena Larrauri

[11] El porcentaje de reclusos clasificados en tercer grado o régimen abierto en España en agosto de 2026 es del 19,22% (sobre una población reclusa de 48.702 personas). La población reclusa total en agosto de 2026 es de 51.293 personas (si bien 2.591 aún no han sido clasificadas). Existen diferencias significativas entre las tres administraciones penitenciarias que coexisten en España (Güerri, 2025): en agosto de 2026, la Administración General tiene al 18,41 % de los reclusos en tercer grado o régimen abierto; la Administración Penitenciaria de Cataluña, al 21,64 %; y la del País Vasco, al 29,46 %. (https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/fondo-documental/estadistica-penitenciaria)

Referencias

Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE, 2023). *Taxa de reincidència a Catalunya 2020*. Justidata, 71.

Cid Moliné, José y Varona Gómez, Daniel (2026). El reciente incremento del encarcelamiento en España: ¿un cambio de tendencia?. *InDret*, 1.2026, vii-xiii.

Comfort, Megan (2007). Punishment Beyond the Legal Offender. *Annual Review of Law and Social Science*, 3, 271-296. https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.3.081806.112829

Cordero, Dani (2026). "Cataluña planea hasta 700 plazas nuevas de cárcel en módulos ante el aumento de presos". *El País*. 14 de septiembre de 2026. https://elpais.com/espana/catalunya/2026-09-14/cataluna-planea-hasta-700-plazas-nuevas-de-carcel-en-modulos-ante-el-aumento-de-presos.html

Crewe, Ben; Ievins, Alice; Larmour, Simon; Laursen, Julie; Mjåland, Kristian; Schliehe, Anna (2023). Nordic Penal Exceptionalism: A Comparative, Empirical Analysis. *The British Journal of Criminology*, 63(2), 424-443. https://doi.org/10.1093/bjc/azac013

González Jiménez, Albert (2026). El Ministerio Fiscal, ¿Un Nuevo Obstáculo Para Acceder Al Tercer Grado?. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 35, 411-449. https://doi.org/10.5944/rdpc.ENERO.2026.47527

Güerri, Cristina (2025). Los modelos de medio abierto en las tres administraciones penitenciarias de España. *InDret*, 4.2025, 276-313. https://doi.org/10.31009/InDret.2025.i4.09

Karimi-Haghighi, Marzieh; Castillo, Carlos; Tolan, Songül; Lum, Kristian (2025). Effect of conditional release on violent and general recidivism: A causal inference study. *Journal of Experimental Criminology*, 21, 407-449. https://doi.org/10.1007/s11292-023-09596-4

Larrauri, Elena (2020). Reducing Discretion in the Administration of Prison Leave: In Search of Legitimacy. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 26(2), 141-156. https://doi.org/10.1007/s10610-019-09424-4

Mastrobuoni, Giovanni y Terlizzese, Daniele (2022). Leave the Door Open? Prison Conditions and Recidivism. *American Economic Journal: Applied Economics*, 14(4), 200-233. https://doi.org/10.1257/app.20190038

Neumann, Merten; Schüttler, Helena; Klatt, Thimna (2026). A study on the impact of open doors: investigating the influence of short leave and open prison on recidivism rates. *Journal of Experimental Criminology*. https://doi.org/10.1007/s11292-026-09741-9

Pedrosa, Albert (2025). Las Juntas de Tratamiento en prisión: ¿Cómo toman sus decisiones?. *InDret*, 4.2025, 314-346. https://doi.org/10.31009/InDret.2025.i4.10

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP, 2024). *Informe General*. Madrid.

InDret

4.2026

Josefa Brenes Cortés
Universidad de Sevilla

De la responsabilidad social voluntaria a la diligencia debida obligatoria: transformación del gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores en el Derecho europeo de la sostenibilidad

Sumario

En el presente trabajo se analiza la responsabilidad de los administradores sociales derivada del incumplimiento del deber de diligencia en materia de sostenibilidad, conforme al ordenamiento jurídico español y del marco normativo europeo ESG. Se examina la evolución normativa que ha conducido a la integración de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en el estándar del «ordenado empresario» del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, con especial atención a las reformas de la Ley 31/2014 y la Ley 5/2021, y a la transposición pendiente de las Directivas CSRD (2022/2464) y CSDDD (2024/1760), así como el impacto del régimen armonizado de responsabilidad civil de la CSDDD y las tensiones que se plantean entre la discrecionalidad empresarial del artículo 226 LSC y el control judicial de las decisiones en materia de sostenibilidad. El artículo concluye con propuestas y conclusiones orientadas a dotar al ordenamiento español de un marco coherente y eficaz de responsabilidad de los administradores en esta materia.

Abstract

This article examines directors' liability arising from breaches of the duty of care in relation to sustainability under Spanish corporate law and the European ESG regulatory framework. It analyses the legislative developments that have led to the integration of environmental, social and governance (ESG) considerations into the standard of the «careful businessperson» (ordenado empresario) set out in article 225 of the Spanish Companies Act (Ley de Sociedades de Capital). Particular attention is devoted to the reforms introduced by Act 31/2014 and Act 5/2021, as well as to the pending transposition of the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) (Directive (EU) 2022/2464) and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) (Directive (EU) 2024/1760). The article further examines the implications of the harmonised civil liability regime established by the CSDDD and the tensions arising between business judgment rule under article 226 of the Spanish Companies Act and judicial review of corporate decisions relating to sustainability. Finally, it offers a number of proposals and concluding remarks aimed at providing the Spanish legal system with a coherent and effective framework governing directors' liability in this field.

Title: *From Voluntary Social Responsibility to Mandatory Due Diligence: The Transformation of Corporate Governance and Directors' Liability in European Sustainability Law*

Palabras clave: responsabilidad de los administradores; deber de diligencia; sostenibilidad; ESG; CSRD; CSDDD; LSC; business judment rule; interés social; objeto social; stakeholders.

Keywords: *directors' liability; duty of care; sustainability; ESG; CSRD; CSDDD; Spanish Companies Act; business judgment rule; corporate interest; corporate purpose; stakeholders.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.01

InDret

4.2026

Recepción
23/07/2026
-
Aceptación
23/09/2026
-

Índice

-

1. Introducción

2. La reconfiguración del gobierno corporativo en el Derecho europeo de la sostenibilidad: de la responsabilidad social voluntaria a la diligencia debida obligatoria y su impacto en la responsabilidad de los administradores sociales (CSRD, CSDDD y Taxonomía de la UE)

2.1. El nuevo marco normativo europeo de la sostenibilidad: CSRD, Reglamento de Taxonomía, CSDDD y SFDR

2.2. La interrelación de los instrumentos y los retos estructurales del sistema

2.3. De la responsabilidad voluntaria a la diligencia debida obligatoria: su impacto en el deber fiduciario de los administradores

3. La evolución del principio de responsabilidad empresarial en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

3.1. De los estándares internacionales de *soft law* a su incorporación al Derecho positivo

3.2. El deber de diligencia debida y el régimen de responsabilidad pluridimensional

3.3. La supresión del régimen armonizado de responsabilidad civil por la Directiva Ómnibus I

3.4. Responsabilidad empresarial, libertad de empresa y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea

4. Responsabilidad de los administradores y órganos de gobierno

4.1. Los deberes fiduciarios de los administradores y el gobierno corporativo sostenible en los Códigos de Buen Gobierno

4.2. La juridificación de la sostenibilidad en el Derecho societario español

4.3. El deber de diligencia, la discrecionalidad empresarial y los factores ESG

4.4. La sostenibilidad y la expansión del objeto social

4.5. La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones de sostenibilidad

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción

La gestión empresarial se encuentra en un proceso de transformación estructural impulsado por la creciente positivación de los parámetros de sostenibilidad en el Derecho europeo y nacional. Esta evolución se ha materializado, principalmente, mediante la incorporación de los estándares ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) como elementos centrales de la regulación y la supervisión empresarial.

Lo que durante décadas constituyó el ámbito de la responsabilidad social corporativa voluntaria, reducido a meras declaraciones programáticas de los consejos de administración, ha experimentado en los últimos años una mutación cualitativa de significativa trascendencia jurídica. Esta evolución se ha materializado mediante un doble fenómeno: de un lado, la aparición de un conjunto normativo interconectado que persigue, de forma simultánea, el aumento de la transparencia, la rendición de cuentas y la reorientación de los flujos de capital hacia actividades económicamente sostenibles; de otro, la progresiva asunción por parte de los distintos operadores jurídicos de un papel activo en la exigibilidad de estas obligaciones. Por ende, la sostenibilidad ha dejado de ser, como analizaremos en este trabajo, una opción estratégica discrecional para convertirse en una obligación legal exigible, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad patrimonial directa de los administradores societarios[1]. De forma paralela dicho proceso ha generado un cambio paradigmático en la percepción jurídica y social de la empresa. Mientras que tradicionalmente se concebía como un instrumento económico cuya finalidad primordial era la maximización del beneficio económico para sus titulares o socios, en la actualidad se configura como un ente con responsabilidades activas, titular de obligaciones

[1]Sobre el concepto de sostenibilidad empresarial y su progresiva juridificación, *vid*. ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA, (coord.), *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 271-312; EMBID IRUJO/DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, 2016; EMBID IRUJO, «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 316, 2020, *passim.* En torno a la evolución de la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad *vid.,* entre otros, LORENTE AGUILERA, «Sostenibilidad y Responsabilidad Social Corporativa», en LÓPEZ JIMÉNEZ/ZAMARRIEGO MUÑOZ (dirs.) *La sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 465-490, espec. pp. 467 ss. así como la bibliografía citada en la nota 8 del trabajo. La mejor doctrina ha destacado que la cuestión que subyace a la integración de la sostenibilidad en el gobierno corporativo de la empresa es la de tratar de buscar una respuesta al viejo y permanente problema de la relación entre la empresa y la sociedad de la que forma parte, con la novedad de la amplitud y de la heterogénea diversidad de aspectos que se integran en la RSE, *vid.* PALÁ LAGUNA, «El nuevo informe de sostenibilidad y el gobierno corporativo», en PEÑAS MOYANO, (coord.) *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano González,* Valladolid, 2023, p. 603 y autores citados en nota 8, quien además destaca que la tendencia hoy en día es la de la sustitución del concepto de responsabilidad social de la empresa o RSC por el de sostenibilidad, sin que ello signifique que son conceptos absolutamente coincidentes. Para diferenciar RSC, sostenibilidad y ESG, *vid.* SEQUEIRA MARTÍN, «El desarrollo de la responsabilidad social corporativa *versus* sostenibilidad, y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 61, 2021, pp. 33, 61 ss.; NOVAL PATO, «La sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 64, 2022, pp. 156 a 158; ALONSO UREBA, «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa («interés social» vs «interés de empresa»: una cuestión abierta)», en CHAMORRO DOMÍNGUEZ/VIERA GONZÁLEZ (dirs.) *Derecho de sociedades y sostenibilidad,* Madrid, 2023, pp. 38 ss.; HIERRO ANIBARRO, «De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad», *La Ley mercantil,* núm.118, noviembre de 2024, *passim.*

jurídicas positivas frente al entorno socioeconómico y ecológico en el que desarrolla su actividad[2].

En consecuencia, este nuevo paradigma sitúa la sostenibilidad como una categoría jurídica obligatoria e integrante del estatuto de la empresa y de sus órganos de gobierno. Este cambio consolida el tránsito de la autorregulación ética voluntaria hacia una responsabilidad legal plena por los efectos adversos de la actividad empresarial, con la diligencia debida como mecanismo central que confiere exigibilidad jurídica al principio de sostenibilidad. En consecuencia, la sostenibilidad deja de ser un elemento accesorio o meramente reputacional para incorporarse normativamente en el núcleo de los deberes fiduciario de diligencia y lealtad que corresponde a los administradores sociales. Desde el punto de vista de la gestión empresarial, este órgano tiene la obligación de impulsar su inclusión en la empresa. No obstante, esta incorporación no puede limitarse a una directriz general, sino que debe materializarse de forma efectiva en el día a día de todos los departamentos y procesos de decisión, de modo que forme parte natural del funcionamiento ordinario de la organización. Estos deben considerarla ahora como un componente esencial del interés social a largo plazo y, consecuentemente, integrarla en las decisiones estratégicas de la compañía, tales como las relativas a inversiones, operaciones de financiación, gestión de riesgos o relaciones comerciales, se orienten y alineen coherentemente con ella.

De este modo, los órganos de administración dejan de actuar como meros supervisores de la gestión económica tradicional para convertirse en los principales garantes del cumplimiento de los deberes de sostenibilidad. Esta redefinición del papel de los administradores en el cumplimiento de tales exigencias implica una transformación sustancial tanto del estándar de diligencia que les es exigible como del régimen de responsabilidad derivado de su incumplimiento, elevando la sostenibilidad desde el ámbito de la gestión corporativa hasta el centro del deber legal de los órganos de gobierno. Por tanto, su responsabilidad en materia de sostenibilidad ha supuesto una modificación de su marco de actuación y reviste una extraordinaria relevancia práctica. No obstante, su consolidación futura dependerá, en última instancia, de la capacidad colectiva de los Estados miembros, las empresas, las autoridades supervisoras y los tribunales para traducir estas obligaciones en un deber dinámico, equilibrado y verdaderamente orientado al desarrollo sostenible.

El presente artículo tiene por objeto abordar estas cuestiones desde una perspectiva doctrinal rigurosa, analizando el estado actual del marco normativo europeo en materia ESG, del Derecho positivo español y de las Recomendaciones contenidas en el Código de Buen Gobierno. Tras examinar los principales debates académicos y las propuestas de reforma más relevantes, se estudiará la incorporación de la sostenibilidad al estándar de diligencia de las administradoras sociales, así como sus repercusiones en el régimen de responsabilidad por incumplimiento. Finalmente, se exponen de forma sistemática las propuestas de reforma normativa y las principales conclusiones del trabajo.

[2] El debate acerca del fin único o de los distintos fines de las sociedades mercantiles no ha dejado de ampliarse en la doctrina tanto nacional como internacional. Un extraordinario trabajo en el que se analiza esta evolución puede verse en FERNÁNDEZ DEL POZO, «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en a causa de la sociedad», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 335, marzo 2025, *passim*.

2. La reconfiguración del gobierno corporativo en el Derecho europeo de la sostenibilidad: de la responsabilidad social voluntaria a la diligencia debida obligatoria y su impacto en la responsabilidad de los administradores sociales (CSRD, CSDDD y Taxonomía de la UE)

2.1. El nuevo marco normativo europeo de la sostenibilidad: CSRD, Reglamento de Taxonomía, CSDDD y SFDR

La transformación del gobierno corporativo como consecuencia de las exigencias sostenibilidad ha sido impulsada desde la Unión Europea a través de un conjunto normativo interconectado que persigue simultáneamente el aumento de la transparencia, la rendición de cuentas y la reorientación de los flujos de capital hacia actividades económicamente sostenibles. Son cuatro los instrumentos fundamentales que conforman este sistema y cuyo eje central está representado por la Directiva de Información de Sostenibilidad Corporativa (CSRD)[3] que impone obligaciones estandarizadas de reporte corporativo de sostenibilidad[4]; el Reglamento de Taxonomía de la UE[5], que establece los criterios técnicos de clasificación para determinar qué actividades económicas pueden considerarse ambientalmente sostenibles; la Directiva de Diligencia Debida (CSDDD)[6] que introduce el deber de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos y sostenibilidad ambiental, junto con un régimen de responsabilidad jurídica por incumplimiento[7] y el Reglamento sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (SFDR)[8], que define las obligaciones de transparencia en materia de sostenibilidad en dicho ámbito.

Lejos de operar de forma aislada, estas regulaciones se complementan mutuamente, estableciendo obligaciones de reporte, clasificación, diligencia debida y divulgación que abarcan tanto a empresas no financieras como a participantes del mercado financiero, configurando así

[3] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) nº 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (DOUE, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022).

[4] En España la transposición de la CSRD se ha articulado a través del Proyecto de Ley de Información Empresarial sobre Sostenibilidad (LIES), aprobado por el Consejo de ministros de 29 de octubre de 2024 y aún en tramitación parlamentaria *vid.* ampliamente sobre el Proyecto BRENES CORTÉS, «Estado actual de la transposición de la Directiva 2022/2464 relativa a la información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD) en España y las implicaciones de las Propuestas del Paquete Ómnibus para las empresas nacionales», en MARTÍNEZ-PINA/MOLINA HERNÁNDEZ-VÁZQUEZ COBOS (dirs.), *Los parámetros ESG en la Unión Europea para contexto empresarial sostenible,* Atelier, 2025, pp. 189 a 230. Accesible en abierto https://atelieropenaccess.com/products/los-parametros-esg-en-la-union-europea-para-un-contexto-empresarial-sostenible.

[5] Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (DOUE núm. 198, de 22 de junio de 2020).

[6] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

[7] *Vid.* ampliamente sobre el ámbito de aplicación personal y fines de la Directiva, PORTELLANO DÍEZ, «Nessum Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 72, 2024, pp. 1181 a 1226.

[8] Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (DOUE núm. 317, de 9 de diciembre de 2019).

un entramado regulatorio interdisciplinario coherente, orientado a promover la sostenibilidad en la información corporativa, la gestión de riesgos y las decisiones de inversión y, en su conjunto, están rediseñando las obligaciones de los administradores y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento[9].

La CSRD constituye el eje central de la transparencia en materia de sostenibilidad en la Unión Europea, estandariza la divulgación de información sobre riesgos, oportunidades e impactos mediante la aplicación del principio de doble materialidad y garantiza la fiabilidad de dicha información a través del aseguramiento limitado realizado por un auditor independiente. Por su parte, la Directiva CSDDD complementa y refuerza el marco de transparencia de la CSRD al imponer a las empresas la realización de un proceso de «diligencia debida» (art. 4) que integra obligaciones de identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas acerca de los impactos adversos reales o potenciales en derechos humanos y medio ambiente en las propias operaciones, filiales y cadenas de actividades y viene a consolidar un nuevo modelo de gobernanza empresarial basado en la responsabilidad, la transparencia y la rendición de cuentas. Los Estados miembros deberán designar una autoridad supervisora encargada de controlar el cumplimiento por las sociedades de las obligaciones previstas en relación con el proceso de diligencia debida y el plan de negocio (art. 17).

En este nuevo marco normativo, el deber de diligencia del administrador, tradicionalmente interpretado en clave predominantemente financiera y operativa, ya no se agota en la búsqueda razonable del beneficio económico a corto o medio plazo. Exige, por el contrario, la integración efectiva de los riesgos y oportunidades ESG en la estrategia empresarial global, la supervisión adecuada de la cadena de actividades (con enfoque prioritario en proveedores directos, salvo indicios plausibles de impactos en indirectos), la aprobación de políticas y procedimientos específicos de diligencia debida, la incorporación de objetivos de sostenibilidad en la retribución variable de los directivos y la implantación de sistemas de alerta interna que permitan detectar y reaccionar ante posibles incumplimientos. Estas obligaciones transforman la gobernanza corporativa, elevando la sostenibilidad a componente inexcusable del deber fiduciario de los administradores. La Directiva CSDDD representa, en definitiva, el elemento culminante de un entramado normativo coherente y sistemático impulsado por el Pacto Verde Europeo (2020) y la Estrategia de Finanzas Sostenibles.

La Directiva (UE) 2025/794, de 14 de abril de 2025[10], conocida como «Stop-the-clock» e integrada en el paquete «Ómnibus I», modificó el calendario inicialmente previsto por la Directiva (UE) 2024/1760 con el objetivo de conceder un mayor plazo de adaptación tanto a los Estados miembros como a las empresas. En consecuencia, los Estados miembros deberán adoptar y publicar las disposiciones nacionales de transposición a más tardar el 26 de julio de 2027, mientras que la aplicación material de las obligaciones seguirá un calendario escalonado: desde el 26 de julio de 2028 para las empresas de mayor tamaño y desde el 26 de julio de 2029 para el

[9]Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Plan de Acción: Financiar un crecimiento sostenible», COM (2018) 97 final, de 8 de marzo de 2018 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018DC0097.

[10] Directiva (UE) 2025/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2025, por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresas (DOUE núm. 794, de 16 de abril de 2025).

resto de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Tras la aprobación de la Directiva (UE) 2026/470, de 24 de febrero de 2026[11], resulta especialmente relevante destacar la profunda redefinición del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva CSDDD. En su nueva configuración, la Directiva restringe su aplicación a las grandes empresas constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro y a las sociedades matrices de grupos que cumplan simultáneamente dos requisitos: contar con una plantilla media superior a 5.000 empleados y alcanzar un volumen de negocios neto mundial superior a 1.500 millones de euros. Asimismo, la Directiva resulta aplicable a las empresas constituidas conforme al Derecho de un tercer país que generen un volumen de negocios neto superior a 1.500 millones de euros en el territorio de la Unión Europea, sin exigencia de un umbral mínimo de empleados. Entre las principales modificaciones introducidas destacan el incremento de los umbrales de aplicación subjetiva, la reducción del alcance de la cadena de actividades, especialmente en su dimensión *downstream*, la flexibilización de determinados requisitos relativos al deber de información y a los planes de transición climática[12], así como la supresión del régimen armonizado de responsabilidad civil previsto en el artículo 29 de la CSDDD, devolviendo la regulación de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida al Derecho nacional de los Estados miembros. Aunque estas reformas responden al objetivo declarado de reforzar la proporcionalidad, eficiencia regulatoria y reducir las cargas administrativas para las empresas, suponen una disminución del nivel de exigencia inicialmente previsto en materia de protección de los derechos humanos y del medio ambiente a lo largo de las cadenas de actividades.

La reducción del ámbito subjetivo constituye, sin duda, una de las modificaciones más significativas de la reforma. Se estima que el número de empresas sujetas a las obligaciones de diligencia debida pasará de aproximadamente 50.000 entidades, previstas en la configuración inicial de la Directiva, a alrededor de 5.000 empresas tras la entrada en vigor de la reforma[13]. Paralelamente, las modificaciones introducidas en la Directiva CSRD comportan una disminución estimada de entre el 80 % y el 90 % del perímetro inicial de entidades obligadas a presentar información sobre sostenibilidad, concentrando dichas obligaciones en las empresas de mayor dimensión e impacto económico. Estas reformas, si bien persiguen reforzar la

[11] La aprobación de la Directiva (UE) 2026/470 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de febrero de 2026, por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información de las empresas en materia de sostenibilidad y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (DOUE núm. 470, de 26 de febrero de 2026), integrada en el marco del Paquete Ómnibus, ha introducido modificaciones sustanciales en la Directiva CSDDD con el propósito declarado de reducir las cargas administrativas y simplificar las obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad.

[12] Con el objetivo de aliviar la carga administrativa y mejorar la seguridad jurídica, la Directiva Ómnibus I ha suprimido además la obligación -prevista en la versión original de la CSDDD- de adoptar un plan de transición climática compatible con el Acuerdo de París, convirtiéndola en una medida voluntaria, y ha limitado el alcance de las obligaciones de diligencia debida principalmente a los socios comerciales directos (*upstream*), excluyendo en gran medida la extensión automática a la cadena de valor *downstream*.

[13] El alcance revisado de la CSDDD cubre ahora, aproximadamente, solo 974 grupos empresariales en la UE (-71%) y 473 grupos no comunitarios, según cifras actualizadas de SOMO datahub. A modo de ejemplo, de la reducción practicada por Ómnibus I puede ser bastante ilustrativo destacar que, si una economía importante como la alemana solo tiene 280 empresas en alcance, el impacto global de la legislación se diluye inevitablemente. La versión revisada de la CSDDD identifica 182 empresas matrices estadounidenses, 69 británicas y 47 suizas, si bien únicamente 13 entidades chinas se encuentran actualmente dentro de su ámbito de aplicación. Este equilibrio se someterá a nueva revisión en julio de 2031 (conforme a la Cláusula de Revisión Omnibus I). Sería deseable que los responsables políticos reconozcan entonces que la debida diligencia no puede seguir siendo un ejercicio de «solo grandes actores».

proporcionalidad, eficiencia regulatoria, así como aliviar las cargas administrativas han supuesto una restricción significativa del alcance subjetivo de las obligaciones de información y diligencia debida, con el consiguiente debilitamiento de la ambición regulatoria inicial en materia de protección de los derechos humanos y del medio ambiente a lo largo de las cadenas de valor globales. El nuevo ámbito subjetivo de la CSRD se aplica a los ejercicios financieros que comiencen a partir del 1 de enero de 2027, si bien se prevén exenciones transitorias para determinadas empresas que quedaban incluidas en la primera fase de aplicación de la Directiva en su versión original.

La Taxonomía de la Unión Europea, por su parte, continúa funcionando como lenguaje común y criterio técnico de clasificación de las actividades económicas sostenibles. Al respecto, define aquellas que contribuyen sustancialmente a uno o varios de los seis objetivos ambientales de la Unión -mitigación y adaptación al cambio climático, uso sostenible del agua y los recursos marinos, transición a una economía circular, prevención y control de la contaminación, y protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas-, siempre que no causen un perjuicio significativo a los demás objetivos («*do no significant harm*»-DNSH-) y respeten las salvaguardas sociales mínimas establecidas en materia de derechos humanos y normas laborales.

Aunque la Directiva Ómnibus I no ha alterado la estructura ni los objetivos fundamentales de la Taxonomía, sí ha introducido simplificaciones relevantes en las obligaciones de reporte a través de la modificación del Reglamento delegado sobre divulgación. Entre estas destacan la incorporación de un umbral de materialidad financiera del 10 %, que permite a las empresas no evaluar la elegibilidad ni la alineación de actividades que representen menos del 10% de los KPI relevantes (volumen de negocios, CapEx u OpEx), junto con plantillas más sencillas y una mayor flexibilidad en la aplicación de los criterios genéricos de DNSH, especialmente en el ámbito de la contaminación.

Este marco sigue alimentando de modo integral tanto las divulgaciones requeridas por la CSRD (en particular, a través del artículo 8 del Reglamento de Taxonomía y su interacción con los ESRS) como las del Reglamento SFDR, permitiendo una evaluación más fiable, comparable y proporcional de la alineación real de las actividades económicas y de los productos financieros con los objetivos de sostenibilidad ambiental de la Unión. De este modo, la Taxonomía mantiene su papel central como herramienta de orientación de capitales hacia actividades genuinamente sostenibles, aunque con un enfoque más eficiente y menos oneroso tras las reformas de simplificación.

Finalmente, el SFDR traslada esta información al ámbito inversor, obligando a los participantes del mercado financiero y asesores a divulgar cómo integran los riesgos de sostenibilidad en sus procesos de inversión y a considerar los principales impactos adversos (PAIs -en su abreviatura en inglés-) de sus productos. Su objetivo explícito es mejorar la transparencia para los inversores finales y reducir el *greenwashing*, con obligaciones que entraron en vigor de manera gradual entre 2021 y 2023. No obstante, tras la aprobación del paquete Ómnibus I, que ha introducido modificaciones menores de adecuación al SFDR, se encuentra en curso una revisión sustancial (propuesta de la Comisión de noviembre de 2025) que prevé una simplificación significativa del

marco, incluyendo un nuevo sistema de categorización de productos y ajustes en las divulgaciones de PAIs, con entrada en vigor prevista para 2027-2028[14].

2.2. La interrelación de los instrumentos y los retos estructurales del sistema

La interrelación entre estos textos resulta esencial para la coherencia del marco europeo de finanzas sostenibles. La Taxonomía proporciona los criterios técnicos que alimentan tanto los informes corporativos de sostenibilidad regulados por la CSRD como las divulgaciones financieras previstas en el SFDR. A su vez, la CSDDD incorpora el análisis de diligencia debida orientado al riesgo, el cual debe reflejarse en los informes de la CSRD y tomarse en consideración por los inversores en el ámbito del SFDR. De este modo, estos instrumentos configuran un sistema integrado que vincula el reporte de información, la gestión de los impactos adversos y la asignación de capital. La consolidación de todo este entramado normativo europeo en materia de sostenibilidad ha transformado cualitativamente la naturaleza de este principio. De mero elemento de carácter programático o inspirador, ha pasado a erigirse en un objetivo jurídico imperativo de naturaleza transversal y de cumplimiento obligatorio para las empresas. La CSRD, la CSDDD, la Taxonomía y el SFDR no constituyen normas aisladas, como hemos podido advertir, sino que integran un sistema normativo interconectado diseñado para promover la sostenibilidad, la transparencia y la confianza en el mercado interior europeo[15]. En este marco, la CSRD trasciende la mera obligación de divulgar información financiera y no financiera en los informes de sostenibilidad. Constituye, más bien, el eje central que sustenta la diligencia debida basada en riesgos exigida por la CSDDD, al proporcionar los datos esenciales que permiten una evaluación rigurosa y fundamentada de los impactos, riesgos y oportunidades de sostenibilidad. De este modo, la CSRD alimenta y cierra el círculo de coherencia con la CSDDD, asegurando que la información publicada no sea un fin en sí mismo, sino un instrumento para una gestión responsable de los riesgos[16]. Por su parte, la Taxonomía Europea actúa como lenguaje común y

[14] El párrafo alude a la revisión sustancial del Reglamento (SFDR), propuesta por la Comisión Europea el 20 de noviembre de 2025 (comúnmente denominada SFDR 2.0). Esta reforma, enmarcada en la estrategia de simplificación regulatoria de la Unión Europea, introduce modificaciones significativas con el objetivo de reducir la carga administrativa, mejorar la comparabilidad de la información para los inversores y mitigar prácticas de *greenwashing*. Entre sus elementos centrales destacan dos: en primer lugar, la sustitución del actual régimen basado en los arts. 6, 8 y 9 por un nuevo sistema de categorización de productos financieros sostenibles, que contempla típicamente tres categorías voluntarias («sostenible», «transición» y «ESG básicos» o equivalentes). Estas categorías se definen mediante criterios objetivos, umbrales mínimos de inversión sostenible, exclusiones claras y requisitos de contribución positiva, con el fin de ofrecer un marco más claro y armonizado. En segundo lugar, se prevén ajustes sustanciales en las divulgaciones relacionadas con los impactos adversos principales sobre los factores de sostenibilidad (PAIs), eliminando o reduciendo drásticamente las obligaciones de información a nivel de entidad (firma) y simplificando o focalizando las divulgaciones a nivel de producto. Tales medidas suponen una notable disminución de los requisitos de reporte, evitando duplicidades con otras normas como la CSRD.

[15] Un análisis comparativo excelente de las interrelaciones y complementariedades entre estos instrumentos podemos encontrarlo en HAUMAN, «MIND DE GAP: A comparative analysis of the CSRD, the CSDDD and the SFDR as Green Deal 2.0 (2024 to 2029)», *White & Case LLLP,* julio de 2024, https://www.whitecase.com/insight-alert/mind-gap-comparative-analysis-csrd-csddd-and-sfdr-green-deal-20-2024-2029-unfolds.

[16] SINNIG y ZETZSCHE, «The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: from disclosure to mandatory prevention of adverse sustainability impacts in supply chains», *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, febrero 2025, pp. 628 a 652. Puede consultarse en https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/eus-corporate-sustainability-due-diligence-directive-from-disclosure-to-mandatory-prevention-of-adverse-sustainability-impacts-in-supply.chains/94BFE293A854586C5B3F2589D5E2F2E3. Un excelente estudio práctico sobre las sinergias y complementariedades entre CSRD (reporting) y CSDDD (acción) puede encontrarse en BERTHET et al., «A Coherent Approach to Sustainability Due Diligence and Reporting: Making Sense of CSDDD and CSRD»,

marco de referencia clasificatorio, al ofrecer criterios técnicos uniformes que permiten identificar las actividades económicas sostenibles. Esta herramienta se nutre, a su vez, de la información derivada de la diligencia debida de la CSDDD para evaluar el grado de alineación de las actividades empresariales con los objetivos ambientales y climáticos[17]. Finalmente, el SFDR se apoya en la Taxonomía para canalizar el capital privado hacia actividades genuinamente sostenibles, fortaleciendo así la asignación eficiente de recursos financieros conforme a criterios de sostenibilidad[18].

No obstante, este ambicioso marco regulatorio conlleva desafíos estructurales que persisten incluso tras la simplificación introducida por la Directiva (UE) 2026/470. La complejidad y cierta fragmentación inicial del entramado -con sus múltiples umbrales, estándares ESRS, requisitos de auditoría y obligaciones de cadena de valor- generaba riesgos reales de duplicidades, contradicciones conceptuales y dificultades interpretativas que exigían un esfuerzo continuado de armonización técnica y coordinada entre los Estados miembros. Aunque el paquete Ómnibus I ha reducido significativamente la carga administrativa, como ya hemos señalado, subsisten retos sustanciales tales como la integración de sistemas de datos internos (especialmente para el alcance 3 -en relación con las emisiones indirectas de la cadena de valor completa- y la doble materialidad), la coordinación transfronteriza en cadenas de valor globales, los elevados costes de cumplimiento para empresas medianas y grandes con presencia internacional, y la necesidad de armonización interpretativa continua por parte de la Comisión y los supervisores nacionales. Estos desafíos no son meramente técnicos; representan una tensión entre la urgencia climática y social y la competitividad empresarial en un contexto geopolítico marcado por profundas tensiones y una elevada volatilidad estructural.

Desde una perspectiva estratégica, estas interrelaciones y desafíos transforman la sostenibilidad de una obligación regulatoria en una palanca competitiva de primer orden. Las empresas que superen el enfoque puramente formal de «informar por cumplir» y adopten una visión proactiva -integrando la diligencia debida y la taxonomía en la toma de decisiones estratégicas- obtendrán ventajas tangibles: mayor acceso a financiación verde, atracción de inversores y talento ESG, resiliencia ante riesgos físicos y de transición, y una reputación reforzada ante consumidores y partes interesadas. En definitiva, la arquitectura normativa integrada por la CSRD, CSDDD, el Reglamento de Taxonomía y el SFDR incentiva la innovación en modelos de negocio circulares, la trazabilidad de cadenas de valor y la creación de valor compartido, convirtiendo la sostenibilidad en un factor diferencial de competitividad. En última instancia, el marco europeo no solo regula; redefine el propósito empresarial en una economía baja en carbono, socialmente justa y respetuosa con los derechos fundamentales, obligando a las organizaciones a pasar de la mera conformidad a un liderazgo estratégico que genere ventajas sostenibles a largo plazo.

Business for Social Responsibility, 2024, https://www.bsr.org/en/insights-plus/a-coherent-approach-to-sustainability-due-diligence-and-reporting-making-sense-of-csddd-and-csrd.

[17] MERLER, «How to improve the European Union's sustainable finance framework», *Policy Brief Issue,* nº 5, febrero, 2025, https://www.bruegel.org/policy-brief/how-improve-european-unions-sustainable-finance-framework. En este trabajo se analiza la Taxonomía, SFDR y sus interrelaciones con CSRD y CSDDD, con un enfoque en simplificación y coherencia.

[18] Para un examen en profundidad sobre las disposiciones de derechos humanos y su articulación entre CSDDD, CSRD, Taxonomía y SFDR, *vid.* LITWIN, «Human rights in EU Sustainable Finance», *Journal of Financial Regulation*, vol. 11, Issue 1, abril 2025, pp. 41 a 72. Puede consultarse en https://academic.oup.com/jfr/article-abstract/11/1/41/8099041?redirectedFrom=fulltext.

Así pues, contextualizar adecuadamente estas regulaciones permite superar visiones simplistas y estereotipadas, pasando de una lógica de mero cumplimiento a una aproximación estratégica, transformadora y anticipatoria, en la que la sostenibilidad se erige como propósito corporativo y palanca competitiva orientada a otorgar valor a la compañía. La acción voluntaria deja de ser un complemento opcional para convertirse en elemento nuclear de la estrategia empresarial. La consolidación del modelo se enfrenta, no obstante, a obstáculos estructurales de primer orden: la complejidad y fragmentación del entramado normativo europeo, CSRD, Taxonomía, SFDR y CSDDD, con sus riesgos de duplicidades y contradicciones interpretativas; la limitada capacidad de cumplimiento de las pymes, que exige un equilibrio permanente entre exigencia normativa y proporcionalidad si no se quiere reservar de facto la sostenibilidad a las grandes corporaciones; la necesidad de dotar a las autoridades de supervisión y a la Red Europea de autoridades de control (art. 28) de recursos humanos, técnicos y financieros suficientes; los problemas de jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional que plantea la aplicación de estándares europeos a cadenas de valor globales; y la dificultad de parametrizar y verificar objetivamente el cumplimiento ante la coexistencia de métricas y estándares (ESRS, GRI, ISO 26000) susceptibles de interpretaciones divergentes. La armonización efectiva de este sistema exige un esfuerzo técnico y temporal sustancial, que dista aún de haberse completado.

2.3. De la responsabilidad voluntaria a la diligencia debida obligatoria: su impacto en el deber fiduciario de los administradores

En este marco normativo, la responsabilidad empresarial trasciende el tradicional deber negativo de abstenerse de causar daño para asumir un deber positivo y preventivo que consiste, en esencia, en la obligación de identificar, prevenir, mitigar y, cuando proceda, reparar los impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente que puedan derivarse no solo de las operaciones propias y de filiales de la empresa, sino, especialmente, de su cadena de actividades, incluidos proveedores y socios comerciales. Esta obligación de diligencia debida presenta un marcado carácter extraterritorial, pues se extiende a las operaciones, filiales y relaciones comerciales situadas en terceros países, con independencia de su ubicación geográfica. De este modo, el Derecho de la Unión Europea proyecta su influencia reguladora más allá de sus fronteras, incorporando los estándares europeos de sostenibilidad y protección de los derechos fundamentales a la dinámica de la economía global. Dicho alcance genera un efecto multiplicador de gran relevancia al propiciar que las empresas no europeas integradas en las cadenas de valor de sociedades sujetas a la Directiva se alineen, *de facto*, con estos estándares, favoreciendo la difusión transnacional de un modelo de gobernanza corporativa más responsable, transparente y orientado a la rendición de cuentas ante los *stakeholders* y la sociedad en su conjunto.

La diligencia debida en materia de sostenibilidad, tal como la configura la Directiva CSDDD, constituye el mecanismo normativo que confiere plena exigibilidad jurídica a este principio. Se concibe como una obligación de medios reforzada, no de resultado, que establece un marco jurídico vinculante y armonizado para todos los Estados miembros, que impone a las empresas sometidas a su ámbito de aplicación la adopción imperativa de estructuras organizativas, procesos y sistemas de gestión adecuados para identificar, prevenir, mitigar y reparar los impactos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén vinculadas a sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales. Dicho marco se completa con mecanismos de supervisión a cargo de las autoridades nacionales designadas y de la Comisión Europea, así como con disposiciones

en materia de responsabilidad civil y sanciones administrativas. De este modo, la sostenibilidad ha dejado de constituir un ideal ético de cumplimiento voluntario para integrarse plenamente como categoría jurídica obligatoria en el estatuto de la empresa contemporánea que pasa de asumir una responsabilidad meramente ética y voluntaria a enfrentar una obligación legal vinculante por los efectos adversos derivados de su actividad. Este régimen opera en dos planos complementarios. En el interno, exige la integración de políticas de sostenibilidad, la realización de auditorías periódicas, la habilitación de canales de denuncia y la divulgación transparente de la información relevante. En el plano externo, eleva la sostenibilidad a la categoría de objetivo jurídicamente vinculante, cuya vulneración puede generar responsabilidad de naturaleza administrativa, civil e, incluso, penal.

En consecuencia, este nuevo régimen transforma de manera sustancial el gobierno corporativo de las sociedades. La sostenibilidad se integra normativamente en los deberes fiduciario de diligencia y lealtad de los administradores, quienes deben considerarla un elemento central del interés social a largo plazo y alinear con ella sus decisiones estratégicas. Desde el punto de vista de la gestión empresarial, los administradores tienen la obligación de impulsar la integración de la sostenibilidad en la empresa. No obstante, esta no puede limitarse a una directriz general, sino que debe incorporarse de forma efectiva en el día a día de todos los departamentos y procesos de decisión, de modo que forme parte natural del funcionamiento ordinario de la organización. Los órganos de administración se convierten, así, en los principales garantes del cumplimiento de estos deberes, redefiniendo tanto el estándar de diligencia exigible como el régimen de responsabilidad correspondiente. En consecuencia, su responsabilidad en materia de sostenibilidad ha supuesto una modificación de su marco de actuación y reviste una extraordinaria relevancia práctica como analizaremos en este trabajo.

En síntesis, el nuevo paradigma sitúa la sostenibilidad como una categoría jurídica obligatoria e integrante del estatuto de la empresa y de sus órganos de gobierno. Este cambio consolida el tránsito de la autorregulación ética voluntaria hacia una responsabilidad legal plena por los efectos adversos de la actividad empresarial, con la diligencia debida como mecanismo central que confiere exigibilidad jurídica al principio de sostenibilidad. En consecuencia, la sostenibilidad deja de ser un elemento accesorio o meramente reputacional para integrarse normativamente en el núcleo de los deberes fiduciario de diligencia y lealtad que corresponde a los administradores sociales. Estos deben considerarla ahora como un componente esencial del interés social a largo plazo, de modo que las decisiones estratégicas de la compañía ya sean inversiones, operaciones o relaciones comerciales, se orienten y alineen coherentemente con ella. De este modo, los órganos de administración dejan de actuar como meros supervisores de la gestión económica tradicional para convertirse en los principales garantes del cumplimiento de los deberes de sostenibilidad. Esta redefinición implica una transformación sustancial tanto del estándar de diligencia exigible a los administradores como del régimen de responsabilidad derivado de su incumplimiento, elevando la sostenibilidad desde el ámbito de la gestión corporativa hasta el centro del deber legal de los órganos de gobierno. En este sentido, el Derecho europeo de la sostenibilidad, como hemos tenido ocasión de analizar, aunque ha construido una arquitectura normativa sofisticada y ambiciosa, su consolidación futura dependerá de la capacidad colectiva, de los Estados miembros, las empresas, las autoridades y los tribunales, para traducir esas obligaciones en un deber jurídico dinámico, equilibrado y orientado al bien común, sin comprometer la seguridad jurídica ni la competitividad en un mercado globalizado. Solo así la responsabilidad empresarial podrá convertirse en una garantía efectiva y creíble de protección ambiental y de derechos humanos.

3. La evolución del principio de responsabilidad empresarial en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

3.1. De los estándares internacionales de *soft law* a su incorporación al Derecho positivo

En el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el principio de responsabilidad empresarial ha atravesado en las últimas décadas un proceso de evolución sustancial como hemos podido comprobar. En sus orígenes, se articulaba principalmente como un conjunto de directrices éticas de adhesión voluntaria, carentes de obligatoriedad jurídica y encuadradas en el denominado *soft law*. No obstante, este enfoque ha sido progresivamente sustituido por su configuración como un auténtico deber jurídico de carácter imperativo, incorporado al *hard law* a través de un entramado normativo sistemático y vinculante. Esta transformación se explica por la consolidación de la sostenibilidad como un elemento estructural e ineludible de la actividad empresarial, que ha dejado de concebirse como una dimensión meramente reputacional o discrecional para adquirir la condición de exigencia legal plenamente exigible y de cumplimiento forzoso, tal y como ya hemos examinado.

El Derecho de sociedades, tal como se configura en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, tiene como objeto primordial la regulación de los órganos sociales y de las relaciones internas entre los socios. Tradicionalmente, las relaciones de la sociedad, en cuanto persona jurídica, con su entorno social y medioambiental han permanecido al margen de las normas societarias. Esta visión, sin embargo, no resulta plenamente aplicable al ámbito del buen gobierno de las sociedades cotizadas. En este terreno convergen no solo las disposiciones legales imperativas, sino también un extenso cuerpo de *soft law* que, especialmente desde la crisis financiera de 2008, ha venido moldeando de manera cada vez más intensa las prácticas de estas entidades, en particular las del sector financiero.

Los antecedentes de este proceso se remontan a la década de 1970, cuando la creciente sensibilización respecto de los impactos sociales y ambientales derivados de la actividad económica, intensificada por crisis como la del petróleo de 1973, propició la aparición de diversos instrumentos internacionales de carácter no vinculante. Entre ellos destacan las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, adoptadas en 1976 en el marco de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, y objeto de sucesivas revisiones, que por primera vez formularon de manera sistemática la responsabilidad de las empresas en el respeto de los derechos humanos y en la prevención de impactos adversos en sus operaciones y cadenas de valor[19]. Este marco se vio posteriormente reforzado por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011[20], un instrumento normativo de gran

[19] Tales revisiones se han orientado a adecuar su contenido a las transformaciones del entorno económico y a la progresiva consolidación de estándares internacionales en materia de conducta empresarial responsable. En particular, la revisión de 2000 introdujo mejoras en ámbitos como la transparencia y las relaciones laborales, mientras que la de 2011 supuso un punto de inflexión al incorporar un capítulo específico relativo a los derechos humanos, en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, así como al reforzar el enfoque de diligencia debida. Más recientemente, la actualización de 2023 ha ampliado su alcance para integrar cuestiones emergentes como el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, el impacto de las tecnologías digitales y el fortalecimiento de la integridad empresarial en las cadenas globales de suministro. Todo ello pone de manifiesto la evolución de este instrumento, que, pese a mantener su naturaleza de *soft law*, se ha consolidado como un referente normativo internacional en la materia.

[20] Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU mediante la Resolución 17/4 (2011), constituyen un marco normativo de

relevancia que trasciende la tradicional obligación estatal de respeto y protección de los derechos humanos proyectándose también hacia la responsabilidad de los actores privados, en particular de las empresas, en la prevención, mitigación y reparación de eventuales vulneraciones[21]. Por su parte, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE[22] y del G20 atribuyen una notable relevancia a la sostenibilidad, incorporándola de manera expresa como elemento integrante de los deberes fiduciarios de los administradores. De este modo, la consideración de intereses distintos a los de los socios se configura como un deber que se proyecta en el ámbito de la gestión empresarial y, en consecuencia, al Derecho de sociedades. Esta orientación ha contribuido de forma decisiva a la progresiva consolidación de tales principios, de naturaleza inicialmente recomendatoria, como auténticos estándares de referencia para valorar el cumplimiento de las obligaciones de los administradores sociales. De este modo, el incumplimiento manifiesto e injustificado de las recomendaciones en materia de sostenibilidad puede constituir un indicio relevante de infracción del deber de diligencia. Finalmente, los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[23] y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, contribuyen de este modo a la formación de un consenso ético de alcance global[24].

---

referencia internacional basado en tres pilares: (i) el deber del Estado de proteger los derechos humanos frente a abusos de terceros, incluidas las empresas; (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que implica actuar con debida diligencia para prevenir, mitigar y reparar impactos adversos; y (iii) el acceso a mecanismos de reparación efectivos para las víctimas. *Vid.* RUGGIE, «*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy"» Framework*, Naciones Unidas, 2011, *passim*.

[21] *Vid.* ampliamente, entre otros, sobre los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, MARTÍNEZ NADAL, «Empresa y derechos humanos: perspectiva desde el Derecho mercantil»*, Revista de Derecho Mercantil,* núm. 320, 2020, pp. 133 ss.; SERRA CRISTÓBAL, «Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar», en BATALLER GRAU/BOQUERA MATARREDONA (coords.) *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 143 a 172; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y la guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable», en BATALLER GRAU/ BOQUERA MATARREDONA (coords.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 231 a 267.

[22] El 21 de mayo de 2018, la OCDE aprobó su Guía sobre Debida Diligencia en la Conducta Empresarial Responsable. Este documento ofrece a las empresas un marco práctico para la implementación efectiva de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, articulando sus recomendaciones en términos claros y operativos. Su propósito principal radica en fortalecer la capacidad de las empresas para prevenir, mitigar y abordar los impactos adversos en ámbitos tales como los derechos humanos y laborales, la protección ambiental, la integridad en los negocios, los derechos de los consumidores y el gobierno corporativo, vinculados a sus actividades, cadenas de suministro y demás relaciones empresariales, *vid.* https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm.

[23] Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituyen el núcleo esencial de los derechos laborales reconocidos universalmente. Entre ellos se incluyen los relativos a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Convenio núm. 87, 1948), el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio núm. 98, 1949), la abolición del trabajo forzoso (Convenios núms. 29 y 105), la eliminación del trabajo infantil (Convenios núms. 138 y 182), y la supresión de la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenios núms. 100 y 111). Estos instrumentos se consideran parte del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos laborales y gozan de una jerarquía reforzada en el Derecho internacional del trabajo.

[24] La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible constituye un marco de referencia global adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 mediante la resolución A/RES/70/1, titulada «*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*», aprobada por los 193 Estados miembros de la ONU, representa un plan de acción universal, integrado e indivisible que busca equilibrar las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental. Su premisa central es la erradicación de la pobreza en todas sus formas como requisito indispensable para el progreso humano.

En España, los Principios Rectores de las Naciones Unidas fueron incorporados en el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, aprobado por el Gobierno en 2017 y reformado en 2020. Aunque el documento refleja un compromiso formal de proteger los derechos humanos frente a los impactos adversos de la actividad empresarial y de garantizar remedios efectivos a las víctimas, lo cierto es que se reduce a un instrumento de carácter meramente programático. Carece de obligaciones jurídicas concretas y de mecanismos efectivos de rendición de cuentas o reparación en caso de eventual incumplimiento, lo que limita seriamente su capacidad real de incidir en la conducta empresarial. Esta orientación ha contribuido de forma decisiva a la progresiva consolidación de tales principios, de naturaleza inicialmente recomendatoria, como auténticos estándares de referencia para valorar el cumplimiento de las obligaciones de los administradores sociales. De este modo, el incumplimiento manifiesto e injustificado de las recomendaciones en materia de sostenibilidad puede constituir un indicio relevante de infracción del deber de diligencia.

Los estándares internacionales a los que nos hemos venido refiriendo sentaron las bases para su progresiva incorporación al Derecho positivo. En esta línea, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, a partir de la normativa societaria actualmente vigente y, muy especialmente, de las sucesivas actualizaciones de los Códigos de Buen Gobierno, vienen incorporando progresivamente los principios esenciales del gobierno corporativo sostenible. Estas reformas, impulsadas en gran medida por las iniciativas comunitarias, presagian un conjunto de exigencias que, previsiblemente, provocarán una transformación significativa tanto de la regulación societaria como del propio concepto de gobierno corporativo.

El punto de inflexión se produjo con la aprobación de iniciativas nacionales pioneras en distintos ordenamientos europeos como Inglaterra, Portugal, Francia[25] y Alemania. Al respecto, pueden citarse la sección 172 de la *Companies Act* 2006, que constituye uno de los primeros antecedentes normativos en el ámbito societario, que de forma expresa hace referencia al deber de diligencia de los administradores, la creación de valor a largo plazo y la consideración a los intereses de los *stakeholders*[26], el artículo 64 del Código de Sociedades Mercantiles portugués, tras su reforma de

[25] La Loi Pacte fue promulgada el 22 de mayo de 2019, cuyo objetivo principal es facilitar el crecimiento de las empresas, especialmente las pequeñas y medianas (PYMES), y modernizar el entorno empresarial, tiene su origen en las recomendaciones del informe Notat-Senard (*L'enterprise objet d'intérêt collectif. Rapport aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances du travail, de 9 marzo de 2018*) que incorporó importantes reformas en el Derecho societario francés vinculadas con la sostenibilidad. Estas reformas, que afectaron tanto al Código civil como al Código de comercio franceses, han supuesto una modificación del concepto de interés social, así como del fin lucrativo como elemento esencial de las sociedades mercantiles. Además, las modificaciones introducidas por la Ley Pacte se consideran el último estadio de las relaciones entre Estado y empresa, habiéndose pasado de responsabilizar a las empresas en aspectos como la lucha contra la corrupción (*vid.* las conocidas como leyes Sapin 1 -*Loi nº 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procèdures publiques*) y Sapin 2 (*Loi nº 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à modernisation de la vie économique* (Sapin 2).

[26] Este precepto establece que «*El administrador de una sociedad debe actuar de la manera que considere, de buena fe, más probable para promover el éxito de la sociedad en beneficio de sus miembros en su conjunto y, al hacerlo, debe tener en cuenta entre otros aspectos: (a) las consecuencias probables de cualquier decisión a largo plazo (b) los intereses de los empleados de la empresa (c) la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros (d) el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente (e) la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta empresarial, y (f) la necesidad de actuar con equidad entre los miembros de la empresa*». *Vid.* VIVERO DE PORRAS, «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores (1)», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 70, enero de 2024, pp. 6 y 7 (versión electrónica).

2006[27], la Ley francesa relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y de las empresas que dan órdenes (*Loi relative au devoir de vigilance*) de 2017[28] que impuso a las grandes compañías la obligación de elaborar y poner en práctica un plan de vigilancia en materia de derechos humanos y medio ambiente, y la Ley alemana sobre las obligaciones de diligencia debida en las cadenas de suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* -LkSG-) de junio de 2021[29] que obliga a las empresas a identificar y dar cuenta del impacto en los derechos humanos y en el medioambiente derivado de su propia actividad y de la de sus proveedores[30]. Estas experiencias nacionales[31] pusieron de manifiesto la viabilidad técnica y jurídica de transformar compromisos voluntarios en obligaciones legales exigibles, y sirvieron de referente para el desarrollo normativo a nivel europeo, que ha culminado con la aprobación de la Directiva (CSDDD) y que constituye el mecanismo normativo que confiere plena exigibilidad jurídica a este principio. Este cambio de paradigma (la transformación del estándar de diligencia debida antes voluntario en obligación vinculante de conducta) constituye el fundamento jurídico de la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones de sostenibilidad, quienes deben tener en cuenta la pluralidad de intereses presentes o afectados por la actividad de la compañía (trabajadores, consumidores, proveedores, impactos en la comunidad, medioambiente…) en una perspectiva de sostenibilidad a largo plazo de la actividad empresarial, si bien no se modifica el modelo de gobierno de la sociedad orientado prioritariamente a la creación de valor de forma sostenible para el socio. En definitiva, no se trata de que los administradores persigan una

[27] El artículo 64 del Código de Sociedades Mercantiles portugués prevé que los gestores o administradores de la sociedad deberán actuar conforme a sus deberes de lealtad en interés de la sociedad, atendiendo los intereses a largo plazo de los socios y considerando los intereses de otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad, como sus empleados, clientes y acreedores.

[28] *Ley nº 2017-399 du mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociètès mères et des enterprises donneuses d'ordre.* Un examen sobre esta normativa podemos encontrarlo, entre otros, en GUAMÁN HERNÁNDEZ, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex social: revista de los derechos sociales,* vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 216-250; RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en MARTÍNEZ FLÓREZ/BERMEJO GUTIÉRREZ (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto,* Cívitas, 2022, disponible en: https://ssrn.com/abstract=4072486, pp. 19 y 20.

[29] *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflicheten in Lieferketten*, 16 de julio de 2021 (BGBI, I, 2021, núm. 46, 22 de julio de 2012, p. 2959). *Vid.* RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., pp. 20 y 21.

[30] Esta Ley se aplica desde enero de 2023 a aquellas empresas que, con independencia de su forma social o ámbito de actividad, tengan su centro de administración o establecimiento principal, sucursal principal, sede administrativa o estatutaria en Alemania y empleen en territorio nacional al menos tres mil trabajadores. El número de empleados se redujo a mil el primero de enero de 2024 (parágrafo 1 *LkSG*). También resulta aplicable a la Ley de sociedades con sucursal en territorio alemán que empleen el mismo número de trabajadores. Impone a las empresas diligencias debidas concretas, que deben cumplir de forma adecuada. Se formulan como deberes de esfuerzo y no de éxito, lo que significa que las empresas no tienen que garantizar que se eviten las infracciones y los daños, sino que sólo tienen que hacer esfuerzos razonables para hacerlo y llevarlo a acabo de forma adecuada *vid.* GRABOSCH, «Ley de debida diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos», *Trabajo y Justicia social,* 2021, disponible en https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf.; FUCHS, «La Ley de Diligencia Debida en la cadena de suministro de Alemania», *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. extra16, 2022, *passim.* No obstante, el acuerdo de coalición del nuevo Gobierno alemán (CDU/CSU-SPD), ha anunciado el 9 de abril de 2025, que prevé la derogación de la Ley alemana de Debida Diligencia en la Cadena de Suministro (LkSG) y su sustitución por una norma destinada a transponer la Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD). La medida elimina la obligación nacional de información y persigue una implementación de la normativa europea menos burocrática y más gradual, en línea con las propuestas de simplificación promovidas por la Comisión Europea, si bien ha suscitado críticas por el posible debilitamiento transitorio de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente en las cadenas de suministro.

[31] *Vid.* más ampliamente sobre estas normas RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., pp. 18 a 21.

finalidad distinta al interés lucrativo de los socios, sino que gestionen la compañía de una forma competitiva y rentable, pero teniendo en cuenta los criterios de sostenibilidad (ESG)[32].

3.2. El deber de diligencia debida y el régimen de responsabilidad pluridimensional

El eje central de este régimen reside en el deber de diligencia debida (*corporate sustainability due diligence*), concebido como la obligación de las empresas de adoptar todas las medidas adecuadas y razonables, proporcionales a la gravedad y probabilidad de los riesgos, según el estándar del ordenado empresario[33], del sector y conforme a las circunstancias concretas del caso. Este deber opera de forma dual. Por un lado, su adecuado cumplimiento constituye una causa de exoneración o, en su caso, de atenuación de la responsabilidad civil de los administradores, siempre que se acredite debidamente su observancia. Por otro lado, este mismo deber sirve de fundamento para la imputación de responsabilidades de diversa naturaleza al configurarse como un parámetro objetivo de evaluación de la conducta de los órganos de administración social. De este modo, el deber de diligencia no solo actúa como un instrumento de protección del administrador diligente, sino también como un criterio de exigencia y potencial reproche cuando su incumplimiento genera daños o infracciones de orden público. Tales responsabilidades son de índole administrativa[34] (sanciones, medidas correctivas y supervisión pública que permita la evaluación sustantiva de los riesgos y procedimientos internos establecidos para prevenir los riesgos contrarios a la sostenibilidad, con multas hasta el 3% del volumen de negocios mundial, 5% en la versión original, *naming and shaming*, -publicación de decisiones sancionadoras y mantenimiento de registros públicos de medidas correctivas adoptadas- y creación de una red europea de autoridades de control)[35], civil (incluida la responsabilidad por daños causados, de naturaleza reparadora, extracontractual, basada en la omisión de la diligencia razonable, con inversión de carga probatoria, y en la que los daños abarcan perjuicios materiales, morales, colectivos y que presenta como rasgo distintivo la responsabilidad solidaria en la cadena de suministro) e, incluso, penal en caso de incumplimiento u omisión grave (ligado a delitos

[32] *Vid.* en este sentido, ALONSO UREBA, «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa ("Interés social" vs "Interés de la empresa": una cuestión abierta)», cit., p. 58.

[33] Tal y como se ha señalado (*vid.* RAMOS HERRANZ, «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho civil*, vol. 59, nº 1, 2006, p. 202, ese estándar no tiene que ser uniforme para cada sector de actividad.

[34] El régimen de responsabilidad administrativa se configura como uno de los pilares esenciales del emergente Derecho europeo de la sostenibilidad. En este sentido, la Directiva CSDDD -arts. 24 a 28- obliga a los Estados miembros a designar autoridades competentes encargadas de supervisar el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas a las empresas, de establecer un régimen de sanciones proporcionadas y disuasorias, y de garantizar mecanismos adecuados de transparencia pública. De esta forma, se persigue que la responsabilidad empresarial en materia de sostenibilidad supere el tradicional ámbito de las relaciones inter particulares -incluso cuando involucra a personas jurídicas- y se consolide como un auténtico sistema de *enforcemen*t administrativo. Este objetivo general (convertir la responsabilidad empresarial en materia de sostenibilidad en un auténtico sistema de *enforcement* administrativo que va más allá de la mera responsabilidad civil *interpartes*) se explica también en los considerandos (preámbulo) 75 a 78.

[35] Este modelo representa un avance significativo hacia la efectividad del Derecho de la sostenibilidad. Al combinar supervisión pública, sanciones disuasorias y coordinación europea, la Directiva busca superar las limitaciones históricas de los marcos voluntarios y crear un verdadero *level playing field* en el mercado interior. No obstante, su éxito dependerá en gran medida de la transposición nacional: dotación de recursos a las autoridades, independencia real, coordinación efectiva y coherencia en la aplicación de las sanciones. Una aplicación desigual podría generar distorsiones competitivas y arbitraje regulatorio dentro de la Unión. Al respecto, se ha destacado que los instrumentos de represión o sanción instaurados o a instaurar en cada Estado miembro deben necesariamente atender a la premisa de ser efectivos, proporcionados y -muy especialmente- disuasorios, *vid.* PALÁ LAGUNA, «Exclusiones de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», Gómez-Acebo & Pombo, 2024, p. 4.

ambientales, contra derechos laborales o corporativos, imputable a la persona jurídica por deficiencia organizativa -art. 31 bis CP- y a los administradores por omisión de supervisión como manifestación del deber de diligencia propia de los integrantes del órgano de administración que no tienen funciones ejecutivas, con el *compliance* en sostenibilidad actuando como causa de exención o atenuación)[36] y societaria (responsabilidad de los órganos de administración por infracción de deberes fiduciarios) a la que prestaremos especial atención en este trabajo. La responsabilidad penal de la sociedad no excluye, sino que se complementa con la eventual responsabilidad individual de los administradores (art. 31.2 CP), configurando un doble canal de exigencia que refuerza la efectividad del deber de diligencia en materia de sostenibilidad.

3.3. La supresión del régimen armonizado de responsabilidad civil por la Directiva Ómnibus I

Tras las modificaciones introducidas por la Directiva Ómnibus I, la CSDDD ha experimentado una simplificación relevante en el ámbito de la responsabilidad civil[37]. En su redacción original, el artículo 29 establecía un régimen específico y armonizado de responsabilidad civil a nivel europeo por los daños causados a terceros como consecuencia del incumplimiento de las

[36] La responsabilidad penal de la persona jurídica en materia de sostenibilidad empresarial constituye el grado máximo de exigencia dentro del sistema de responsabilidades empresariales. Su fundamento normativo principal se encuentra en la Directiva 2008/99/CE (modificada por la Directiva (UE) 2024/1203), en el artículo 31 bis del Código Penal y en los arts. 325 ss. del mismo cuerpo legal, relativos a los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales. Este régimen exige, para la imputación penal a la empresa, la existencia de un incumplimiento grave de los deberes de diligencia debida y de control, especialmente la ausencia o ineficacia de programas de cumplimiento normativo (*compliance*) adecuados para prevenir riesgos ambientales, sociales o de derechos humanos. De esta forma, el defecto en la organización y supervisión corporativa puede constituir un indicio relevante de responsabilidad penal erigiéndose, asimismo, como un instrumento jurídico idóneo para garantizar la efectividad de la protección de los distintos intereses. En este sentido, ocupa un lugar central tanto en el sistema preventivo como en el resarcitorio vinculado a la sostenibilidad empresarial, cuyo examen requeriría analizar en profundidad tanto la tipificación de las conductas delictivas relevantes como las condiciones específicas de imputación de responsabilidad a la empresa en su condición de persona jurídica, lo cual excede del objetivo de este trabajo (*vid.* al respecto, NIETO MARTÍN y VILÁ CUÑAT, «La protección penal del ambiente, el clima y la sostenibilidad: imaginarios y principios penales», *InDret*, nº 4, 2025, *passim*).

[37] El régimen de responsabilidad civil de las empresas se contemplaba en el art. 22 de la Propuesta de Directiva (UE) 2024/1760, que establecía la obligación de los Estados miembros de garantizar la responsabilidad de las empresas por los daños causados a personas físicas o jurídicas como consecuencia del incumplimiento intencionado o negligente de las obligaciones de diligencia debida. Por su parte, los arts. 25 y 26 regulaban específicamente el deber de diligencia de los administradores. Concretamente, el art. 25 disponía que los administradores de la sociedad sometidos a la Directiva debían tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad incluidos, en su caso, los derechos humanos, el cambio climático y las consecuencias medioambientales, a corto y largo plazo. Al respecto, se puso de manifiesto que la articulación entre ambas normas no resultaba fácil, mientras en la primera la responsabilidad era la consecuencia de la infracción por parte de la sociedad del deber de realizar el proceso de *due diligence* y, en consecuencia, la responsabilidad recaía sobre la propia compañía, en el segundo caso, el cumplimiento de la *due diligence* se proyectaba sobre la responsabilidad de los administradores, lo que motivaría la necesaria armonización de normas de Derecho de sociedades. En definitiva, las principales críticas se centraban en el contenido del art. 25, ya que se percibía como innecesario y potencialmente invasivo respecto a las normativas nacionales que rigen las obligaciones de los administradores, pudiendo comprometer su deber de actuar en el mejor interés de la empresa *vid.* RECALDE CASTELLS, «[La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos (Notas a la Propuesta de Directiva sobre "diligencia debida" –"due diligence"– en materia de sostenibilidad)]*», Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, cuarto trimestre de 2022, pp. 9 a 11 (versión electrónica); VIVERO DE PORRAS, «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores (1)», cit., p. 9. Sobre la articulación entre el régimen de responsabilidad civil de la CSDDD y el de los administradores contemplado en el art. 236 LSC, *vid.* CHAMORRO DOMÍNGUEZ, «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes*», Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 66, 2022, *passim*.

obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Dicho régimen pretendía garantizar un mínimo uniforme de protección a las víctimas en todo el territorio de la Unión, configurando una verdadera responsabilidad extracontractual de origen europeo con elementos de imputación objetivada y un claro propósito disuasorio y reparador[38].

La supresión del artículo 29, apartado 1 -que recogía el núcleo del régimen armonizado de responsabilidad civil europea-, junto con el apartado 3 letra d) -acciones representativas por organizaciones sindicales y de la sociedad civil- y el apartado 7 –(cláusula de *overriding mandatory provisions*)*,* mediante el artículo 4, apartado 12, de la Directiva (UE) 2026/470 supone un cambio de paradigma significativo[39]. Se abandona la aspiración de una armonización plena en materia de responsabilidad civil, devolviendo a los ordenamientos jurídicos nacionales la regulación sustantiva y procesal de las acciones indemnizatorias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de *due diligence* impuestas por la Directiva. En el caso de España, la responsabilidad civil se regirá, en principio, por las normas generales del Código Civil, particularmente por su artículo 1902, que, como sabemos, consagra el principio de responsabilidad aquiliana por culpa o negligencia, según el cual quien causa daño a otro por acción u omisión mediando culpa o negligencia está obligado a repararlo, si bien cabrá modular su aplicación a las particularidades del deber de diligencia debida en materia de sostenibilidad (adecuación del estándar de conducta al riesgo, causalidad adecuada, imputación por omisión, etc.) [40].

[38] En la versión definitiva de la Directiva (UE) 2024/1760 (CSDDD), el régimen armonizado de responsabilidad civil previsto inicialmente en el artículo 29 experimentó un notable debilitamiento como resultado de las intensas negociaciones trilógicas. Diversos Estados miembros (especialmente Alemania, Italia y algunos países del Este y Norte), junto con importantes sectores empresariales, expresaron fuertes reservas ante la perspectiva de un aumento significativo de litigios transfronterizos y la generación de inseguridad jurídica derivada de una responsabilidad civil estricta y uniforme por daños ocurridos en cadenas de valor globales. Ante la necesidad de alcanzar un compromiso político viable que permitiera la adopción de la Directiva, se optó por atenuar sustancialmente el carácter armonizador de dicha disposición, introduciendo mayores remisiones al Derecho nacional, exigencias más estrictas de culpabilidad y una importante exclusión de responsabilidad cuando el daño sea causado exclusivamente por socios comerciales en la cadena de actividades. Esta solución refleja el delicado equilibrio alcanzado entre el objetivo de reforzar la rendición de cuentas empresarial en materia de sostenibilidad y las preocupaciones relativas al impacto económico y competencial sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

[39] El régimen de responsabilidad civil armonizado establecía que los Estados miembros debían asegurar que las personas afectadas por una infracción de las obligaciones de diligencia debida podían reclamar una reparación efectiva ante los tribunales nacionales, y esta previsión -inédita hasta ahora en la legislación europea en materia empresarial- elevaba la sostenibilidad a la categoría de deber jurídico cuyo incumplimiento generaba consecuencias patrimoniales, integrando así la dimensión civil en el núcleo del Derecho de la empresa.

[40] Esta responsabilidad extracontractual se basa en que el ilícito causado por culpa o negligencia obliga a reparar el daño causado. Dicho ilícito no radica solo en el daño ambiental o social producido, sino en la omisión del deber de adoptar medidas razonables para identificar, prevenir, mitigar o cesar impactos adversos previsibles. La infracción del deber legal de diligencia debida genera por sí misma la antijuridicidad y el nexo causal, habilitando el derecho a reparación. El estándar de diligencia debida debe ser concreto y adaptado al tamaño, naturaleza, sector y contexto de la empresa (no genérico ni meramente declarativo). Requiere pautas sectoriales y buenas prácticas especializadas, más allá de códigos de conducta amplios. Por lo que respecta a los elementos clave de la responsabilidad deben citarse el daño (incluye perjuicios materiales, daños morales, afectación a intereses colectivos y, en casos extremos, vulneración de derechos fundamentales), la culpa o negligencia (se presume por incumplimiento de los estándares); la empresa debe probar que los cumplió (inversión de la carga de la prueba, justificada por la asimetría informativa y alineada con la jurisprudencia del TJUE para garantizar tutela judicial efectiva), el nexo causal (vinculado directamente al incumplimiento de la diligencia debida) y la reparación (que debe ser integral y proporcional e incluye indemnización por daños y perjuicios), medidas restitutorias, de rehabilitación o compensación ambiental (coordinadas, p. ej., con la Directiva 2004/35/CE en materia ambiental), orientadas a restablecer la situación anterior o neutralizar efectos. Un rasgo distintivo (influido por el modelo alemán) es la responsabilidad solidaria de empresas matrices respecto a filiales, y de contratistas principales respecto a subcontratistas, por daños causados por estos si no se adoptaron medidas razonables de supervisión y

Esta desarmonización no implica, sin embargo, una desregulación completa. La Directiva Ómnibus I, en su cometido de simplificación y ajuste del régimen de diligencia debida en materia de sostenibilidad, mantiene intactas las obligaciones generales de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil. Dichas obligaciones se orientan fundamentalmente a garantizar un acceso efectivo a la justicia y a mecanismos de reparación adecuados para las víctimas de posibles vulneraciones derivadas de la actividad empresarial. En concreto, la Directiva exige que los Estados miembros velen por que las víctimas de efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente, causados por el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, puedan obtener en el marco del Derecho nacional una reparación efectiva y plena. La reparación debe ser integral, cubriendo tanto los daños materiales como los inmateriales sufridos, pero sin dar lugar a fenómenos de sobrecompensación[41] o indemnizaciones punitivas que excedan el perjuicio efectivamente causado.

Esta solución supone, a nuestro juicio, un claro retroceso respecto al planteamiento inicial de la Directiva CSDDD[42]. Al suprimir el régimen uniforme de responsabilidad civil y remitir la cuestión primordialmente al Derecho nacional de cada Estado miembro, la Directiva Ómnibus prioriza la flexibilidad regulatoria y la reducción de cargas para las empresas, si bien reafirma el compromiso irrenunciable con los principios de efectividad y equivalencia en la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). De este modo, se preserva el derecho de las víctimas a una indemnización íntegra cuando se acredite la responsabilidad de la empresa por incumplimiento de sus deberes de diligencia, pero se remite a los ordenamientos jurídicos nacionales la concreción de los requisitos de imputación, los estándares probatorios y los procedimientos de reclamación.

Esta opción legislativa se alinea con una tendencia observable en otros instrumentos recientes de Derecho europeo en materia de sostenibilidad empresarial, que optan por un modelo de «armonización mínima» en el ámbito de la responsabilidad civil, preservando la flexibilidad nacional en la configuración concreta de los elementos de la responsabilidad. Además, desde el punto de vista dogmático, esta reforma refleja la tensión clásica en el Derecho europeo entre la necesidad de garantizar un elevado nivel de protección uniforme y el respeto al principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros, así como al margen de apreciación que estos conservan en materias tradicionalmente vinculadas al Derecho de daños nacional. La eliminación del régimen armonizado reduce la incertidumbre jurídica para las

control cuya finalidad es evitar evasión de responsabilidad mediante subcontrataciones o estructuras de grupo, incentivar la implantación efectiva de modelos de sostenibilidad en toda la cadena de actividades y reforzar la prevención mediante consecuencias patrimoniales disuasorias. La responsabilidad civil cierra el círculo patrimonial junto a la administrativa (de naturaleza sancionadora), pero no es omnicomprensiva para proteger intereses colectivos (medio ambiente, salud pública, derechos fundamentales). Por ello, la responsabilidad penal complementa el sistema, actuando para prevenir y sancionar conductas graves.

[41] Directiva (UE) 2026/470, considerando 28 y art. 4, apdo. 12 (modificación del art. 29, apartados 2, 4 y 5 de la CSDDD), en relación con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[42] BUENO y OEHM, «Conditions of Corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Restrictive, but clear?», *Verfassungsblog*, 28 de mayo de 2024. Disponible en: https://verfassungsblog.de/conditions-of-corporate-civil-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive/ (consultado el 15 de junio de 2026).

empresas, pero introduce el riesgo de una fragmentación del nivel de protección efectiva de las víctimas según el Estado miembro en el que se ejercite la acción.

En definitiva, la supresión del régimen armonizado del artículo 29 original de la CSDDD no elimina la responsabilidad de las empresas por vulneraciones de los deberes de diligencia debida, pero la reubica en el plano del Derecho nacional, sometiéndola a los principios generales de la responsabilidad extracontractual de cada Estado miembro, al tiempo que se preservan las garantías mínimas de acceso a la tutela judicial efectiva. Este equilibrio entre simplificación regulatoria y mantenimiento de estándares mínimos de justicia constituye uno de los aspectos más relevantes y, su vez, controvertidos de la Directiva Ómnibus I.

En síntesis, la sostenibilidad ha pasado de ser un objetivo programático o voluntario a un componente jurídico nuclear de la actuación empresarial en la Unión Europea y nacional. Su inobservancia genera responsabilidad pluridimensional, administrativa, civil, penal y societaria, efectivamente exigible, con el deber de diligencia debida como elemento estructural que equilibra la protección de derechos fundamentales y el medio ambiente con razonabilidad y previsibilidad para los operadores económicos.

3.4. Responsabilidad empresarial, libertad de empresa y principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea

Todos estos planos se refuerzan mutuamente y tienen como finalidad común garantizar la efectividad real de las obligaciones de diligencia debida, convirtiéndolas en un elemento estructural e integrador de la moderna responsabilidad social empresarial. En esta línea, la responsabilidad administrativa bajo la CSDDD se configura como mecanismo estructural de garantía amplia que combina represión, prevención, promoción de cumplimiento y transparencia pública. Actúa como complemento esencial a la responsabilidad civil, de naturaleza reparadora, configurando un sistema híbrido público-privado de *enforcement* que busca la efectividad real de la diligencia debida en toda la Unión, con importantes implicaciones para la transposición española en términos de diseño institucional, recursos especializados y equilibrio entre rigor sancionador y proporcionalidad. Esta tendencia, que se dirige hacia un arraigo prácticamente definitivo en la cultura empresarial europea, no puede llevarnos a pasar por alto la evidente pugna que existe entre el creciente intervencionismo normativo y el principio de libertad de empresa, el cual se encuentra expresamente reconocido, incluso de modo nominal, en nuestro ordenamiento constitucional[43]. En esta línea, resulta esencial promover con rigor la configuración jurídica de la sostenibilidad conforme a su propia naturaleza: una obligación de diligencia debida que respeta los derechos fundamentales y que, en ningún caso, puede derivar en mecanismos de control ideológico, intervencionismo estatal o formas de planificación económica incompatibles con el sistema de libre mercado. La sostenibilidad de la empresa no debe desnaturalizar su esencia, ni desde una perspectiva económica ni en su dimensión como ente societario sujeto al Derecho de Sociedades, el cual ha de conservar su protagonismo autónomo y esencial. En particular, debe evitarse que la promulgación de normas societarias se utilice como instrumento para imponer obligaciones vinculadas al cumplimiento de determinados objetivos de bienestar social, lo que generaría una indeseable confusión entre los

[43] Artículo 38 de la Constitución Española.

límites propios del Derecho societario y la regulación pública[44]. Aunque es innegable la conveniencia que las empresas participen en la protección del medio ambiente, la mitigación del cambio climático y la defensa de derechos sociales por constituir objetivos socialmente valiosos, sin embargo, resulta más controvertido que el Derecho de sociedades sea el instrumento idóneo para perseguir estos fines públicos y, en consecuencia, si debe internalizarse en la gestión empresarial o si resulta preferible atenderlos mediante regulación pública específica. Esta tendencia implica una funcionalización del Derecho privado que excede su misión tradicional, orientada fundamentalmente a la organización de intereses patrimoniales.

En los últimos años, el ordenamiento ha ampliado el ámbito del deber de diligencia como consecuencia de la inclusión de la cláusula del «interés de la empresa» en la reforma del artículo 225 LSC en el año 2021 -como veremos posteriormente-, obligando a las sociedades no solo a cumplir la normativa vigente, sino a considerar intereses colectivos que trascienden el beneficio de los accionistas. Esta evolución incide tanto en el deber de diligencia de los administradores, mediante la implantación de sistemas de gestión de riesgos y procesos de *due diligence*, como, potencialmente, en el de lealtad, al extender el círculo de intereses que los administradores deben ponderar.

En este sentido, se ha cuestionado si el deber de diligencia en materia ESG debe ir más allá del mero cumplimiento de las obligaciones legales imperativas al considerarse que convertir estos objetivos en un mandato genérico de gestión podría generar incertidumbre respecto a su contenido concreto y al alcance de las facultades directivas. Aunque en algunos casos se admite su atención cuando resultan compatibles con el interés social a largo plazo, esta aproximación tiende a fundarse en una amplia discrecionalidad empresarial, lo que puede complicar los procesos decisorios y reducir los mecanismos de control y responsabilidad de los administradores, de ahí que se haya defendido que el deber de diligencia debe configurarse, por tanto, como una obligación que respete los derechos de los administradores y sea plenamente compatible con el funcionamiento del libre mercado, sin difuminar los límites tradicionales entre la responsabilidad societaria y la regulación pública[45].

No obstante, el régimen de responsabilidad en cuestión no se sustenta únicamente en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, sino que encuentra un sólido respaldo y una notable ampliación en el principio de efectividad propio del Derecho de la Unión Europea[46]. Esta

[44] Si bien es cierto que las sociedades deben implicarse en la protección del medio ambiente o en la lucha contra el cambio climático o la protección de los derecho humanos, un sector de la doctrina ha cuestionado la conveniencia de que esos objetivos deban perseguirse desde el Derecho de sociedades ya que ello implica una publificación o, lo que es lo mismo, una desprivatización de este sector del ordenamiento jurídico, razón por la cual se considera que las medidas de diligencia debida deben implementarse a través de la regulación pública y no mediante el de Derecho societario. *Vid.* RECALDE, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., pp. 34 y 35 (versión electrónica); ALONSO LEDESMA, «La Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad», PEÑAS MOYANO (coord.), *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Jesús QUIJANO GONZÁLEZ,* Valladolid, 2023, p. 71; PEINADO GRACIA, «El indeseado efecto político en el Derecho de sociedades»*, Revista de Derecho Mercantil,* núm. 332, 2024, especialmente, pp. 63 a 71.

[45] En este sentido, RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., pp. 34 y 35.

[46] Se trata de un principio implícito que, aunque no esté expresamente regulado se fundamenta en la cooperación leal (art. 4.3 TUE) y en la tutela judicial efectiva (19.1), y en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que el TJUE aplica de manera casuística para asegurar que el Derecho de la UE no quede vacío de contenido.

dimensión resulta especialmente relevante, toda vez que cada Estado miembro debe garantizar niveles homogéneos de tutela efectiva de los principios de sostenibilidad recogidos en la normativa europea. Tal exigencia implica que los deberes de diligencia debida sean realmente exigibles en el plano interno, evitando que los derechos de los afectados queden reducidos a una mera declaración formal carente de eficacia práctica.

Con el fin de prevenir esta situación, el régimen de responsabilidad civil armonizado a escala europea, complementado por los instrumentos de jurisdicción y de determinación de la ley aplicable, fortalece el marco procesal y facilita la tramitación de las reclamaciones derivadas de eventuales incumplimientos, incluso cuando estos se producen en el marco de complejas cadenas de valor transnacionales.

4. Responsabilidad de los administradores y órganos de gobierno

4.1. Los deberes fiduciarios de los administradores y el gobierno corporativo sostenible en los Códigos de Buen Gobierno

Más allá de la eventual responsabilidad de la persona jurídica por el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida vinculadas a la sostenibilidad, los administradores de la sociedad asumen una responsabilidad personal propia. Este régimen de imputación individual se fundamenta en la consideración de que tal omisión constituye una vulneración de sus deberes fiduciarios de supervisión, control y gestión responsable de los asuntos sociales. En este sentido, los deberes de diligencia, lealtad y supervisión constituyen elementos esenciales e inseparables de la actuación exigible a los administradores de sociedades de capital, regulados fundamentalmente en los artículos 225 y 227 de la LSC que han experimentado una significativa expansión material en los últimos años, al incorporarse de manera inexorable a la observancia de los estándares de sostenibilidad y responsabilidad corporativa, como tendremos ocasión de examinar.

Consideramos que es cada vez menos discutible el papel que debe reconocerse a los fines ESG tanto en la actuación de los socios en la propia configuración del contrato social como en la exigencia de responsabilidad de los administradores lo que supone un importante cambio de paradigma imperante en el Derecho de sociedades, estrechamente vinculado con la integración del interés general en la causa de la sociedad y su compatibilidad con el ánimo de lucro de los socios. De ahí que deba entenderse que las compañías mercantiles están legitimadas para perseguir objetivos o intereses a la obtención de ganancias económicas por parte de los socios[47].

Así, lo contemplan expresamente las Recomendaciones de *soft law* que buscan un cumplimiento voluntario por parte de los administradores, y también el Derecho positivo incorporado en la normativa legal vigente que presuponen este tipo de actuaciones.

[47] Tradicionalmente se han enfrentado distintas concepciones que en el plano teórico se presentan como antagónicas, en las que incluso en algunos casos se quieren apreciar planteamientos ideológicos diferentes. Este complejo tema excede del objeto del presente estudio, si bien un extraordinario resumen de la cuestión puede verse en ESTEBAN VELASCO, «Interés social, buen Gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva societaria)», en *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos,* Universitat Jaume I, 2005, pp. 43 ss.; ALONSO UREBA, «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa ("Interés social" vs "Interés de la empresa": una cuestión abierta)», cit., pp. 27 ss.

Ciertamente, en la actualidad, el desarrollo del denominado «gobierno corporativo sostenible» se ha concentrado fundamentalmente en el ámbito de las sociedades cotizadas, como lo demuestran las sucesivas revisiones de los Códigos de Buen Gobierno en los principales países de nuestro entorno, en los que se anticipan los principios y concreciones del gobierno corporativo sostenible y auspician las iniciativas comunitarias actualmente en curso y que parecen llamadas a determinar una reforma más o menos profunda de las normativas societarias y del propio concepto de gobierno corporativo. Este fenómeno incide directamente sobre la noción misma de interés social y, con frecuencia, genera tensiones e incluso contradicciones con las normas legales vigentes, las cuales, salvo en materia de retribución de consejeros, continúan fuertemente ancladas en el paradigma del *shareholder value*[48].

En esta línea, tanto a nivel europeo[49] como nacional, los Códigos de Buen Gobierno recomiendan atender intereses distintos a los de los socios. También en España las versiones más recientes del Código de Buen Gobierno incentivan una gestión expresamente referida a objetivos ESG. En la práctica de nuestras sociedades del Ibex 35 esta idea se refuerza en un doble sentido. De un lado, el principio número 24 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas -en su revisión de 2020[50]- que tras disponer que la sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su progreso, aplicación y resultados[51], recomienda (Rec. 12ª) que el consejo de administración «*en la búsqueda*

[48] Una excepción relevante en este contexto es la regulación, en diversos ordenamientos, de sociedades, que sin configurar un nuevo tipo societario permite enriquecer la finalidad lucrativa tradicional con propósitos adicionales orientados a los intereses de los *stakeholders*. Así ocurre, por ejemplo, con la *società benefit* italiana, con la *société à mission* del Derecho francés o la sociedad de beneficio e interés común española. Este último modelo va más allá al establecer expresamente que la gestión social debe atender a consideraciones de orden social y medioambiental, y regula de forma específica el *corporate purpose* o propósito de la sociedad. *Vid.,* entre otros trabajos, sobre tales sociedades MEGÍAS LÓPEZ, «La sociedad Benefit», *Libro Homenaje al Profesor Adolfo SEQUEIRA MARTÍN,* Sepin, 2022, pp. 133 a 147; FISCH/SOLOMON, «The value of a public benefit corporation»*, ECGI Working Paper,* núm. 585, 2021; RIOLFO, «The new italian benefit corporation»*, European Busines Organization Law Review,* núm. 21, 2020, pp. 279 a 317; PIENTRACOSTA, «Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés»*, Annales des Mines-Réalités industrielles,* núm. 2019/4, 2019, pp. 55 a 59; MONTIEL VARGAS, «Las empresas B (B Corps) y la regulación de las sociedades con propósito (benefit corporations) en Derecho comparado»*, REVESCO Revista de Estudios Cooperativos,* núm. 141, 2022, pp. 1 ss.

[49] Destacan especialmente los códigos de buen gobierno y otros textos de *soft law* en el Reino Unido. La revisión del *Stewardship Code*, que el Consejo de Información Financiera aprobó en 2020, incluye entre los objetivos que deben guiar la gestión las actuaciones medioambientales (incluido el cambio climático), sociales y de gobernanza (https://www.frc.org.uk/investors/uk-stewardship-code; FERRARINI, «Redefining Corporate Purpose: sustainability as a game changer», *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets,* Palgrave Macmillan, 2021, p. 91; respecto de la previa versión del *Stewardship Code*, DAVIES, «The UK Stewardship Code 2010-2020. From Saving the Company to Saving the Planet?», *ECGI Working papers* núm. 506/2020).

[50] El Código de Buen Gobierno de la CNMV, revisado en 2020, sustituyó el término «responsabilidad social corporativa» por el de «sostenibilidad» e incluyó recomendaciones específicas sobre la gestión de riesgos no financieros, atribuyendo expresamente al consejo de administración la responsabilidad de establecer la política de sostenibilidad (Recomendaciones 53 a 57). Aunque las recomendaciones del Código no son jurídicamente vinculantes, el principio de «cumplir o explicar» genera una presión de cumplimiento que refuerza las expectativas de conducta de los administradores.

[51] Bajo el epígrafe III.3.5 Sostenibilidad y aspectos medioambientales y sociales, el Principio 24 establece literalmente que «*La sociedad promoverá una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados. La apertura y sensibilidad hacia el entorno, el sentido de comunidad, la capacidad innovadora y la consideración de la sostenibilidad y el largo plazo se añaden a la*

del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que pueden verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente»[52]. Los administradores deben analizar el impacto de la actividad de la sociedad sobre el conjunto de la comunidad para identificar aquellas actuaciones que creen un valor compartido y desarrollar una política de responsabilidad social o de sostenibilidad en materias sociales y medioambientales. En todo caso, su aprobación corresponde al consejo de administración, que debe mantener una comunicación transparente basada en la información a los inversores referida tanto a los aspectos financieros como a los no financieros[53].

En desarrollo de este principio, el Código incluye recomendaciones específicas que refuerzan su implementación. En concreto, la Recomendación 53[54] atribuye la supervisión del cumplimiento

imprescindible creación de valor como fundamentos de la actividad empresarial. Por tanto, es recomendable que las empresas analicen cómo impacta su actividad en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la empresa. De esta manera, utilizando como referencia la cadena de valor, la empresa puede identificar cuestiones sociales que permitan la creación de valor compartido. En este sentido, se plantea la conveniencia de desarrollar el contenido mínimo recomendado de la política de responsabilidad social o sostenibilidad en materias medioambientales y sociales, cuya aprobación corresponde al consejo de administración, y de plasmar el principio de mantener una comunicación transparente basada en la necesidad de informar tanto sobre los aspectos financieros como sobre los aspectos no financieros de negocio». Esta redacción introduce un cambio notable en el objeto de la norma. Así si en su versión original establecía que las sociedades habrían de promover una política adecuada de «responsabilidad social corporativa», en la vigente su contenido es la promoción de una política adecuada de «sostenibilidad en materias medioambientales y sociales», sin alterar el resto de la literalidad del principio y de su recomendación adjunta. Este cambio de índole terminológica se justifica por parte del regulador en la creciente aceptación y difusión de la expresión «sostenibilidad» frente a la de «responsabilidad social corporativa» (CNMV, *Propuesta de modificación de determinadas recomendaciones del Código de Buen Gobierno,* 14 de enero de 2020, p. 11). *Vid.* ampliamente sobre este Principio, HIERRO ANIBARRO, «Principio 24», EMBID IRUJO (dir.) / GIMENO RIBES/ DEL VAL TALENS (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas,* vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2025, pp.1545 a 1588.

[52] Para un análisis de esta Recomendación *vid.* HERNANDO CEBRIÁ, «Recomendación 12», EMBID IRUJO (dir.) /GIMENO RIBES/ DEL VAL TALENS (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas,* vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2025, pp. 497 a 522, concretamente en las páginas pp. 521 y 522 el autor pone de relieve que en la evolución de los códigos de buen gobierno puede apreciarse una especie de oscilación en la orientación del «interés social», desde la «creación de valor para el accionista», de naturaleza contractualista hasta una visión más institucionalista, que busca «el bien de la empresa en su conjunto y su continuidad a largo plazo». En una segunda instancia, la visión contractualista se ve compensada con la referencia material a la empresa, de modo que el «interés social» se ha de resolver en la «maximización», de forma sostenida, del valor económico de la empresa y posteriormente en «la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo», que ha dado lugar a un «interés social sostenible».

[53] Así lo ha puesto de manifiesto RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 15.

[54] La recomendación 53 se enmarca en el principio de «cumplir o explicar» y busca asegurar una supervisión adecuada de estas materias por parte del consejo. Establece literalmente «*Que la supervisión del cumplimiento de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de los códigos internos de conducta, se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración, que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de autoorganización, haya decidido crear. Y que tal comisión esté integrada únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes y se le atribuyan específicamente las funciones mínimas que se indican en la recomendación siguiente*». En la 54 se dispone al respecto que «*Las funciones mínimas a las que se refiere la recomendación anterior son las siguientes: a) La supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo y de los códigos internos de conducta de la empresa, velando asimismo por que la cultura corporativa esté alineada con su propósito y valores. b) La supervisión de la aplicación de la política general relativa a la comunicación de información económico-financiera, no financiera y corporativa, así como a la comunicación con accionistas e inversores, asesores*

de las políticas y reglas en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo (factores ESG), así como de los códigos internos de conducta, a una o varias comisiones del consejo. Puede tratarse de la comisión de auditoría, la de nombramientos y retribuciones, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa, o incluso una comisión *ad hoc* creada al efecto por el consejo en ejercicio de su facultad de autoorganización. Esta recomendación destaca precisamente que dada la relevancia de las cuestiones relativas a la sostenibilidad y a los aspectos sociales se proceda a la identificación y atribución de funciones específicas en esta materia a una comisión especializada, que incluso puede ser una comisión *ad hoc* de sostenibilidad o responsabilidad social corporativa y que tal comisión esté integrada únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes y se le atribuyan específicamente las funciones mínimas que se indican en la Recomendación 54[55]. No obstante, entendemos que la incorporación efectiva de la sostenibilidad en el seno del consejo de administración trasciende la mera adopción de estructuras organizativas o la formulación de compromisos genéricos, requiriendo su plena integración en las decisiones estratégicas que determinan la gestión de riesgos y la generación de valor sostenible a largo plazo.

De modo complementario, la Recomendación 55[56] detalla el contenido mínimo que deben identificar las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales: principios,

de voto y otros grupos de interés. Asimismo, se hará seguimiento del modo en que la entidad se comunica y relaciona con los pequeños y medianos accionistas. c) La evaluación y revisión periódica del sistema de gobierno corporativo y de la política en materia medioambiental y social de la sociedad, con el fin de que cumplan su misión de promover el interés social y tengan en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés. d) La supervisión de que las prácticas de la sociedad en materia medioambiental y social se ajustan a la estrategia y política fijadas. e) La supervisión y evaluación de los procesos de relación con los distintos grupos de interés».

[55] Concretamente, partiendo de los datos del IBEX 35 y del índice europeo Eurostoxx50, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Sobre las comisiones: un 43% de las empresas del IBEX 35 tienen una comisión en el consejo dedicada plenamente a la sostenibilidad. El otro 57% cuenta con una comisión que combina la sostenibilidad con otra función como auditoría, estrategia o innovación. En Europa, el modelo exclusivo es un 36% y el compartido un 64%.

Sobre la retribución variable de los consejeros: los objetivos ESG ganan peso, especialmente los de largo plazo. Esto muestra que las compañías entienden la sostenibilidad como parte de la transformación futura del negocio, no sólo como un KPI anual más. En el IBEX son los objetivos sociales los que mayor peso tienen (diversidad, seguridad y formación), seguidos por los de gobernanza y los ambientales. En el Eurostoxx, lideran los objetivos ambientales, en parte por el mayor peso de compañías industriales en el índice, seguidos por los sociales y los de gobernanza. Curiosamente las empresas del Eurostoxx dan la mitad de peso a los objetivos de gobernanza -ratings ESG, aprobación de planes o financiación sostenible- que las compañías españolas.

Vid., ampliamente, sobre las Recomendaciones 53 y 54 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, NOVAL PATO, «Recomendación 53» y «Recomendación 54», EMBID IRUJO (dir.) /GIMENO RIBES/ DEL VAL TALENS (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas,* vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2025, pp. 1507 a 1525 y pp. 1526 a 1544, respectivamente.

[56] La Recomendación nº 55 que establece:

«*Que las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales identifiquen e incluyan al menos:*

Los principios, compromisos, objetivos y estrategias en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de la corrupción y otras conductas ilegales.

Los métodos o sistemas para el seguimiento del cumplimiento de las políticas de los riesgos asociados y de su gestión.

Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, incluido el relacionado con aspectos éticos y de conducta empresarial.

Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés.

Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor».

compromisos, objetivos y estrategia en relación con accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, derechos humanos y prevención de corrupción; métodos de seguimiento y gestión de riesgos; mecanismos de supervisión del riesgo no financiero (incluidos aspectos éticos); canales de comunicación y diálogo con grupos de interés; y prácticas de comunicación responsable.

Estas disposiciones del Código de 2020 representan un avance significativo en la integración de la sostenibilidad en la gobernanza de las sociedades cotizadas españolas, preparando el terreno para la transposición de normativas europeas como la Directiva CSDDD sobre diligencia debida en sostenibilidad. Es posible, por tanto, afirmar que el crecimiento sostenible se ha convertido en un estándar de conducta objetivo. Así pues, la supresión en la versión final de la dicha Directiva de los artículos 25, 26, incluidos inicialmente en la Propuesta, que regulaban el deber de diligencia de los administradores en materia de sostenibilidad[57], entendemos que no debe

---

En esta Recomendación se recoge el contenido de la Recomendación 54 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015, con algunas precisiones que deben señalarse. En primer lugar, se sustituye la expresión «responsabilidad social corporativa» por «sostenibilidad» y «la política de responsabilidad social corporativa» por «políticas de sostenibilidad medioambientales y sociales». Además, se reordenan y concretan las materias que, con carácter no exhaustivo, han de constituir el contenido de las políticas de sostenibilidad de la sociedad. Sobre esta Recomendación resulta de especial interés las acertadas reflexiones realizadas por ZABALETA DÍAZ, «Recomendación 55», EMBID IRUJO (dir.) /GIMENO RIBES/ DEL VAL TALENS (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas,* vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2025, pp. 1589 a 1619, quien destaca -p. 1619- que esta Recomendación tiene en la actualidad un alto grado de seguimiento (el 80% en las sociedades cotizadas en el año 2022) y que ha experimentado un continuo crecimiento, resultando significativo que en el ejercicio 2016 fuera una de las cinco recomendaciones que registró un mayor cumplimiento. Así, a partir de la actualización del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2020, parte de las sociedades que no siguen tal Recomendación explicaron en un primer momento que estaban adaptando sus políticas a las nuevas prácticas recomendadas, mientras que en los ejercicios posteriores justificaban la falta de tal seguimiento en el hecho de que todavía no habían desarrollado una política adecuada de sostenibilidad en materia medioambientales y sociales (CNMV, *Informes de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas,* Ejercicio 2022, p. 94.).

[57] El 1 de diciembre de 2022, el Consejo de Competitividad adoptó una posición de negociación con respecto a la Propuesta de Directiva que, sin apartarse, de la elaborada por el Comité de Representantes Permanentes (Coreper) de 30 de noviembre de 2022, decidió iniciar las negociaciones eliminando las referencias al deber de diligencia contenidas en los arts. 25, 26 y 27 de la propuesta inicial de 23 de febrero de ese mismo año. En la nota remitida por el Coreper, esta supresión se justifica por la «profunda inquietud» de los Estados Miembros que consideran que, en particular el art. 25 de la propuesta de Directiva, representa «una interferencia inadecuada con las disposiciones nacionales relativas a las obligaciones de los administradores, que podría socavar la obligación de los administradores de actuar en el mejor interés de la empresa». La medida fue recibida con cierto alivio por los distintos operadores jurídicos y por las empresas, especialmente las cotizadas. Según el art. 25 cuando los administradores cumplan con su «deber de actuar en el mejor interés de la empresa» deben «tener en cuenta» las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidos, en su caso, los derechos humanos, el cambio climático y las consecuencias medioambientales, a corto, medio y largo plazo. Además, establecía que los Estados miembros, debían asegurarse de que sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas regulen el incumplimiento de las obligaciones de los administradores. Por su parte, el art. 26 dispone que los administradores serán responsables del establecimiento y supervisión efectiva de las medidas de diligencia debida (procedimiento *due diligence*), incluyendo, en particular, la política de diligencia debida de la actividad de la empresa. A estos efectos, deberán «tener en cuenta» las consideraciones de los grupos de interés (*stakeholders*) y las organizaciones de la sociedad civil. Se reprochó a la Comisión que no había razones empíricas que justificaran la necesidad de aprovechar la regulación de las cadenas de suministro para promover una legislación a nivel europeo que modifique las bases esenciales sobre las que actualmente se cimientan las normas de gobierno corporativo de las sociedades y las obligaciones y responsabilidades de los administradores porque se considera una violación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad ya que interfiere en la soberanía de los Estados para regular como consideren más adecuado tales obligaciones y responsabilidades. Hacerlo además afectaría a la eficacia y competitividad de las empresas europeas y restringiría los derechos de los accionistas. En concreto, la crítica particular a la inclusión de estos preceptos radicaba en que, con su redacción, no quedaba claro si podían entenderse como una simple remisión al régimen del deber de diligencia de los administradores del

tener un impacto relevante en el caso de nuestras sociedades cotizadas ya que tanto desde la perspectiva de las recomendaciones de buen gobierno nacionales, como del contenido de los estatutos de la mayoría de las sociedades del Ibex 35 se percibe una asunción indubitada de los principios del desarrollo sostenible y de su ejecución a través de las normas y protocolos que conforman la responsabilidad social corporativa de las empresas[58]. Así, en algunas de ellas «*la creación de valor sostenible*» se ha introducido en los estatutos sociales como uno de los elementos de definición del interés social. Cabe señalar además que, en enero de 2026, la CNMV ha iniciado un nuevo proceso de revisión del Código (anunciado en noviembre de 2025), con vistas a su actualización en 2027, que incorporará adaptaciones a la normativa europea sobre sostenibilidad y diligencia debida, entre otros aspectos[59].

Integrados de esta forma, el desarrollo sostenible, la responsabilidad social corporativa y la reputación corporativa en el «interés social o de la empresa» los mismos se convierten en pauta de actuación de los administradores (Recomendación 55 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas), de forma que éstos vienen obligados a impulsar el establecimiento de principios-políticas adicionales de responsabilidad social y reputación corporativa.

4.2. La juridificación de la sostenibilidad en el Derecho societario español

Derecho interno, en cuyo caso ambas normas resultarían supérfluas o si, como algunos parecen deducir del considerando 63 de la Propuesta, se trata de normas especiales que amplían el concepto de «interés social» y modifican los destinatarios del deber de diligencia. Esta controversia culminó con la supresión de ambos preceptos en la versión de noviembre de 2022. Las críticas han sido especialmente severas en la doctrina de los países nórdicos, ANDERSEN et al., «Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars» (June 7, 2022). *Nordic & European Company Law Working Paper* No. 22-01, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4139249; HANSEN, «Unstainable Sustainability», *Oxford Business Law Blog*, entrada de 8 de marzo de 2022. https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law- blog/blog/2022/03/unstainable-sustainability. Entre nosotros, *vid.* ALONSO LEDESMA, «La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», cit., pp. 59-73 y RECALDE, «La obligación de las sociedades de identificar reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (Notas a la Propuesta de Directiva sobre "diligencia debida" –"*due diligence*"– en materia de sostenibilidad)», pp. 691-709, o si, como algunos parecen deducir del considerando 63 de la Propuesta (26), se tarta de normas especiales que amplían el concepto de «interés social» y modifican los destinatarios del deber de diligencia (27). Esta controversia culminó con la supresión de ambos preceptos en la versión de noviembre de 2022.

[58] VIERA GONZÁLEZ, «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios del desarrollo sostenible», en CHAMORRO DOMÍNGUEZ/VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad,* Madrid, 2023, p. 224.

[59]Aunque los primeros pasos formales se dieron en noviembre de 2025, con la constitución de un Grupo de Expertos multidisciplinar, durante el año 2026 la CNMV ha intensificado los trabajos de actualización con vistas a la aprobación definitiva del nuevo Código en el segundo trimestre de 2027. Entre los ejes centrales de esta revisión destacan las adaptaciones necesarias a la normativa europea en materia de sostenibilidad y diligencia debida, particularmente a las Directivas CSRD y CSDDD. Los expertos deberán incorporar estas exigencias al contenido de las recomendaciones relativas a la gestión de riesgos ESG, la supervisión por parte de los consejos de administración (especialmente a través de comités especializados en sostenibilidad), la elaboración y verificación de la información no financiera, y la rendición de cuentas (*accountability*) en estas materias.

Además de la sostenibilidad, el proceso de revisión aborda otros desafíos contemporáneos del gobierno corporativo, tales como la implicación a largo plazo de los accionistas, la paridad de género en los órganos de administración, la digitalización, la ciberseguridad y el uso de la inteligencia artificial en los procesos de toma de decisiones del consejo.

Este *aggiornamento* del Código de Buen Gobierno no solo reforzará el carácter de «cumplir o explicar» de sus recomendaciones, sino que contribuirá a elevar los estándares de diligencia exigible a los administradores de sociedades cotizadas, alineando el marco español con las mejores prácticas internacionales y con las exigencias derivadas del Pacto Verde Europeo y de la Agenda 2030.

A todo este conjunto de compromisos voluntarios y principios encuadrables dentro de la Responsabilidad Social Empresarial -RSE-, el legislador español y europeo ha ido prescindiendo de la nota de la voluntariedad para considerar que la sostenibilidad y las relaciones con los *stakeholders* constituyen un estándar objetivo de diligencia. Una vez integrada en el marco de este deber, la conducta de los administradores respecto de la sostenibilidad puede ser susceptible de generar responsabilidad[60]. Así, en el contexto del *hard law* nuestro ordenamiento jurídico ha iniciado un proceso irreversible de juridificación de la sostenibilidad, integrando diversas disposiciones que expresamente reconocen la legitimidad de adoptar decisiones empresariales orientadas por finalidades que trascienden la mera maximización de los beneficios económicos en favor de los socios. En esta línea, en el ámbito de la legitimación de las decisiones de los administradores orientadas a objetivos de sostenibilidad, es importante recordar que la RSE no obtuvo un reconocimiento legal expreso en el ordenamiento jurídico español hasta la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible[61]. Antes de esa disposición, los administradores que impulsaban iniciativas para avanzar hacia empresas más sostenibles corrían un riesgo significativo de incurrir en responsabilidad civil. La normativa posterior ha cambiado esta situación: hoy los administradores pueden adoptar estas medidas con mayor seguridad jurídica, sabiendo que su actuación es lícita y no les genera consecuencias negativas en términos de responsabilidad. La nueva regulación en materia de sostenibilidad parece optar por establecer reglas imperativas que garanticen un cumplimiento riguroso. Esta transformación merece una valoración positiva, ya que aporta mayor certeza a las decisiones de los administradores dirigidas a cumplir objetivos ambientales, sociales y de gobernanza (ASG).

Por su parte, desde la Ley 11/2018[62] las sociedades que publican información consolidada y otras de cierta dimensión deben incluir de conformidad con el artículo 49.5 Ccom en el informe de gestión la información no financiera referida al «*impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal*»[63]. Aunque la norma no obliga a actuar en relación con la consecución de estos objetivos, presupone la legitimidad de las decisiones que las incorpore y, en tales supuestos, establece exigencias específicas de transparencia. En este sentido, la divulgación de información no financiera o relativa a la responsabilidad social corporativa constituye un instrumento esencial para supervisar y gestionar tanto el rendimiento de las empresas como su impacto en la sociedad, siguiendo el modelo *comply or explain*. Ahora bien, a diferencia de la información económico-contable, cuya concepción y objetivación resultan mucho más precisas, esta rendición de cuentas no financiera resulta fundamental para verificar si la actividad social se ajusta a los objetivos definidos y para evaluar adecuadamente su grado de cumplimiento.

---

[60] *Vid.* PEINADO GRACIA, «La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, et al. (dirs.), *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 709 ss.

[61] BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

[62] Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018).

[63] *Vid.* arts. 49.6 Cco.; art. 262.1, párr. 3 y art. 262.5 LSC.

Mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo[64], se introdujo en el artículo 225 LSC una concreción de los elementos que integran el deber de diligencia -dedicación adecuada, adopción de medidas precisas, deber de información-, en consonancia con los estándares de buen gobierno corporativo elaborados por la doctrina internacional tras la crisis financiera de 2008.

Con posterioridad, la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de sociedades cotizadas[65] -en adelante Ley 5/2021- incluyó en el artículo 225 LSC la referencia al «interés de la empresa» al que los administradores deben «subordinar en todo caso su interés particular» (art. 225.1 *in fine* LSC)[66]. Esta disposición constituye el núcleo del régimen de los deberes fiduciarios de los administradores societarios y amplía expresamente el concepto de interés social más allá del beneficio de los socios para incorporar a los empleados, los acreedores, los clientes, los proveedores, la comunidad local y, de forma destacada, la protección del medio ambiente. No obstante, la norma no incorporó de forma expresa la integración sistemática de los criterios ESG en el estándar de diligencia, razón por la cual la modificación introducida en el artículo 225 LSC plantea múltiples interrogantes en torno a su interpretación y aplicación práctica. Entre ellos destacan los que a continuación se relacionan: en qué medida obliga a los administradores sociales a integrar consideraciones de sostenibilidad en su gestión, teniendo en cuenta que la nueva disposición amplía el ámbito de los intereses a los que tiene que atender[67]; cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual incumplimiento; y si un administrador puede ser declarado responsable, frente a otras personas relacionadas con la empresa, de modo que estas pudieran reclamar por los daños causados en sus intereses particulares, por no haber adoptado medidas de debida diligencia en materia ambiental y social[68].

---

[64] La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014), incorporó, entre otras novedades, la regulación de la *business judgment rule* en el artículo 226 LSC.

[65] BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021.

[66] Esta reforma ha sido interpretada por la doctrina como la puerta de entrada para una redefinición del contenido del deber de diligencia que permita incluir la sostenibilidad como elemento del «interés de la empresa». *Vid.* SÁNCHEZ CALERO-Guilarte, «La modificación del deber de diligencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 163, 2021, pp. 231 a 278. Durante su tramitación parlamentaria se presentaron enmiendas que pretendían ampliar el deber de diligencia para incluir la obligación de considerar el interés general «de acuerdo con el artículo 128.1 de la Constitución». Estas enmiendas no prosperaron en su redacción final, de manera que la reforma se limitó a añadir la cláusula de subordinación del interés personal al empresarial, sin referencia expresa a los criterios ESG.

[67] Esas cuestiones se suscitan ya desde la propia justificación contenida en la Exposición de Motivo de la Ley 5/2021 que motiva el cambio de redacción señalando que se trata de «*reforzar el deber de diligencia de los administradores, en consonancia con las exigencias del buen gobierno corporativo*», sin embargo, debemos tener presente que el debate en materia de gobierno corporativo ha tenido como eje central, desde sus orígenes, la preocupación por establecer mecanismos idóneos que permitan limitar y controlar el poder de los directivos, *vid.* GONDRA ROMERO, «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones: la historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 269, 2008, p. 841 y en «100 años de debate sobre el "gobierno corporativo": La importancia del contexto», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018, p. 35; RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 26.

[68]Artículo 225.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), en la redacción dada por la Ley 5/2021, de 12 de abril. El estándar del «ordenado empresario» es una construcción doctrinal de larga tradición en el Derecho mercantil continental, análoga -aunque no idéntica- al «*duty of care*» del Derecho anglosajón.

Desde nuestra perspectiva, la habilitación para considerar esos intereses se comprende en el deber de diligencia (art. 225.1 LSC), que se presume cumplida si concurren las condiciones de la regla de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC). Para ello, los administradores deben haber adoptado las «medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225.2. LSC). Por su parte, la Directiva CSRD, obliga a la elaboración de informes de sostenibilidad con doble materialidad. Entendemos que ignorar los riesgos ESG vulnera el estándar de «ordenado empresario», ya que la sostenibilidad no es un plus ético, sino un factor material para la viabilidad empresarial.

No obstante, coincidimos con quienes ponen de manifiesto que la reforma resulta también cuestionable desde el punto de vista de la técnica legislativa. El deber de diligencia de los administradores implica, de forma inherente, la subordinación de su interés particular, como natural consecuencia del deber de lealtad que les corresponde en su condición de gestores de intereses ajenos. Sin embargo, la nueva regulación contrasta con la configuración del deber de lealtad, que sigue vinculando la postergación del interés propio exclusivamente al «interés de la sociedad» (art. 227.1 LSC). Si los administradores pueden invocar razones de sostenibilidad para justificar cualquier decisión que detraiga valor para los socios, el deber de lealtad queda vaciado de contenido y los mecanismos de control accionarial se debilitan estructuralmente, circunstancia que no puede resultar ignorada. En este sentido, si el legislador pretendía orientar en el futuro la gestión social hacia la defensa del interés de la «empresa», habría resultado más coherente y sistemático introducir una mayor uniformidad en la regulación del deber de lealtad de los administradores[69]. Resulta cuando menos cuestionable que se haga referencia al interés de la empresa, puesto que al carecer de personalidad jurídica no es titular de un «interés propio», sino que se trata de una actividad imputable al empresario que la ejerce[70]. También suscita dudas, desde el punto de vista dogmático, la formulación categórica del precepto al disponer que el deber de los administradores operará «en todo caso», pues tal redacción parece atribuirle una rigidez imperativa que la aparta de la regulación supletoria o dispositiva que ha venido definiendo históricamente el régimen de la obligación de diligencia debida[71]. Igualmente, desde la perspectiva de una adecuada técnica legislativa, habría resultado conveniente que el legislador hubiera explicitado con mayor precisión en qué consisten, o cuáles son, los intereses de la empresa, así como el orden jerárquico en que deben ser atendidos por los administradores[72]. De cualquier modo, se ha destacado que, la escasa concreción de la norma que impone el deber de actuar en interés de la empresa, unida a la notable incertidumbre respecto de cuáles serían las concretas conductas exigibles a los administradores[73], justifican un razonable escepticismo

[69] Así lo ha puesto de manifiesto acertadamente RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 26.

[70] GONDRA ROMERO, «La estructura jurídica de la empresa», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 228, 1998, pp. 884 ss.

[71] En este sentido*, vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La modificación del deber de diligencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 163, 2021, epígrafe III.1.

[72] *Vid.*, entre otros, JUSTE MENCÍA, «Artículo 225. Deber de diligencia» en GARCÍA-CRUCES/SANCHO GARGALLO (dirs), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo III, La junta general. La administración de la sociedad, 2021, p. 3101, RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», p. 26.

[73] *Vid.* EMBID IRUJO, «Reforma y adaptación, una vez más, con el interés de la empresa al fondo», 19.4.2021, en https://www.commenda.es.

acerca de la viabilidad de exigirles responsabilidad por la eventual omisión en la defensa de dicho interés[74].

Con carácter general, el ordenamiento impone a los administradores sociales el cumplimiento del deber de legalidad consagrado en el artículo 225.1 LSC[75]. La infracción de este deber se produce cuando los gestores omiten el acatamiento de las obligaciones legales que vinculan a la sociedad, obligación que se extiende también al respeto de las previsiones estatutarias y de las instrucciones emanadas de la junta general (art. 161 LSC). En estos supuestos, la actuación de los administradores se encuentra estrictamente predeterminada por el ordenamiento, sin que exista margen para la discrecionalidad. Por consiguiente, resulta improcedente invocar en su favor la regla de la discrecionalidad empresarial del artículo 226.1 LSC[76]. Distinta es la situación cuando las obligaciones en materia ESG carecen de la suficiente concreción normativa, aunque, tal como hemos analizado, cada vez contamos con un *corpus iuris* más consagrado que regula tales exigencias, como hemos podido comprobar, y los gestores de la sociedad pueden inclinarse en sus decisiones empresariales entre varias alternativas[77]. A estas circunstancias, se une que habida cuenta que el deber de diligencia tiene naturaleza de obligación de medios, no de resultado, el administrador no garantiza el éxito de las decisiones ya que se encuentra sometido a la incertidumbre inherente a la gestión, sino que actuará con el grado de diligencia exigible. Esta precisión tiene especial relevancia en el ámbito ESG, donde la gestión de riesgos de sostenibilidad es un proceso continuo e incierto y en el que los resultados solo pueden valorarse en el largo plazo. En tales casos, al existir diversas alternativas razonables de actuación, vuelve a operar la presunción de diligencia derivada de la *business judgment rule*.

El deber de legalidad presenta, en consecuencia, una doble dimensión. Por un lado, abarca las normas imperativas que prohíben o regulan las relaciones externas de la sociedad y de sus órganos con terceros, generando obligaciones concretas. Por otro, comprende las medidas de organización, funcionamiento y control interno que los administradores deben adoptar (art. 225.2 LSC). Aunque estas últimas decisiones poseen un claro componente estratégico y empresarial, afectan a la gestión social y empresarial y, por tanto, se benefician en principio de

[74] *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La modificación del deber de diligencia», cit., epígrafe V; MEGÍAS LÓPEZ, «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 164, 2021, pp. 52 ss.; RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 27.

[75] *Vid,* ampliamente, NAVARRO FRÍAS, «El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la "legal judgement rule"», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 311, 2019, pp. 177 ss.

[76] ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario artículo 226», en JUSTE MENCÍA (coord.), *Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Navarra, 2015, p. 332; RONCERO SÁNCHEZ, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en RONCERO SÁNCHEZ (dir.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Madrid, 2016, II, pp. 388, 411 ss., quien señala que la regla también debe aplicarse a decisiones referidas a la organización de la sociedad.

[77] NAVARRO FRÍAS, «El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la "legal judgement rule"», cit., pp. 221 ss. RECALDE CASTELLS, «La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgment rule)», en COHEN BENCHETRIT/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital,* Valencia, 2018, pp. 1185 y 1193, quien, no obstante, entiende que incluso en decisiones que afectan al cumplimiento normativo, los administradores pueden verse amparados por la discrecionalidad y la presunción de diligencia si obraron conforme al patrón del ordenado empresario y el representante leal.

la discrecionalidad negocial[78], su margen de maniobra no es absoluto: mientras que resulta inexcusable la implantación de un sistema adecuado de organización y control, sí existe un espacio de apreciación razonable en la determinación de las medidas concretas orientadas a la identificación y prevención de riesgos, incluidas las de índole ambiental, social y de buen gobierno (ESG)[79].

El deber de legalidad no se limita a exigir una mera observancia pasiva de la normativa, sino que obliga activamente a los administradores a orientar la gestión social de forma que la compañía cumpla las obligaciones imperativas derivadas del ordenamiento jurídico. Esto comprende, entre otras, las previsiones en materia medioambiental y de derechos laborales, el cumplimiento de las relaciones contractuales (art. 1101 CC), el respeto del régimen de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), así como las disposiciones estatutarias y las instrucciones vinculantes de la junta general. Desde esta perspectiva, los intereses de los socios no pueden concebirse de manera aislada ni prevalente, sino que deben subordinarse necesariamente al cumplimiento de las normas legales y estatutarias de obligado acatamiento, así, por ejemplo, la atención a los intereses de los acreedores no constituye un elemento externo o subsidiario, sino una exigencia inherente derivada del propio deber de legalidad que vincula a los administradores sociales. Por tanto, estos deben atender y valorar los riesgos ESG y si sus decisiones pueden afectar a dichos intereses[80]. En esta línea una lectura amplia del «interés de la empresa» al que hace referencia expresa el artículo 225 LSC que permita incluir los intereses de los trabajadores, la comunidad y el medio ambiente, en la medida en que la gestión responsable de estas dimensiones posibilita la sostenibilidad a largo plazo del negocio. Esta interpretación extensiva del precepto tiene el mérito de permitir una integración de los criterios ESG en el deber de diligencia sin reforma legislativa expresa

En el caso de las sociedades de interés público del sector financiero, así como de aquellas entidades que tengan valores admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales y no formen parte de un grupo consolidable, la obligación de incluir información no financiera en el informe de gestión conlleva el deber específico de informar sobre el impacto financiero de los riesgos asociados al cambio climático, las medidas adoptadas para mitigarlos y la valoración de los riesgos derivados de la transición hacia una economía sostenible, debe citarse en este sentido lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética -en adelante Ley 7/2021-[81]. Esta Ley exige, una vez más, un desarrollo reglamentario

[78] *Vid.* ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad Social Corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de sociedades y en el gobierno corporativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA/LORENZO VELÁZQUEZ (coord.), *Liber amicorum Juan Luis Iglesias Prada (hom.),* p. 287; RONCERO SÁNCHEZ, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», cit.; EMBID IRUJO, «Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa», en FERNÁNDEZ TORRES/ARIAS VARONA/MARTÍNEZ ROSADO (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen ALONSO LEDESMA,* Iustel Publicaciones, Madrid, 2018, p. 209. Este último autor se cuestiona si la política RSC realmente es decisión estratégica o de negocio, aunque la sitúa cerca por sus caracteres y criterios, y porque comporta un poderoso factor competitivo.

[79] GUERRERO TREVIJANO, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital,* Madrid, 2014, señala, en este sentido, que las decisiones relativas a la estructuración, organización de la sociedad están comprendidas dentro del concepto. amplio de gestión y, por tal razón, considera lógico que pudieran llegar a beneficiarse también de la protección de la *business judgment rule* admitiendo, por lo tanto, una interpretación en sentido amplio del concepto de «decisión empresarial»; RECALDE CASTELLS, «La prueba de la regla de la discrecionalidad empresarial», cit., p. 1139; RONCERO SÁNCHEZ, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», cit. p. 410.

[80] RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit. p. 29.

[81] BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2021.

más detallado que concrete adecuadamente estas obligaciones. De particular relevancia resulta el mandato de que el informe anual incorpore información relativa a la estructura de gobierno, las estrategias, los procesos de identificación y gestión de riesgos, así como las métricas y objetivos establecidos para evaluar y gestionar los riesgos climáticos[82]. Tales exigencias encuentran su justificación porque los procesos de *due diligence* persiguen asegurar el adecuado funcionamiento de la sociedad mercantil, mediante una evaluación integral y anticipada de los riesgos inherentes a su actividad empresarial. Dichos procesos se materializan, fundamentalmente, en la configuración de una sólida estructura de gobierno corporativo orientada a la consecución de tales objetivos de gestión prudente y sostenible. Este enfoque adquiere especial relevancia precisamente en el ámbito del cambio climático. En este contexto, las obligaciones de información trascienden la mera divulgación del impacto de los riesgos climáticos generados o asociados a la actividad de la entidad. La transparencia requerida exige también que la sociedad dé cuenta de la estructura de gobierno corporativo que ha adoptado, detallando su capacidad efectiva para identificar, afrontar y mitigar dichos riesgos. Asimismo, debe exponer los mecanismos e instrumentos previstos para evaluar esos riesgos, tanto desde la perspectiva de sus posibles efectos financieros como desde su incorporación estratégica en la planificación y en los sistemas de gestión interna de la organización. Esta doble dimensión, financiera y de gobernanza, refuerza la integración del factor climático en la toma de decisiones empresariales, promoviendo una cultura de responsabilidad prospectiva y de resiliencia corporativa[83].

En definitiva, de lo que se trata es que los procesos de *due diligence cumplan* la finalidad de garantizar el buen funcionamiento de la comunidad, considerando los riesgos de su actividad y que se plasman en el establecimiento de un conjunto de obligaciones que se integran en la normativa sobre organización y funcionamiento de la sociedad (art. 225.2 LSC), lo que impone a los administradores deberes particularmente exigentes en esta materia.

4.3. El deber de diligencia, la discrecionalidad empresarial y los factores ESG

No obstante, al margen de los supuestos en que la normativa impone medidas específicas, surge la cuestión de si el deber de diligencia exige a los administradores implantar programas o sistemas de control orientados a objetivos ESG[84], con el fin de prevenir los daños potenciales que

[82] Concretamente el apartado 5 del art. 32 de la Ley 7/2021exige que el informe anual incluya datos sobre a) la estructura de gobierno con la función que desempeñan sus órganos respecto de la identificación, evaluación y gestión de los riesgos y oportunidades relacionados con el cambio climático; b) el enfoque estratégico, tanto en términos de adaptación como de mitigación, para gestionar los riesgos financieros asociados al cambio climático, teniendo en cuenta los riesgos ya existentes en el momento de la redacción del informe, y los que puedan surgir en el futuro, identificando las acciones necesarias en dicho momento para la mitigación de tales riesgos; c) los impactos reales y potenciales de riesgos y oportunidades asociados al cambio climático en las actividades de la organización y su estrategia, así como en su planificación financiera; d) los procesos de identificación, evaluación, control y gestión de los riesgos relacionados con el clima y cómo estos se integran en su análisis de riesgo de negocio global y su integración en la gestión global del riesgo por parte de la organización; e) las métricas, escenarios y los objetivos utilizados para evaluar y gestionar los riesgos y oportunidades relevantes relacionados con el cambio climático y, en caso de que se haya calculado, el alcance 1, 2 y 3 de su huella de carbono y cómo se afronta su reducción.

[83] *Vid.* ampliamente sobre este tema, SALDAÑA VILLOLDO, «Diligencia debida y discrecionalidad empresarial en materia de de cambio limático desde la Directiva (UE) 2024/1760», *Revista de Derecho de Sociedades, núm.* 76, 2026, *passim*.

[84] *Vid.* NAVARRO FRÍAS, «*Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 63, 2021, p. 209.

la sociedad pueda generar, ya sea de forma directa o indirecta (por ejemplo, a través de proveedores o distribuidores). La ausencia total de medidas preventivas podría suponer un incumplimiento de dicho deber. No obstante, los administradores han contado con un amplio margen de discrecionalidad, ya que la elección del modelo organizativo y de los mecanismos de control constituye una decisión no reglada y sujeta a su juicio empresarial. Sin embargo, lo que ha ocurrido hasta el momento es que, tal y como hemos comprobado a lo largo de este trabajo, se ha ido consolidando un *corpus iuris* tanto a nivel europeo como nacional que ha reducido considerablemente el margen de discrecionalidad de los administradores en la atención a los objetivos ESG. Esta evolución se manifiesta especialmente en aquellos ámbitos en los que la ley no establece resultados concretos o fácilmente medibles, como sucede con muchas de las reformas recientes del deber de diligencia y con las estrategias o políticas generales aplicables a las grandes empresas. Aunque en tales disposiciones siguen predominando los compromisos difusos y los estándares genéricos, cuya consecución se caracteriza por unos objetivos imprecisos y de difícil evaluación[85], el progresivo desarrollo normativo ha acotado de manera progresiva y significativa el espacio de autonomía decisoria de los administradores, incrementando su potencial exposición a responsabilidad por falta de diligencia en materia ESG. Así, la obligación legal de elaborar, verificar y publicar un informe de sostenibilidad conforme a los ESRS convierte la información sobre materialidad ESG, los impactos ambientales y las políticas de derechos humanos en contenidos normativamente exigibles, cuya deficiencia o falsedad puede generar responsabilidad de los administradores conforme al artículo 236 LSC.

No obstante, la incorporación de los objetivos ESG al deber de diligencia de los administradores no lleva aparejado un régimen especial de responsabilidad civil. Al respecto, hemos de recordar que se produjo la supresión del régimen armonizado de responsabilidad civil, inicialmente previsto en la Propuesta de Directiva CSDDD. No obstante, al aumentar los intereses que los administradores pueden e incluso deben tomar en consideración y al ampliarse su facultad para ponderarlos, se extiende también el círculo de sujetos frente a los cuales deben actuar con lealtad. La única particularidad en materia de responsabilidad consiste en la reducción del control judicial, paralelamente a la ampliación de los supuestos de exoneración[86].

Sin embargo, la protección que brindan la presunción de diligencia y la regla de la discrecionalidad empresarial no es ilimitada. En primer lugar, no ampara aquellas actuaciones que manifiestamente se apartan de los estándares ESG cuando el perjuicio para la sociedad derive de la pérdida de reputación en el tráfico mercantil o entre los inversores. Esta limitación encuentra un claro respaldo en la Directiva (UE) 2017/828 (*Shareholder Rights Directive II*)[87], cuyo Considerando 29 afirma expresamente que la política de remuneración debe contribuir a la

[85] Esa incertidumbre lógicamente amplía el margen de actuación de los administradores y resulta cuando menos complicado justificar que sus decisiones le hagan incurrir en responsabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto, EMBID IRUJO, «Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa», cit., pp. 212 ss.; NAVARRO FRÍAS, «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», cit., p. 198; RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 30.

[86] *Vid.* ente otros, NAVARRO FRÍAS, «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», cit., p. 199 ss. quien hace referencia expresa al trabajo de BÉNABOU/TIROLE, «Individual and Corporate Social Responsibility», *Economica,* vol. 77, núm. 305, january 2010, p. 1 y 15, en el que se señala que *«too many missionsamount to no misión at all»*; RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 31.

[87] Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DOUE núm. 132, de 20 de mayo de 2017).

estrategia empresarial, a los intereses a largo plazo y a la sostenibilidad de la sociedad, y que *«el rendimiento de los administradores debe evaluarse utilizando tanto criterios de rendimiento financiero como no financiero, incluidos, en su caso, factores medioambientales, sociales y de gobernanza»*. Este principio se desarrolla normativamente en el artículo 9 bis (relativo a la política de remuneración de los administradores) y en el artículo 9 ter (sobre la información y aprobación de la remuneración), los cuales refuerzan la obligación de integrar los factores ESG en la evaluación del desempeño directivo.

Esta previsión no solo incorpora los factores ESG en el marco de la actuación de los administradores, sino que le confiere relevancia jurídica directa a la hora de valorar su diligencia. Al exigir que el desempeño de los administradores se mida también conforme a criterios no financieros, la Directiva refuerza la idea de que ignorar sistemáticamente los riesgos y oportunidades ESG ya no puede considerarse una opción legítima amparada por la discrecionalidad empresarial. En este sentido, cuando una decisión de los administradores se aparta de manera manifiesta de estos estándares y genera un daño reputacional significativo, que afecta al valor de la sociedad, a su acceso al mercado de capitales o a sus relaciones con los inversores, clientes o socios comerciales, la invocación de la regla de la discrecionalidad empresarial pierde virtualidad. En tales casos, la conducta puede calificarse como manifiestamente inadecuada, quebrantando la presunción de diligencia y propiciando la exigencia de responsabilidad, al no ajustarse al estándar del ordenado empresario que, tras la SRD II, debe integrar necesariamente la dimensión de sostenibilidad en su juicio empresarial. De este modo, tales disposiciones operan como un elemento interpretativo relevante que acota el ámbito de la discrecionalidad: si bien no impone resultados concretos, sí exige una ponderación razonable y actualizada de los factores ESG en la toma de decisiones, cuya omisión relevante puede generar responsabilidad. En síntesis, refuerza la idea de que, si bien los administradores conservan un margen de apreciación en la ponderación de intereses, dicho margen no es absoluto.

En segundo lugar, cuando la decisión de los administradores cause un daño a la sociedad o a los accionistas y estos pretendan justificarlo en la persecución de objetivos ESG, la responsabilidad no queda excluida si concurre un interés personal, como sucede cuando la decisión busca eludir el control de los socios. En última instancia, el problema central radica en la prueba[88]. Corresponde acreditar bien que no se cumplen las condiciones para aplicar la regla de la discrecionalidad empresarial, bien la desproporción entre los perjuicios causados a la sociedad y los beneficios esperados de la decisión adoptada en atención a criterios ESG. Como en cualquier supuesto relativo al deber de diligencia, será necesario demostrar que la conducta de los administradores no se ajustó al patrón exigible al ordenado empresario en la gestión de la sociedad.

El artículo 225 LSC establece el deber de diligencia de los administradores como el de un «ordenado empresario», un estándar objetivo que exige actuar con la prudencia y cuidado que un empresario diligente desplegaría en circunstancias similares[89]. Esa fórmula implica un doble

[88] Así, lo destaca RECALDE CASTELLS, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», cit., p. 31.

[89] El estándar del «ordenado empresario» es una construcción doctrinal de larga tradición en el Derecho mercantil continental, análoga -aunque no idéntica- al «duty of care» anglosajón. Por lo que respecta a su contenido *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, «Deber de Diligencia», en ALONSO LEDESMA (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 421 a 425; HERNANDO CEBRIÁ, «El deber general de diligencia: artículo 225», en HERNANDO

parámetro para medir la actuación diligente del administrador. De un lado, significa actuación regular y prudente (ordenado) y, de otro, competencia profesional (profesional). Dicho desempeño debe buscar en todo momento la obtención del beneficio social. Ahora bien, como ya se ha destacado, el deber de diligencia es una obligación de medios no de resultado[90], lo que significa que el administrador no garantiza el éxito de las decisiones, sometido a la incertidumbre inherente a la gestión, sino que actuará con el grado de diligencia exigible que no puede medirse atendiendo sólo al perjuicio al patrimonio social que cause una determinada decisión, sino que se ha de valorar otras circunstancias referidas a la forma en la que se adoptó, como, por ejemplo, al grado de información y análisis desarrollado antes de adoptar tal decisión. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el propio artículo 225.2 LSC concreta el deber de diligencia en la obligación de todo administrador de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. Por tanto, los administradores tienen un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones en el curso de los negocios, ya que de lo contrario no sería posible desarrollar la actividad de gestión de una forma eficiente y competitiva, lo que limita el control a posteriori de sus actuaciones (art. 226 LSC). La *business judgment rule* seguirá protegiendo las decisiones de negocio adoptadas cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, con información suficiente y tras un proceso deliberativo adecuado[91], pero dicha información deberá incluir necesariamente los aspectos materiales de sostenibilidad y las decisiones tendrán que respetar los límites imperativos derivados del Derecho europeo y nacional. Esta precisión tiene especial relevancia en el ámbito ESG, donde la gestión de riesgos de sostenibilidad es un proceso continuo e incierto y donde los resultados solo pueden valorarse en el largo plazo. Por tanto, ya no es posible entender el deber de diligencia del artículo 225 LSC ni la protección de la *business judgment rule* del artículo 226 al margen de las exigencias medioambientales, sociales y de buen gobierno que impone el Derecho europeo y nacional. El estándar del «ordenado empresario» es una cláusula general de contenido mutable que debe interpretarse conforme a la normativa vigente, de modo que la existencia de un *corpus iuris* europeo y nacional de obligado cumplimiento transforma inevitablemente su contenido, de modo que el administrador que lo ignora no actúa con la diligencia que se le exige. Por su parte, entendemos que la discrecionalidad empresarial tiene en el ámbito ESG una doble proyección. Por un lado, protege a los administradores que adoptan decisiones de inversión en sostenibilidad orientadas a la creación de valor a largo plazo. Por otro lado, no puede constituir un escudo frente a la inacción ante riesgos ESG materiales: si la decisión de no adoptar medidas de diligencia

---

CEBRIÁ/ALFONSO SÁNCHEZ (coords.) *Régimen de Deberes y Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, coord. por, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 59 a 104; RIBAS FERRER, «El deber de diligencia: contenido del deber y protección de la discrecionalidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 333, 2024, *passim,* versión electrónica. En sus perfiles esenciales, el estándar del «ordenado empresario» comporta: (i) la obligación de actuar con la dedicación adecuada para la buena dirección y control de la sociedad; (ii) el deber de informarse suficientemente antes de adoptar decisiones de relevancia; (iii) la obligación de organizar sistemas de supervisión y control del riesgo empresarial; (iv) el deber de reaccionar proporcionalmente ante señales de riesgo relevantes; y (v) la exigencia de someterse a un procedimiento de decisión adecuado.

[90] La naturaleza de obligación de medios y no de resultado del deber de diligencia ha sido pacíficamente admitida por doctrina y jurisprudencia. *Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2007, p.180; ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima»*, Revista de Derecho Mercantil,* núm. 198, 1990, *passim*; VIERA GONZÁLEZ, «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios del desarrollo sostenible»*,* en *Derecho de sociedades y sostenibilidad,* cit. p. 221.

[91] *Vid.* RECALDE CASTELLS, «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule», en EMBID IRUJO (coord.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016. *passim.*

debida en materia ambiental o social es fruto de ignorancia o falta de procedimiento adecuado, el artículo 226 LSC no ampara al administrador[92]. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado reiteradamente que la *business judgment rule* no representa una autorización incondicional (habilitación irrestricta) para los administradores y que la carga de probar la concurrencia de sus presupuestos recae sobre el administrador demandado. En materia de sostenibilidad, el administrador que pretenda ampararse en la discrecionalidad empresarial debe acreditar que actuó informado, de buena fe y con arreglo a un procedimiento adecuado, lo que exige en la práctica la documentación de los procesos de identificación y evaluación de riesgos ESG. En este sentido, entendemos que la información constituye un presupuesto esencial del deber de diligencia en sostenibilidad. Por su parte, el artículo 225.3 LSC establece que el «*administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones*»; interpretada esta disposición en clave ESG, impone a los administradores la obligación activa de recabar información sobre los riesgos y oportunidades de sostenibilidad que afectan a la compañía. Así, el deber de búsqueda activa de información del administrador (no de mera recepción pasiva) debe extenderse actualmente a la identificación de los riesgos ESG materiales. El administrador que desconoce los riesgos climáticos de su empresa, su huella de carbono o los impactos sociales de su cadena de suministro, no puede afirmar que ha actuado con la diligencia exigible.

Por su parte, al consejo de administración en pleno se le atribuye la facultad indelegable de determinar «*las políticas y estrategias generales de la sociedad*» (art. 249 bis b) LSC), entre las que se encuentran las enfocadas a los *stakeholders*. En concreto, la política de remuneraciones contempla las previsiones respecto de la sostenibilidad y la defensa de intereses a largo plazo (arts. 529 *novodecies* 3.a y 541.5ª LSC).

En el ordenamiento español, esta tendencia se ve significativamente reforzada por la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión[93] -en adelante Ley 6/2023- que, mediante su disposición final sexta, introduce modificaciones relevantes en la LSC. Esta reforma incide directamente en el régimen de los deberes y la responsabilidad de los administradores en relación con los factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG), fortaleciendo la integración de criterios de sostenibilidad en el gobierno corporativo de las sociedades, especialmente las cotizadas. Entre otras aportaciones, la norma enfatiza la necesidad de una gestión diligente de los riesgos ESG, la transparencia en la información no financiera y el

[92] La jurisprudencia española no ha tenido aún ocasión de pronunciarse directamente sobre la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones específicas de sostenibilidad, lo que resulta coherente con la normativa de sostenibilidad. Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el deber de diligencia en general ofrecen un marco interpretativo relevante para anticipar cómo los tribunales abordarán estos casos. Al respecto, la STS núm. 1290/2023, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1290) ha consolidado la doctrina según la cual la carga de probar la concurrencia de los presupuestos del art. 226 LSC corresponde al administrador demandado y precisó que el incumplimiento normativo derivado de una deficiente organización o supervisión queda comprendido en la antijuridicidad del art. 236 LSC, y que la discrecionalidad empresarial del art. 226 LSC no puede operar como escudo cuando no se acrediten sus presupuestos. Esta doctrina puede trasladarse al ámbito ESG: el administrador que alega desconocimiento de los riesgos ESG no pueden invocar dicho desconocimiento como exoneración si la adquisición de dicha información era razonablemente exigible habida cuenta del perfil de la compañía y de la normativa aplicable.

[93] BOE núm. 66, de 18/03/2023.

alineamiento de la actuación de los administradores con los objetivos de sostenibilidad a largo plazo[94].

El marco de responsabilidad de los administradores en materia de sostenibilidad no se limita al deber fiduciario de diligencia, sino que se entrelaza con otros deberes esenciales -en particular el de lealtad- y con las obligaciones derivadas de estos, como las de información veraz y control efectivo. En este sentido, la publicación de informes de sostenibilidad inexactos, incompletos o con omisiones relevantes (información), así como la ausencia de verificación independiente adecuada, puede constituir un incumplimiento de la obligación de transparencia y supervisión. En el caso de las sociedades cotizadas, este tipo de conductas puede generar responsabilidad administrativa por infracción grave o muy grave conforme al artículo 282 de la Ley 6/2023 que regula las «Infracciones relativas a las obligaciones de información periódica de los emisores». En consecuencia, el administrador que autorice, consienta o no impida la difusión de información inexacta o engañosa sobre aspectos ambientales, sociales o de gobernanza puede incurrir en responsabilidad civil por daños causados a inversores o al mercado, además de las eventuales sanciones administrativas impuestas por la CNMV.

Además, siempre hay que tener presente que, como ya hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la diligencia debida asociada a la sostenibilidad puede llegar a generar responsabilidad penal en la propia empresa como persona jurídica, por lo que la actuación de los administradores a este respecto -en cuanto potencial generadora de esta responsabilidad penal- adquiere aún mayor relevancia.

En síntesis, podemos afirmar que la integración de la sostenibilidad y los factores ESG en los deberes de los administradores de sociedades de capital españolas constituye en la actualidad uno de los cambios más profundos que ha experimentado el Derecho de sociedades en las últimas décadas. No obstante, esta evolución en los modelos de gestión empresarial no conlleva automáticamente una modificación expresa de la normativa que regula los deberes y la responsabilidad de los administradores. También consideramos que las decisiones adoptadas por los administradores sobre materias ESG están amparadas, en su caso, por la regla de la discrecionalidad empresarial del artículo 226. El problema, tal y como se ha destacado acertadamente, no reside tanto en la redefinición del deber legal de diligencia de los administradores[95] o en la reformulación de la regla de *business judgment rule* sino en el

[94] Entre sus aportaciones más destacadas se encuentran: (i) el desarrollo del régimen de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición (SPAC), introduciendo un marco específico que exige elevados estándares de gobierno corporativo, transparencia y protección de inversores minoritarios durante el proceso de búsqueda y adquisición de una empresa objetivo; (ii) el refuerzo de las obligaciones de información no financiera y de sostenibilidad, alineadas con las Directivas europeas en materia de *reporting* ESG, que exigen a los administradores una mayor diligencia en la elaboración, verificación y publicación de esta información; y (iii) la consolidación de principios de buen gobierno corporativo que vinculan expresamente la gestión de riesgos ESG con los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad.

[95] Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo 226 TRLSC» en JUSTE MENCÍA (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters, Civitas, 2015, pp. 356 ss.; EMBID IRUJO, «La discrecionalidad empresarial y la responsabilidad social corporativa», plataforma de Comenda en www.commenda.es, entrada del 30.11.2006; NAVARRO FRÍAS, *Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores*, cit., p. 198; RECALDE CASTELLS, «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre "diligencia debida"), Homenaje al Prof. Quijano», cit., pp. 643 ss.; VIERA GONZÁLEZ, «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios de desarrollo

establecimiento de sistemas, mecanismos e incentivos adecuados dirigidos a colmar el déficit de supervisión y rendición de cuentas de los administradores frente a los socios[96]. La promulgación del bloque normativo de la sostenibilidad en el ordenamiento europeo vincula la conducta de socios y administradores en materia de sostenibilidad. La aplicación de la cláusula de discrecionalidad del artículo 226 LSC presupone el cumplimiento diligente del artículo 225 LSC, sin que ello implique un debilitamiento de la regla de la discrecionalidad empresarial[97]. Una lectura amplia del «interés de la empresa» del artículo 225 LSC que permita incluir los intereses de los trabajadores, la comunidad y el medio ambiente, en la medida en que la gestión responsable de estas dimensiones es una condición que posibilita la sostenibilidad a largo plazo del negocio. Esta lectura extensiva tiene el mérito de permitir una integración de los criterios ESG en el deber de diligencia sin reforma legislativa expresa. En este sentido, las estrategias de creación de valor a corto o largo plazo no deben integrarse en la decisión del legislador, deben quedar circunscritas en el ámbito en el ámbito de la gestión y representación del órgano de administración que habrán de actuar con diligencia y lealtad[98]. Por ello, es preciso examinar con detalle las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la aplicación del régimen actualmente vigente y determinar si la sostenibilidad implica nuevos supuestos de antijuridicidad que conduzcan a un incremento de la responsabilidad civil de los administradores. En esencia, se trata de esclarecer en qué medida la sostenibilidad se incorpora a las funciones de gestión y representación de los administradores y si ello genera nuevos supuestos de incumplimiento, de antijuricidad, que puedan traducirse en un mayor riesgo de responsabilidad civil. Concretamente, desde el punto de vista de la gestión empresarial, la sostenibilidad debe incorporarse en todos los procesos de decisión de la compañía, integrándose en el quehacer diario de todos sus departamentos. En definitiva, como se ha indicado, la sostenibilidad «*no se trata de un mero añadido, ni siquiera de hacer más, sino de hacer diferente*»[99].

4.4. La sostenibilidad y la expansión del objeto social

Otra tendencia clara en materia de sostenibilidad ha sido la definición y, al mismo tiempo, la ampliación progresiva de su ámbito de aplicación. La sostenibilidad ha ganado en contenido y, paralelamente, han surgido indicadores clave de rendimiento (KPIs, por sus siglas en inglés) que permiten delimitar su ámbito material, medir su desempeño y seguir su evolución. Por lo que

sostenible», cit., pp. 213 ss.; VIERA GONZÁLEZ, «Fines (sostenibilidad) y medios (deber de diligencia) en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 991, 2022, *passim*. En contra, si es que no lo he interpretado mal: PEINADO GRACIA, «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, p. 33. En contra, parece manifestarse, MARÍN DE LA BARCENA, «Responsabilidad de administradores y cambio climático» en FUENTES NAHARRO/MARTÍNEZ MARTÍNEZ (dirs.), *Gobierno Corporativo. Digitalización y sostenibilidad*, Universidad Complutense de Madrid, 2024, pp. 314 ss.

[96] En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en la causa de la sociedad», *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 335, marzo 2025, p. 4 (versión electrónica).

[97] *Vid.* NAVARRO FRÍAS, «*El deber de legalidad de los administradores sociales. Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la "legal judgement rule"*», pp. 177 ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en la causa de la sociedad», cit., *Revista de Derecho Mercantil,* p. 20 (versión electrónica).

[98] *Vid.* PEINADO GRACIA, «La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», cit. p.708; BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», *Revista de Derecho del Sistema Financiero,* núm. 9, primer semestre de 2025, p. 2 (versión electrónica).

[99] BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», cit., p. 2.

respecta a dicho ámbito nos encontramos con un primer grupo de normas reguladoras de la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros que incluye la taxonomía y que se conoce como *disclosure financiero*[100] y cuyo objetivo es crear una terminología homogénea que permita afirmar con un mínimo rigor que se está utilizando adecuadamente la palabra «sostenibilidad» y evitar así que las empresas intenten blanquear comportamientos medioambientales cuanto menos dudosos o inadecuados, imponer un mínimo de transparencia a las empresas que actúan en los mercados financieros y coadyuvar a que la información no financiera sobre sostenibilidad en los mercados financieros se presente de una forma homogénea y comparable en toda la Unión Europea. El segundo bloque normativo regula la transparencia de las sociedades que obliga a la publicación de los estados de información no financiera (lo que sería el reporte de sostenibilidad), que integraría el denominado *disclosure corporativo*[101], y que constituye un auténtico cambio de paradigma en la transparencia de la información que las sociedades deben transmitir al mercado, superando la mera comunicación de datos financieros. Finalmente, debe incluirse el conjunto de normas que inciden directamente en la responsabilidad de los administradores, la relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, implementada a través de la Directiva CSDDD, así como la regulación

[100] Debe citarse al respecto la siguiente normativa: el Reglamento (UE) 2019/1988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros [reformado por el Reglamento (UE) 2023/2869 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023]; Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. La normativa de desarrollo se contiene fundamentalmente en el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión de 4 de junio de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos ambientales, el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 de la Comisión de 6 de julio de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante la especificación del contenido y la presentación de la información que deben divulgar las empresas sujetas a los arts. 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE respecto a las actividades económicas sostenibles desde el punto de vista medioambiental, y la especificación de la metodología para cumplir con la obligación de divulgación de información, el Reglamento Delegado (UE) 2022/1288 de la Comisión de 6 de abril de 2022, por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo respecto a las normas técnicas de regulación que especifican los pormenores en materia de contenido y presentación que ha de cumplir la información relativa al principio de no causar un perjuicio, y especifican el contenido, los métodos y la presentación para la información relativa a los indicadores de sostenibilidad y las incidencias adversas en materia de sostenibilidad, así como el contenido y la presentación de información relativa a la promoción de características medioambientales o sociales y de objetivos de inversión sostenible en los documentos precontractuales, en los sitios web y en los informes periódicos. Tampoco se debiera obviar el Reglamento (UE) 2024/3005 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, relativo a la transparencia e integridad de las actividades de calificación ambiental, social y de gobernanza (ASG) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/2088 y (UE) 2023/2859.

[101] Pueden citarse en este bloque normativo la Directiva 2013/34/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo; Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas; el Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión de 17 de octubre de 2023 por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad, la Directiva Delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión de 17 de octubre de 2023 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al ajuste de los criterios de tamaño de las empresas o grupos de tamaño micro, pequeño, mediano y grande.

precedente de carácter sectorial[102]. Todos estos bloques se encuentran estrechamente conectados.

Como resultado de esta evolución normativa sobre sostenibilidad, se ha producido una notable expansión del objeto social de las sociedades mercantiles[103]. Esta ampliación legitima un mayor número de decisiones por parte de los administradores, quienes actúan dentro del ámbito de su poder de representación. Por consiguiente, aquellos actos que, sin constituir el núcleo principal de la actividad empresarial, contribuyen de forma complementaria o incluso neutra al interés social, resultan plenamente admisibles desde una perspectiva estrictamente jurídica y adquieren relevancia en el marco del artículo 234 LSC[104]. No obstante, esta integración plantea importantes desafíos interpretativos. En la actualidad, insistimos, la sostenibilidad no puede entenderse como un concepto jurídico indeterminado, abstracto o retórico, sino como una noción que cuenta con una regulación detallada, exigente y de obligado cumplimiento. En consecuencia, su incorporación al objeto social no se limita a una mera declaración programática, sino que conlleva una ampliación efectiva del ámbito de actuación de la sociedad y, por ende, del deber de diligencia de sus administradores.

Más compleja resulta, sin embargo, la calificación jurídica de aquellos actos que derivan de compromisos meramente voluntarios, integrados en el denominado *soft law*. En estos supuestos, la vinculación con el deber de diligencia no es automática, sino que depende de una ponderación casuística que valore su incidencia real en el interés social a largo plazo, la razonabilidad de la medida adoptada y su coherencia con la estrategia empresarial aprobada. Solo cuando tales iniciativas voluntarias superen el umbral de la mera declaración de intenciones y se traduzcan en una gestión efectiva y proporcional podrán considerarse integradas en el ámbito del deber de diligencia de los administradores[105].

Esta evolución, si bien enriquece el marco de actuación empresarial, exige una cuidadosa delimitación para evitar que el objeto social se diluya en una multiplicidad de fines indeterminados, preservando así la coherencia interna de la institución societaria y el necesario equilibrio entre libertad de empresa y responsabilidad social. Esa ampliación es real y legitima que los administradores tomen decisiones que antes podrían haber parecido extralimitadas, siempre que se mantengan dentro de lo que ahora forma parte del desarrollo ordinario de la actividad social. Incluye, por supuesto, todo lo que impone el *hard law* (las normas europeas sobre información de sostenibilidad, las NEIS generales y sectoriales, la taxonomía, la defensa de los derechos humanos[106]) y también aquellos actos coadyuvantes o facilitadores que resulten

[102] *Vid.* más ampliamente, BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», pp. 3 y 4.

[103] Es necesario distinguir entre «el fin social» y el objeto social», aun cuando el legislador da un tratamiento jurídico coherente al entramado causal formado por el objeto social y la finalidad de la sociedad (teorías del objeto social ampliado). Este tema, excede de los límites del trabajo, pero puede verse ampliamente sobre el mismo FERNÁNDEZ DEL POZO, «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en la causa de la sociedad», cit., pp. 10 ss. (versión electrónica).

[104] BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», p. 5.

[105] En análogo sentido, *vid.,* BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», p. 5.

[106] Los incorporados en el Reglamento delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio de 2023, en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad -Reglamento delegado de información sobre sostenibilidad- que contienen normas de desarrollo para la elaboración del raporte de sostenibilidad,

razonablemente vinculados a la actividad de la empresa. Lejos de constituir un exceso, esta integración se halla condicionada por el principio de doble materialidad: los administradores tienen el deber de evaluar de forma conjunta tanto el impacto financiero de los riesgos de sostenibilidad, reales o potenciales como, en menor medida, las oportunidades que estos pueden generar.

Solo cuando una actuación supera ese umbral de materialidad puede considerarse que forma parte legítima del objeto social ampliado. En definitiva, la sostenibilidad ha enriquecido y modernizado el objeto social, pero sin desbordarlo ni vaciarlo de contenido ni exonerar a los administradores de su responsabilidad: simplemente ha obligado a repensar, con rigor normativo y sin apriorismos ideológicos, cuándo una decisión está dentro del curso ordinario de la sociedad y cuándo, por el contrario, se aparta de él. Se trata, por tanto, de ampliar los límites materiales del *hard law* mediante decisiones discrecionales de los órganos de administración en las que hay que valorar si el acto ha sido implementado en prevención de un riesgo o para aprovechar una oportunidad derivada de un impacto con importancia relativa[107].

Por tanto, la sostenibilidad no constituye fundamento autónomo de responsabilidad civil para los administradores sociales, ni les otorga una facultad ilimitada de actuación exenta de control. Muy al contrario, su incorporación al ordenamiento jurídico contribuye a delimitar con mayor precisión los márgenes dentro de los cuales los administradores pueden ejercer su discrecionalidad sin incurrir en extralimitación o infracción del deber de diligencia. Será necesario, en todo caso, determinar en qué supuestos estamos realmente ante actos ajenos al objeto social y en cuáles los administradores están actuando en el marco de su desarrollo regular. Al margen de esos límites ampliados por la normativa de sostenibilidad, siguen vigentes las reglas clásicas del Derecho societario. Y si se trata de actuaciones puramente altruistas o de liberalidad, la única figura que podría ampararlas sería la del acto *donandi causa*, aunque esta presenta limitaciones muy serias en el marco de las sociedades capitalistas y no puede extenderse indefinidamente invocando la sostenibilidad.

4.5. La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones de sostenibilidad

compuesto por las NEIS generales -completado por el art. 8 del Reglamento (UE) 2020/852 y donde ocupa un papel relevante la defensa de los Derechos humanos- y las NEIS sectoriales. La incorporación de las NEIS ha concretado ampliamente las diversas cuestiones que han de tomarse en consideración a la hora de redactar el reporte de sostenibilidad e implica superar la cifra de 80 indicadores que actualmente supone la redacción de un estado de información no financiera a 1.100 indicadores del reporte de sostenibilidad. Por tanto, puede concluirse que la sostenibilidad tiene una regulación extensa y determinada.

[107] *Vid.* ampliamente sobre esta interpretación, BATALLER GRAU, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», p. 8, quien destaca que en la evaluación de si un acto queda comprendido dentro del desarrollo regular del objeto social a los efectos del art. 234 LSC y, en consecuencia, lícito a la hora de dictaminar sobre la responsabilidad civil de los administradores, hay que distinguir entre riesgos y oportunidades. En este sentido señala expresamente que «*Si el acto ha sido implementado en atención a la consecución de una oportunidad en el ámbito de la sostenibilidad de la sociedad de capital, será lícito. Asimismo, si el acto pretende la detección o prevención de riesgos en el ámbito de la sostenibilidad de la empresa, también será lícito. En definitiva, el acto no puede ser evaluado en abstracto, sino en el contexto de la concreta sociedad mercantil. No es nunca un juicio a priori. Debe evaluarse el modelo de negocio efectivo de la sociedad, porque únicamente a partir de ahí es factible determinar si el impacto tiene importancia relativa y seguidamente si pretende abrazar una oportunidad o detectar o prevenir un riesgo desde el análisis de la doble materialidad. Solo en aquellos supuestos en que concurran todos estos elementos podremos efectuar un juicio favorable a la licitud del acto*».

Dentro de nuestro sistema normativo, el hecho de que los deberes de diligencia y lealtad exigibles a los administradores se articulen de forma abierta, lo que en ocasiones dificulta trazar una frontera nítida entre ambos, tiene como contrapartida positiva la posibilidad de irlos adaptando de manera continua a los parámetros de conducta que resulten dominantes en cada momento histórico sin necesidad de reforma legislativa. El planteamiento de fondo, en términos de política jurídica, podría sintetizarse así: puesto que la sostenibilidad y, dentro de ella, la responsabilidad social empresarial repercuten sobre la reputación de la compañía generando un impacto económico que no se limita al largo plazo sino que se proyecta también de forma inmediata sobre sus resultados, en la medida en que condicionan la conducta de accionistas, trabajadores, clientela, proveedores y demás grupos de interés, resulta que los órganos de administración, como máximos responsables tanto del diseño de las políticas de gestión como de la vigilancia de su cumplimiento, quedan sujetos en su proceso decisorio a los principios que emanan de la sostenibilidad. Dado que los resultados económicos de la sociedad se ven condicionados por estos factores, la sostenibilidad, la responsabilidad social y la reputación corporativa terminan repercutiendo de manera directa en el valor de la empresa y, por extensión, en la maximización del valor para el accionista. En consecuencia, todos estos elementos pasarían a formar parte del contenido del «interés social» -o «interés de la empresa»- como criterio orientador de la actuación de los administradores, quienes quedarían así obligados a promover la adopción de principios y políticas adicionales en materia de responsabilidad social y reputación corporativa[108]. En consecuencia, la sostenibilidad alcanza la categoría de dimensión jurídica del interés social que los administradores han de atender, tradicionalmente sobre la base del deber general de diligencia que en el ámbito normativo interno español se consagra en el artículo 225 LSC, pero también igualmente sobre la del deber de lealtad que recoge el artículo 227 de la misma norma. En este sentido, el deber de administración diligente (art. 225 LSC) no se limita ya a la gestión económica y financiera ordinaria de la sociedad, sino que exige a los administradores una supervisión activa y efectiva de los riesgos no financieros, particularmente aquellos relacionados con criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG). Por su parte, el deber de lealtad (art. 227 LSC) impone a los administradores actuar con fidelidad al interés social, el cual, a tenor de la reforma operada por la Ley 11/2018, y desarrollos posteriores, a la que ya nos hemos referido anteriormente, incluye la promoción de un modelo de negocio sostenible y respetuoso con el entorno y los derechos humanos[109].

Esta íntima vinculación implica que la omisión o el incumplimiento de tales deberes en materia de sostenibilidad ya no puede considerarse un mero defecto de gestión interna, sino que puede generar responsabilidad personal de los administradores, puesto que dicha inobservancia puede traducirse en un daño al patrimonio social que podría ser objeto de una acción de responsabilidad de los administradores[110]. Dicha responsabilidad es exigible tanto frente a la propia sociedad -a través de las acciones de responsabilidad social reguladas en el artículo 236 y siguientes de la LSC- como frente a terceros perjudicados, en aquellos casos en que la falta de diligencia en la identificación, prevención y mitigación de riesgos de sostenibilidad hayan ocasionado daños resarcibles.

---

[108] En análogo sentido, *vid.* VIERA GONZÁLEZ, «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios del desarrollo sostenible», p. 222.

[109] *Vid.* a este respecto ALFARO ÁGUILA-REAL, «El interés social y los deberes de lealtad de los administradores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 20, 2016, pp. 213-236.

[110] En este sentido, ESTEBAN VELASCO, «Gobierno corporativo, interés social y deberes fiduciarios de los administradores: evolución y tendencias», en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación,* Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 105.

Por tanto, en el contexto actual, la acción social de responsabilidad regulada en el artículo 236 LSC es el instrumento principal para la exigencia de responsabilidad a los administradores por daños en el patrimonio social derivados del incumplimiento del deber de diligencia en sostenibilidad. Este precepto, como sabemos, establece el régimen general de responsabilidad de los administradores, quienes responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La responsabilidad no se deriva automáticamente de cualquier pérdida patrimonial, sino únicamente de conductas antijurídicas que causen un daño imputable. Los presupuestos de responsabilidad de los administradores en materia de sostenibilidad son, en principio, los mismos que para cualquier otro supuesto: (i) conducta antijurídica, por acción u omisión, del administrador; (ii) daño al patrimonio social o a terceros; y (iii) nexo causal entre la conducta y el daño. En el ámbito ESG estos presupuestos presentan perfiles particulares que dificultan notablemente su apreciación.

El incumplimiento del deber de diligencia en sostenibilidad puede manifestarse de dos formas principales. La primera son los incumplimientos de obligaciones normativas específicas como la falta de elaboración o elaboración defectuosa del informe de sostenibilidad; la aprobación de información materialmente falsa o incompleta; la omisión de la diligencia debida en la cadena de valor exigida por la CSDDD. Estos casos constituyen infracciones directas de obligaciones legales.

La segunda forma son las conductas que, sin infringir directamente una norma específica, constituyen una desviación del estándar de diligencia del «ordenado empresario»: ausencia de sistemas de gestión del riesgo ESG en empresas con exposición significativa; falta de seguimiento de los riesgos climáticos identificados; aprobación de decisiones de inversión sin considerar los impactos ESG materiales, etc. Estos supuestos son más difíciles de delimitar y exigen una valoración cuidadosa de las circunstancias concretas. Merece especial mención el supuesto de la omisión de actuaciones en materia de sostenibilidad. El incumplimiento puede producirse no solo por una decisión activa errada, sino también por la inacción del órgano de administración frente a riesgos ESG materiales debidamente identificados. El administrador que conoce, o que debía conocer, los riesgos ESG a los que está expuesta la sociedad, y que no adopta ninguna medida para gestionarlos, incumple el deber de diligencia con la misma intensidad que quien adopta una decisión activa negligente.

Por su parte, los daños derivados de incumplimientos ESG pueden revestir formas muy diversas: daños directos al patrimonio social (multas y sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa medioambiental, costes de remediación medioambiental, litigios con terceros afectados), daños indirectos (desempeño negligente de sus funciones por parte de los administradores que ocasionen pérdida de valor de la empresa, deterioro reputacional, exclusión de índices ESG, pérdida de acceso a financiación sostenible) y daños a largo plazo que se materializan cuando los riesgos ESG identificados se convierten en pérdidas reales. En tales supuestos, el daño patrimonial causado a la sociedad por la actuación de sus administradores podrá resultarles imputables conforme a las reglas generales. En todos estos casos, la sociedad podría reclamar de éstos la indemnización correspondiente. El denominador común de cualquiera de las eventuales acciones de responsabilidad frente al administrador es la producción de un daño causado personalmente por el administrador dolosa o culposamente al patrimonio

de la sociedad, de los socios o terceros. Sin embargo, el nexo causal en la responsabilidad de los administradores presenta particulares dificultades cuando el daño deriva de omisiones o de decisiones estratégicas de largo plazo. En el ámbito ESG, este vínculo entre la conducta del administrador y el perjuicio ocasionado representa el elemento probatorio más complejo de acreditar en tales supuestos. La dificultad surge de la naturaleza multifactorial de los riesgos ESG. En este sentido, la doctrina ha acuñado el concepto de «*green nexus*» para aludir a los obstáculos probatorios que entraña demostrar que el incumplimiento de las obligaciones de sostenibilidad constituyó la causa eficiente del daño. En la práctica, esta complejidad se manifiesta tanto en la identificación y cuantificación del perjuicio como consecuencia directa del incumplimiento ESG, como en la acreditación de que los administradores conocían, o debían conocer, los riesgos materiales y omitieron adoptar las medidas razonablemente exigibles. Dicha dificultad adquiere especial intensidad en los supuestos de daños climáticos de alcance global[111].

Cuando la responsabilidad se imputa al consejo de administración como órgano colegiado, no cabe diluirla en una vaga responsabilidad colectiva. Aunque el consejo actúa colegiadamente, sabemos que cada consejero responde individualmente por los actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos en los que haya participado o que, conociéndolos, no haya intentado impedir (art. 237 LSC). En el contexto de la sostenibilidad, resulta particularmente difícil invocar con éxito causas de exoneración, dada la propia naturaleza de los sistemas de control y diligencia debida que los administradores deben haber impulsado. La prueba liberatoria exigirá, por regla general, acreditar mediante documentación suficiente (actas, informes, evidencias de auditorías, etc.) la adopción de decisiones razonables y diligentes en el marco de dicho sistema.

Una de las cuestiones más dudosas que se plantean en materia de exigencia de responsabilidad de los administradores es la posible extensión de la legitimación activa para el ejercicio de tales acciones más allá de los sujetos tradicionales, para incluir a los *stakeholders* directamente afectados: trabajadores, comunidades locales, organizaciones ambientales o consumidores. Como sabemos, en el Derecho español vigente la acción individual del artículo 241 LSC protege a socios y terceros que sufran daños directamente causados por los administradores. La interpretación restrictiva del concepto de «daño directo» dificulta el ejercicio de acciones por parte de los. *stakeholders* externos a la compañía. Quizá el momento de la transposición de la CSDDD deberá aprovecharse para incorporar mecanismos que amplíen el círculo de legitimados activos, lo que exigirá una revisión del artículo 241 LSC o, incluso, si así se estima oportuno, la creación de un régimen especial.

La responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad y a los socios, en el ámbito de la sostenibilidad, opera con independencia de la concurrencia de un daño patrimonial, toda vez que su principal finalidad radica en la protección frente al daño reputacional que pueda sufrir

[111] El fenómeno del contencioso climático, o «climate litigation» constituye un vector emergente de daños resarcibles. El caso Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell es el más relevante en el ámbito europeo: en primera instancia (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, 26 de mayo de 2021, ECLI:NL: RBDHA:2021:5339) se ordenó a Shell reducir sus emisiones un 45% para 2030 en comparación con los niveles de 2019. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de la Haya, en sentencia de 12 de noviembre de 2024 (ECLI:NL: GHDHA:2024:2099), revocó esta decisión al considerar que un tribunal civil no puede imponer objetivos cuantitativos específicos de reducción de emisiones a una empresa, si bien confirmó que Shell tiene un deber de cuidado en materia climática. Milieudefensie ha anunciado recurso ante el Tribunal Supremo neerlandés. Sobre este caso *vid.* CAMPINS VARGAS, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los administradores por gestión de riesgos de sostenibilidad. A propósito de la Sentencia de 12 de mayo de 2023 del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales», *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 70, enero de 2024, *passim*.

la compañía En cambio, la responsabilidad frente a terceros requiere la acreditación de una conducta dolosa o gravemente negligente por parte de los administradores. De este modo, los administradores sociales deben garantizar el cumplimiento efectivo de los compromisos de sostenibilidad, asumiendo un riesgo personal que trasciende la responsabilidad limitada propia de la persona jurídica cuando su conducta omisiva o negligente vulnere los estándares de conducta exigibles en esta materia.

En definitiva, la responsabilidad de los administradores en el ámbito de la sostenibilidad se configura como un elemento indisociable del fiel cumplimiento de sus deberes fiduciarios y de la moderna concepción del buen gobierno corporativo.

La responsabilidad de los administradores se proyecta en dos dimensiones complementarias. Por un lado, en una vertiente interna, dirigida frente a la propia sociedad y frente a los socios, derivada del incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad y supervisión que regulan los artículos 225 y siguientes de la LSC. Por otro lado, en una vertiente externa de alcance notablemente amplio, que ya no se limita a los *stakeholders* tradicionalmente reconocidos -como los trabajadores o, en situaciones de insolvencia, los acreedores-, sino que se extiende a terceros sin vínculo contractual ni societario alguno con la empresa. Esta expansión encuentra su fundamento en el régimen de diligencia debida establecido por la Directiva CSDDD que obliga a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos adversos en derechos humanos y medio ambiente a lo largo de su cadena de actividades. En consecuencia, la responsabilidad civil de la empresa -y, por vía derivada, la eventual responsabilidad de los administradores por omisión de sus deberes fiduciarios- puede activarse frente a cualquier persona o colectivo afectado por dichos impactos, sin que sea exigible una relación preexistente con la sociedad.

El concepto de «personas afectadas», tal como lo define la citada Directiva CSDDD en su artículo 3, abarca de manera amplia a individuos, comunidades, organizaciones y entidades cuyos derechos o intereses resulten perjudicados por impactos reales o potenciales derivados de las operaciones, filiales o cadena de actividades de la empresa. Aunque la propuesta inicial de simplificación presentada por la Comisión en 2025 (COM (2025) 81 final) planteó una restricción de este ámbito, el texto final adoptado mediante el paquete Omnibus I optó por no introducir una limitación tan estrecha como la inicialmente sugerida. De este modo, se preserva la amplitud conceptual de las personas afectadas en las obligaciones preventivas y reparadoras, aunque su ejecución judicial quede ahora sujeta a las normas procesales y sustantivas de cada ordenamiento. En definitiva, el marco normativo actual consolida una responsabilidad externa expansiva que trasciende los límites tradicionales del Derecho societario, alineando el deber de diligencia de los administradores con la protección efectiva de intereses difusos y colectivos, en particular los vinculados a derechos humanos y sostenibilidad ambiental.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto, por lo que respecta a la diligencia debida, esta se integra en los deberes fiduciarios de los administradores societarios y, por extensión, al conjunto del sistema de gobierno corporativo, quienes deben actuar con la diligencia de un ordenado empresario y velar por el interés social a largo plazo, incorporando necesariamente los riesgos de sostenibilidad (ambientales, sociales y de derechos humanos) en sus decisiones. Su omisión puede generar responsabilidad tanto de la persona jurídica, como personal de los administradores, tal y como hemos indicado, fundamentada en principios clásicos del Derecho civil (como la reparación del daño por culpa o negligencia) y mercantil (buena fe empresarial, transparencia y lealtad hacia *stakeholders*). En el ámbito de la responsabilidad penal derivada de

la sostenibilidad corporativa, el incumplimiento real de los programas implantados recae necesariamente sobre personas físicas. El *enforcement* penal en materia de sostenibilidad incide de forma particularmente intensa sobre los administradores y directivos sociales. Su deber de diligencia y supervisión (art. 225 LSC), junto con la responsabilidad que de él se deriva (art. 236 LSC), se extiende a la prevención de cualquier conducta ilícita vinculada a los objetivos de sostenibilidad. Por consiguiente, tanto la omisión de las medidas de vigilancia que les han sido encomendadas como la falta de reacción ante indicios razonables de infracción pueden dar lugar a una responsabilidad personal de los administradores, incluso en ausencia de una participación directa y efectiva en la comisión del delito por parte de la persona jurídica. Esta proyección del deber de diligencia convierte a los órganos de administración en garantes activos de la efectividad de los programas de cumplimiento en materia de sostenibilidad, situándolos en una posición de especial riesgo ante eventuales responsabilidades penales individuales

Los administradores sociales están obligados a prestar una atención particularmente rigurosa al cumplimiento de su deber de diligencia en el ámbito de la sostenibilidad empresarial. Dicho deber, lejos de constituir en estos momentos una mera declaración programática, se proyecta de manera concreta en un conjunto de obligaciones positivas e ineludibles que configuran el estándar de conducta exigible a los miembros del órgano de administración. En primer lugar, los administradores deben organizar, o en su caso instaurar, un sistema interno de cumplimiento normativo (*compliance*) eficaz y adecuado a las características de la empresa. Este sistema ha de permitir la identificación, evaluación y gestión de los principales riesgos ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) relevantes para la actividad social. A tal efecto, resulta indispensable la atribución clara de responsabilidades específicas en materia de sostenibilidad, la implementación de protocolos de actuación y la instauración de mecanismos periódicos de evaluación, monitoreo y auditoría interna que garanticen su efectividad real. Además, tienen la obligación de ejercer un control efectivo y continuado sobre el funcionamiento de dicho sistema de gestión de riesgos. Este control, además, no puede limitarse a una supervisión formal o meramente pasiva, sino que exige la adopción de medidas de control efectivo, tales como la realización de auditorías regulares, la habilitación de canales internos de información y denuncia debidamente formalizados, y la existencia de flujos de comunicación ascendentes que permitan al propio órgano de administración conocer de manera oportuna cualquier eventualidad relevante. Por último, una vez que se detecte la materialización efectiva de un riesgo de naturaleza ambiental o social, los administradores están obligados a adoptar con la mayor celeridad posible las medidas correctivas proporcionales que resulten necesarias para mitigar o eliminar sus consecuencias. Paralelamente, deben proceder a la comunicación inmediata del incidente tanto a las autoridades competentes como a los terceros potencialmente afectados, en cumplimiento de los principios de transparencia y buena fe que rigen la actuación societaria.

Este conjunto de obligaciones -implantación, control y reacción- constituye un núcleo esencial e inexcusable del deber de diligencia de los administradores en materia de sostenibilidad. Su inobservancia no solo puede generar responsabilidad interna frente a la sociedad y los socios, sino que también compromete la posición jurídica de los administradores frente a terceros, especialmente cuando la conducta sea calificada como dolosa o gravemente negligente.

El deber de diligencia de los administradores sociales se concreta y materializa fundamentalmente en un conjunto de obligaciones principales estrechamente interrelacionadas. Entre ellas destacan la integración efectiva de la diligencia debida en las políticas y sistemas de gestión de la empresa, la adecuada identificación y evaluación de los impactos adversos reales y

potenciales -tanto presentes como futuros-, la prevención y mitigación de los riesgos que aún no se han materializado, así como la cesación o minimización de aquellos impactos adversos que ya se hayan producido. Igualmente forman parte de este deber la supervisión continua y efectiva de la eficacia de las medidas adoptadas, la reparación o compensación de los daños causados a terceros cuando proceda, y la rendición de cuentas de forma transparente, veraz y oportuna respecto de las acciones realizadas. Esta última dimensión -la *accountability* jurídicamente exigible y susceptible de control judicial y administrativo- reviste una importancia singular. En este ámbito, el estándar de exigencia resulta significativamente más elevado: no basta con asumir una responsabilidad meramente ética o reputacional, sino que se requiere configurar una auténtica obligación jurídica dotada de efectividad práctica y respaldada por mecanismos idóneos de exigibilidad y sanción.

En definitiva, la Directiva (CSDDD) consolida esta evolución al exigir que la maximización de beneficios se compatibilice necesariamente con una gestión empresarial responsable que contribuya activamente al desarrollo sostenible, configurando así un nuevo modelo de empresa en el que la sostenibilidad constituye un elemento esencial e indisociable de su licitud y legitimidad jurídica. La Directiva CSDDD, junto con el principio de efectividad característico del Derecho de la Unión Europea, funciona como un importante mecanismo de armonización y fortalecimiento[112]. De este modo, obliga a los Estados miembros a otorgar un contenido efectivo y jurídicamente exigible a las normas de responsabilidad, respetando, no obstante, las particularidades de cada ordenamiento nacional siempre que no sean contrarias al acervo comunitario[113].

5. Conclusiones

La aprobación de la Directiva CSDDD marca un punto de inflexión en la manera en que el ordenamiento europeo concibe la relación entre la empresa y su entorno social y ambiental. Lo que durante décadas se articuló a través de compromisos voluntarios, códigos de conducta y estrategias reputacionales se transforma en una auténtica obligación jurídica, dotada de contenido exigible y de consecuencias reales en caso de inobservancia. Esta juridificación de la sostenibilidad repercute de manera directa sobre el estatuto de los administradores sociales: el deber de diligencia deja de agotarse en la correcta gestión patrimonial de la sociedad para incorporar la identificación, prevención y mitigación de los riesgos que la actividad empresarial y la de su cadena de actividades, se proyecta sobre los derechos humanos y el medio ambiente. El incumplimiento de estas exigencias, en consecuencia, ya no se sitúa en el terreno de lo meramente reputacional, sino en el de la responsabilidad jurídica.

[112] En consecuencia, el régimen de responsabilidad de los administradores no se circunscribe a las normas nacionales sino que se está fuertemente respaldado por el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la plena realización práctica de las normas europeas, permitiendo que las víctimas (trabajadores, comunidades, inversores, ONGs…) puedan reclamar efectivamente, incluso en contextos de cadenas de valor transnacionales.

[113] El sistema se completa con un conjunto de instrumentos destinados a garantizar la efectividad transnacional de estas obligaciones, especialmente en el contexto de cadenas de valor globales. Tales instrumentos comprenden mecanismos de reparación de daños (judiciales y no judiciales), obligaciones de transparencia y comunicación de información no financiera, sistemas de supervisión administrativa y cooperación entre autoridades, así como adaptaciones procesales que facilitan el acceso a la justicia en supuestos de responsabilidad por impactos ocurridos en terceros países.

Desde la perspectiva del Derecho español, esta evolución obliga a releer el canon del «ordenado empresario» que preside el deber general de diligencia de los administradores (art. 225 LSC). Creemos que esta cláusula general es suficientemente flexible como para acoger la obligación de los administradores de integrar los criterios ESG en el ejercicio de su deber de diligencia por vía interpretativa. La implantación de sistemas de gestión de riesgos adecuado, el deber de identificar y evaluar periódicamente los impactos adversos de la actividad empresarial, la obligación de adoptar medidas razonables de prevención y remediación y el de deber de informar periódicamente al consejo. En definitiva, la integración de procesos de *due diligence* en la política corporativa y el establecimiento de mecanismos internos de reclamación pasan a formar parte del contenido organizativo de dicho deber, cuya omisión o cumplimiento defectuoso puede fundamentar un reproche de negligencia. Ahora bien, esta ampliación no está exenta de dificultades dogmáticas. La extensión del círculo de intereses que los administradores deben ponderar, más allá del beneficio de los socios, incide no solo en el deber de diligencia, sino potencialmente en el de lealtad, y suscita una notable incertidumbre sobre el contenido concreto del mandato de gestión y sobre el alcance de las facultades directivas. Resulta discutible, en este sentido, que la diligencia exigible en materia ESG deba ir más allá del cumplimiento de las obligaciones legales imperativas: convertir objetivos de interés general en un mandato genérico de administración amplía la discrecionalidad empresarial hasta el punto de dificultar el control judicial de la gestión y, paradójicamente, de debilitar los mecanismos de exigencia de responsabilidad a los administradores.

La efectividad de las obligaciones de diligencia debida del modelo instaurado por la CSDDD descansa sobre un modelo dual de *enforcement* que combina la supervisión pública con la intervención privada. En el plano público, la Directiva (arts. 24 a 28) encomienda a autoridades nacionales de control amplias potestades de investigación, inspección, adopción de medidas correctoras y sanción, orientadas no solo a la represión del incumplimiento, sino también a su disuasión preventiva. La transposición al ordenamiento español exigirá identificar la autoridad competente, en este sentido se ha apuntado a la CNMV o a un organismo específico de nueva creación, y dotarla de facultades suficientes, en el marco de un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales de legalidad, proporcionalidad y derecho de defensa. En el plano privado, se materializa en el régimen de responsabilidad civil previsto en el artículo 29 cuya regulación resulta especialmente relevante porque complementa el sistema de supervisión administrativa con un mecanismo de tutela judicial privada**.** Mientras las autoridades supervisoras persiguen el cumplimiento mediante inspecciones y sanciones administrativas, el artículo 29 permite que las personas perjudicadas reclamen judicialmente la reparación de los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. El reconocimiento de legitimación activa a las personas afectadas, así como a sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, rompe con el tradicional monopolio público en la represión de las infracciones empresariales, si bien reclama delicados ajustes procesales, en materia de legitimación, prescripción y carga de la prueba, que concilien la efectividad del Derecho de la Unión con la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el artículo 24.1 de la Constitución Española, sin menoscabar los derechos de defensa de las sociedades y de sus administradores.

Junto a las vías pública y judicial, el sistema se completa con mecanismos complementarios de notable relevancia práctica. El procedimiento interno de reclamaciones que impone el artículo 14 de la Directiva, justo, accesible, predecible y transparente, y articulado en coherencia con la

protección de los denunciantes de la Directiva (UE) 2019/1937[114], no opera como presupuesto de acceso a la jurisdicción, pero constituye una primera línea de detección y corrección de incumplimientos. A su vez, la supervisión privada de mercado, ejercida por inversores institucionales, entidades financieras y agencias de calificación ESG, condiciona de forma creciente la financiación y la reputación empresariales, mientras que las auditorías externas, las certificaciones independientes y los estándares internacionales (ISO 26000, GRI) funcionan como acreditación externa de la diligencia desplegada y, en su caso, como elemento probatorio en eventuales litigios sobre el cumplimiento o incumplimiento del deber de diligencia de los administradores.

Especial atención merece la incidencia del paquete Omnibus I, que suprimió el régimen civil armonizado inicialmente previsto y remitió la dimensión resarcitoria al Derecho nacional de cada Estado miembro. Esta decisión, comprensible desde la lógica de la simplificación regulatoria, reduce sensiblemente la uniformidad europea en el acceso a la reparación y desplaza el centro de gravedad hacia los regímenes internos de responsabilidad civil y societaria, con el consiguiente riesgo de fragmentación y de disparidad en la tutela de las víctimas según el foro. Para el ordenamiento español, ello refuerza el protagonismo de las categorías generales de la responsabilidad de los administradores, que habrán de adaptarse interpretativamente a un deber de diligencia enriquecido con contenidos de sostenibilidad.

En un plano más profundo, la expansión del deber de diligencia en materia de sostenibilidad plantea una tensión de fondo, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, entre el intervencionismo normativo y el principio constitucional de libertad de empresa. Siendo socialmente valiosa la contribución empresarial a la protección del medio ambiente y de los derechos sociales, resulta más controvertido que el Derecho de sociedades sea el instrumento idóneo para perseguir fines públicos: esta funcionalización del Derecho privado excede su misión tradicional de organización de intereses patrimoniales y puede resultar contraproducente si resta impulso a medidas de Derecho público más eficaces. El deber de diligencia debe configurarse, por ello, como una obligación respetuosa con la posición jurídica de los administradores, compatible con el funcionamiento del libre mercado y que no difumine los límites entre la responsabilidad societaria y la regulación pública, preservando al mismo tiempo la seguridad jurídica que reclama todo régimen de responsabilidad.

Finalmente, no podemos dejar de destacar que la legitimidad última del Derecho europeo de la sostenibilidad y, con ella, la del régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de su deber de diligencia, dependerá de su capacidad para generar mejoras reales y constatables en las condiciones ambientales y sociales, evitando reducirse a formalismos burocráticos o a un *greenwashing* normativo. Solo mediante resultados tangibles, proporcionalidad en las cargas, transparencia empresarial y una acción supervisora y sancionadora efectiva podrá el sistema conjurar el descrédito social. En definitiva, la Unión Europea ha configurado, a través de la CSDDD, un marco regulatorio particularmente ambicioso y técnicamente complejo, concebido para integrar la diligencia debida en materia de sostenibilidad como un elemento estructural de la gobernanza empresarial. Sin embargo, la eficacia práctica de este modelo no dependerá exclusivamente de la calidad de su diseño

[114] Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (DOUE L 305/17, de 26 de noviembre de 2019).

normativo, sino, sobre todo, de la capacidad de los distintos operadores implicados para garantizar una aplicación coherente, efectiva y uniforme de las obligaciones que la Directiva impone. En este sentido, la consecución de los objetivos perseguidos exige un compromiso coordinado de los Estados miembros en su labor de transposición y ejecución, de las autoridades supervisoras en el ejercicio de sus funciones de control y sanción, de los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación de las normas, y de las propias empresas en la incorporación de una auténtica cultura de diligencia debida dentro de sus procesos de decisión y gestión de riesgos.

Solo mediante la interacción equilibrada de estos actores será posible transformar las exigencias establecidas por la Directiva en un verdadero estándar jurídico de conducta, capaz de trascender el mero cumplimiento formal de obligaciones legales y de proyectarse como un instrumento eficaz para la protección de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la promoción de una actividad empresarial responsable. De este modo, el régimen instaurado por la CSDDD aspira a consolidar un modelo de gobernanza corporativa que armonice la competitividad económica con la tutela de los intereses generales, reforzando la función del Derecho como mecanismo de equilibrio entre la libertad de empresa y la consecución del bien común.

6. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «El interés social y los deberes de lealtad de los administradores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 20, 2016.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Comentario artículo 226», en JUSTE MENCÍA, Javier (coord.) *Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Navarra, 2015.

ALONSO LEDESMA, Carmen, «La Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad», en PEÑAS MOYANO, Mª Jesús (coord.), *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Valladolid, 2023.

ALONSO UREBA, Alberto, «Derecho de Sociedades y función económico social de la gran empresa ("Interés social" vs "Interés de la empresa": una cuestión abierta)», en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª Concepción/VIERA GONZÁLEZ, Jorge (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, Madrid, 2023.

ALONSO UREBA, Alberto, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990.

ANDERSEN, Paul et al., «Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars», June 7, 2022, *Nordic & European Company Law Working Paper*, núm. 22-01, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4139249.

BATALLER GRAU, Juan, «El impacto de la sostenibilidad sobre la responsabilidad civil de los administradores y su aseguramiento», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 9, primer semestre de 2025.

BÉNABOU, Roland/TIROLE, Jean, «Individual and Corporate Social Responsibility», *Economica*, vol. 77, núm. 305, january 2010.

BERTHET, Alison et al., «A Coherent Approach to Sustainability Due Diligence and Reporting: Making Sense of CSDDD and CSRD», *Business for Social Responsibility*, 2024, https://www.bsr.org/en/insights-plus/a-coherent-approach-to-sustainability-due-diligence-and-reporting-making-sense-of-csddd-and-csrd.

BRENES CORTÉS, Josefa, «Estado actual de la transposición de la Directiva 2022/2464 relativa a la información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD) en España y las implicaciones de las Propuestas del Paquete Ómnibus para las empresas nacionales», en MARTÍNEZ-PINA, Ana/MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio/VÁZQUEZ COBOS, Carlos (dirs.), *Los parámetros ESG en la Unión Europea para contexto empresarial sostenible*, Atelier, 2025, pp. 189 a 230. Accesible en abierto https://atelieropenaccess.com/products/los-parametros-esg-en-la-union-europea-para-un-contexto-empresarial-sostenible.

BUENO, Nicolás/OEHM, Franziska, «Conditions of Corporate Civil Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Restrictive, but clear?», *Verfassungsblog*, 28 de mayo de 2024. Disponible en: https://verfassungsblog.de/conditions-of-corporate-civil-liability-in-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive/.

CAMPINS VARGAS, Aurora, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los administradores por gestión de riesgos de sostenibilidad. A propósito de la Sentencia de 12 de mayo de 2023 del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 70, enero de 2024.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª Concepción, «Las exigencias contenidas en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la afectación indirecta de las pymes», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 66, 2022.

DAVIES, «The UK Stewardship Code 2010-2020. From Saving the Company to Saving the Planet?», *ECGI Working papers* núm. 506/2020).

EMBID IRUJO, José Miguel, «Reforma y adaptación, una vez más, con el interés de la empresa al fondo», 19.4.2021, en https://www.commenda.es.

EMBID IRUJO, José Miguel, «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 316, 2020.

EMBID IRUJO, José Miguel, «Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa», en FERNÁNDEZ TORRES, Isabel/ARIAS VARONA, Francisco Javier/MARTÍNEZ ROSADO, Javier (coords.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018.

EMBID IRUJO, José Miguel/DEL VAL TALENS, Paula, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, 2016.

EMBID IRUJO, José Miguel, «La discrecionalidad empresarial y la responsabilidad social corporativa», plataforma de Comenda en www.commenda.es, entrada del 30.11.2006.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Gobierno corporativo, interés social y deberes fiduciarios de los administradores: evolución y tendencias», en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (coord.), *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas, Madrid, 2014.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, «Interés social, buen Gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva societaria)», en *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Universitat Jaume I, 2005.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, «El fin y los fines de la sociedad de capital. La integración del interés general en a causa de la sociedad», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 335, marzo 2025.

FERRARINI, Guido, «Redefining Corporate Purpose: sustainability as a game changer», *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets,* Palgrave Macmillan, 2021; respecto de la previa versión del *Stewardship Code*, DAVIES, Paul «The UK Stewardship Code 2010-2020. From Saving the Company to Saving the Planet?», *ECGI Working papers* núm. 506/2020.

FUCHS, Maximilian, «La Ley de Diligencia Debida en la cadena de suministro de Alemania», *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra16, 2022.

GRABOSCH, Robert, *Ley de debida diligencia. Alemania establece los estándares en la protección de los derechos humanos*, Trabajo y Justicia social, 2021, disponible en https://library.fes.de/pdf-files/iez/18832.pdf.

GONDRA ROMERO, Javier, «100 años de debate sobre el "gobierno corporativo": La importancia del contexto», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018.

GONDRA ROMERO, Javier, «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones: la historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 2008.

GONDRA ROMERO, Javier, «La estructura jurídica de la empresa», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales de la Ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.

GUERRERO TREVIJANO, Cristina, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Madrid, 2014.

HANSEN, Jesper Lau, «Unstainable Sustainability», *Oxford Business Law Blog*, entrada de 8 de marzo de 2022, https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/unstainable-sustainability.

HAUMAN, Mindy, «Mind De Gap: A comparative analysis of the CSRD, the CSDDD and the SFDR as Green Deal 2.0 (2024 to 2029)», White & Case LLLP, julio de 2024, https://www.whitecase.com/insight-alert/mind-gap-comparative-analysis-csrd-csddd-and-sfdr-green-deal-20-2024-2029-unfolds.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Recomendación 12», en EMBID IRUJO, José Miguel (dir.)/GIMENO RIBES, Miguel/DEL VAL TALENS, Paula (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2025.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «El deber general de diligencia: artículo 225», en HERNANDO CEBRIÁ, Luis/ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía (coords.), *Régimen de Deberes y Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, Bosch, Barcelona, 2015.

HIERRO ANIBARRO, Santiago, «Principio 24», en EMBID IRUJO, José Miguel (dir.)/GIMENO RIBES, Miguel/DEL VAL TALENS, Paula (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2025.

HIERRO ANIBARRO, Santiago, «De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad», *La Ley mercantil*, núm. 118, noviembre de 2024.

JUSTE MENCÍA, Javier, «Artículo 225. Deber de diligencia», en GARCÍA-CRUCES, José Antonio/SANCHO GARGALLO, Ignacio (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, La junta general. La administración de la sociedad*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LITWIN, Daniel/SAVOUREY, Elsa, «Human rights in EU Sustainable Finance», *Journal of Financial Regulation*, vol. 11, Issue 1, abril 2025.

LORENTE AGUILERA, Estefanía, «Sostenibilidad y Responsabilidad Social Corporativa», en LÓPEZ JIMÉNEZ, José María/ZAMARRIEGO MUÑOZ, Arturo (dirs.), *La sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

MARÍN DE LA BARCENA, Fernando, «Responsabilidad de administradores y cambio climático», en FUENTES NAHARRO-MARTÍNEZ, Mónica/MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Mª Teresa (dirs.), *Gobierno Corporativo. Digitalización y sostenibilidad*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2024.

MARTÍNEZ NADAL, Apolònia, «Empresa y derechos humanos: perspectiva desde el Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 320, 2020.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier, «La sociedad Benefit», en Cañabate Pozo, Rosario et al. (coords.), *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros, Libro Homenaje al Profesor Adolfo Sequeira Martín*, Sepin, 2022.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier, «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 164, 2021.

MERLER, Silvia, «How to improve the European Union's sustainable finance framework», *Policy Brief Issue*, nº 5, febrero, 2025, https://www.bruegel.org/policy-brief/how-improve-european-unions-sustainable-finance-framework.

MONTIEL VARGAS, Ana, «Las empresas B (B Corps) y la regulación de las sociedades con propósito (benefit corporations) en Derecho comparado», *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 141, 2022.

NAVARRO FRÍAS, Irene, «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 63, 2021.

NAVARRO FRÍAS, Irene, «El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la "legal judgement rule"», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán/VILÁ CUÑAT, Anna, «La protección penal del ambiente, el clima y la sostenibilidad: imaginarios y principios penales», *InDret*, núm. 4, 2025.

NOVAL PATO, Jorge, «Recomendación 53» y «Recomendación 54», en EMBID IRUJO, José Miguel (dir.)/GIMENO RIBES, Miguel/DEL VAL TALENS, Paula (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, vol. I, Madrid, Marcial Pons, 2025.

NOVAL PATO, Jorge, «La sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 64, 2022.

PALÁ LAGUNA, Reyes, «Exclusiones de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», Gómez-Acebo & Pombo, 2024.

PALÁ LAGUNA, Reyes, «El nuevo informe de sostenibilidad y el gobierno corporativo», en PEÑAS MOYANO, Mª Jesús (coord.), *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal, Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Valladolid, 2023.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, «El indeseado efecto político en el Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 332, 2024.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, «La sostenibilidad de la sociedad mercantil y la diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª Belén et al. (dirs.) *Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019.

PIENTRACOSTA, Alain, «Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés», *Annales des Mines-Réalités industrielles*, núm. 2019/4, 2019.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, «Nessum Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 72, 2024.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Deber de Diligencia», en ALONSO LEDESMA, Carmen (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006.

RAMOS HERRANZ, Isabel, «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho civil*, vol. 59, nº 1, 2006.

RECALDE CASTELLS, Andrés, «La obligación de las sociedades de identificar reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (Notas a la Propuesta de Directiva sobre "diligencia debida" –"due diligence"– en materia de sostenibilidad)», en PEÑAS MOYANO, Mª Jesús (coord.), *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal. Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano*, Universidad de Valladolid, 2023.

RECALDE CASTELLS, Andrés, «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medio ambiente y los derechos humanos (Notas a la Propuesta de Directiva sobre "diligencia debida" –"due diligence"– en materia de sostenibilidad)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, cuarto trimestre de 2022.

RECALDE CASTELLS, Andrés, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», en MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora/BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*, Civitas, 2022, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=4072486.

RECALDE CASTELLS, Andrés, «La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgment rule)», en COHEN BENCHETRIT, Amanda/GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª Belén (dirs.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RECALDE CASTELLS, Andrés, «Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la business judgment rule», en EMBID IRUJO, José Miguel (coord.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RIBAS FERRER, Vicente, «El deber de diligencia: contenido del deber y protección de la discrecionalidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 333, 2024.

RIOLFO, Gianluca, «The new italian benefit corporation», *European Business Organization Law Review*, núm. 21, 2020.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel, «Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y la guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable», en BATALLER GRAU, Juan/BOQUERA MATARREDONA, Josefina (coords.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, «Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia», en RONCERO SÁNCHEZ, Antonio (dir.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, tomo II, Madrid, 2016.

SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín, «Diligencia debida y discrecionalidad empresarial en materia de cambio climático desde la Directiva (UE) 2024/1760», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 76, 2026.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «La modificación del deber de diligencia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 163, 2021.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, «El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad, y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 61, 2021.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar

y remediar», en BATALLER GRAU, Juan/BOQUERA MATARREDONA, Josefina (coords.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SINNIG, Julia/ZETZSCHE, Dirk, «The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: from disclosure to mandatory prevention of adverse sustainability impacts in supply chains», *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge University Press, febrero 2025, https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/eus-corporate-sustainability-due-diligence-directive-from-disclosure-to-mandatory-prevention-of-adverse-sustainability-impacts-in-supply.chains/94BFE293A854586C5B3F2589D5E2F2E3.

VIERA GONZÁLEZ, Jorge, «El deber de diligencia de los administradores como forma de aplicación de los principios del desarrollo sostenible», en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª Concepción/VIERA GONZÁLEZ, Jorge (dirs.), *Derecho de sociedades y sostenibilidad*, Madrid, 2023.

VIERA GONZÁLEZ, Jorge, «Fines (sostenibilidad) y medios (deber de diligencia) en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 991, 2022.

VIVERO DE PORRAS, Carmen, «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores (1)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 70, enero de 2024.

ZABALETA DÍAZ, Marta, «Recomendación 55», en EMBID IRUJO, José Miguel (dir.)/GIMENO RIBES, Miguel/DEL VAL TALENS, Paula (coords.), *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2025.

InDret
4.2026

La discapacidad sobrevenida y el artículo 97 CC: revisión del juicio de desequilibrio económico a la luz de la Ley 8/2021

Ana María Arroyo Moreno
Universidad de Almería
-

Sumario
-
La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se ha interpretado históricamente como un mecanismo de reequilibrio económico neutro respecto a la condición personal de los cónyuges. La discapacidad, cuando concurría en alguno de ellos, era considerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un factor más dentro del catálogo del artículo: relevante para cuantificar la prestación o determinar su carácter indefinido, pero sin modificar los términos conceptuales del juicio. La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, transforma de manera sustancial el estatuto jurídico de la persona con discapacidad: abandona el modelo de sustitución en la toma de decisiones para consagrar uno basado en el apoyo, reconoce su plena capacidad jurídica y reorienta todo el sistema hacia el respeto a la voluntad y preferencias del individuo. Esta transformación no es neutra para el derecho de familia patrimonial. El artículo examina si el cambio de modelo que introduce la Ley 8/2021 obliga a releer los factores del artículo 97 CC cuando uno de los cónyuges tiene una discapacidad, especialmente en lo que concierne al juicio prospectivo sobre la superación del desequilibrio, a la valoración del coste de los apoyos como necesidad específica del cónyuge acreedor, y a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en la configuración del convenio regulador. El análisis se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior y posterior a la reforma, singularmente en las SSTS 549/2020, 360/2022, 1592/2024 y 1593/2024, y se completa con un estudio del derecho comparado europeo y de los regímenes autonómicos españoles. Se concluye con una propuesta de criterios interpretativos para los profesionales del derecho y diversas reflexiones de lege ferenda.

Abstract
-
The compensatory pension under Article 97 of the Spanish Civil Code has historically been interpreted as an economic rebalancing mechanism neutral to the personal condition of the spouses. When disability was present in one of them, the Supreme Court treated it as one more factor within the statutory list: relevant to quantify the benefit or determine its indefinite character, but without altering the conceptual terms of the assessment. Act 8/2021, of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, substantially transforms the legal status of persons with disabilities: it abandons the substitution model in decision-making in favour of one based on support, recognises full legal capacity, and reorients the entire system towards respect for the individual's will and preferences. This transformation is not without consequences for patrimonial family law. The article examines whether the paradigm shift introduced by Act 8/2021 requires a reinterpretation of the factors of Article 97 CC when one of the spouses has a disability, particularly regarding the prospective assessment of overcoming the imbalance, the valuation of support costs as a specific need of the creditor spouse, and the autonomy of the will of the person with a disability in shaping the separation agreement. The analysis draws on Supreme Court case law before and after the reform (particularly Judgments 549/2020, 360/2022, 1592/2024 and 1593/2024) and is complemented by a study of European comparative law and

Spanish autonomous regimes. It concludes with a proposal of interpretive criteria for legal practitioners and several de lege ferenda reflections.

Title: *Disability Acquired During Marriage and Article 97 CC: A Reassessment of the Economic Imbalance Test under Act 8/2021.*

-

Palabras clave: pensión compensatoria; discapacidad; Ley 8/2021; juicio prospectivo; desequilibrio económico; modelo de apoyos; artículo 97 CC; Convención de Nueva York.

Keywords: *compensatory pension; disability; Act 8/2021; prospective assessment; economic imbalance; support model; Article 97 CC; New York Convention.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.02

InDret

4.2026

Recepción
29/04/2026
-
Aceptación
22/06/2026
-

Índice

-

1. Introducción: planteamiento del problema
2. El artículo 97 CC y el juicio prospectivo: estado de la cuestión
2.1. Naturaleza y función de la pensión compensatoria
2.2. La discapacidad en la jurisprudencia anterior a la reforma
3. La Ley 8/2021 y el nuevo estatuto de la persona con discapacidad
3.1. Del modelo de sustitución al modelo de apoyos
3.2. Los instrumentos de apoyo y su incidencia patrimonial
3.3. Modificaciones procesales relevantes para los procesos de familia
4. Incidencia de la Ley 8/2021 sobre los factores del artículo 97 CC
4.1. La edad y el estado de salud: el modelo social aplicado
4.2. La cualificación profesional y el acceso al empleo: ajustes razonables
4.3. Las necesidades de los cónyuges: el coste de los apoyos
4.4. La cláusula abierta: instrumentos de apoyo formales
4.5. La autonomía del cónyuge con discapacidad en el convenio regulador
5. Análisis jurisprudencial: aplicación judicial del artículo 97 CC en supuestos de discapacidad
5.1. La discapacidad como factor cuantitativo: STS 549/2020
5.2. Ambos cónyuges con discapacidad: STS 360/2022
5.3. El cónyuge deudor con gran invalidez: STS 1593/2024
5.4. Valoración crítica: lo que el Tribunal Supremo no ha dicho aún
6. La dimensión convencional: el artículo 12 CDPD como parámetro interpretativo
7. Derecho comparado europeo y derecho civil autonómico
8. Propuesta de criterios y conclusiones
9. Bibliografía

-

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

1. Introducción: planteamiento del problema*

Cuando una pareja llega al divorcio y uno de sus miembros tiene una discapacidad, el proceso judicial que debería resolver cuestiones económicas con cierta objetividad se convierte en un terreno complejo. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil lleva décadas siendo objeto de depurada elaboración jurisprudencial: el Tribunal Supremo ha construido una doctrina sólida sobre el desequilibrio económico que la justifica, sobre el momento en que debe apreciarse y sobre el llamado juicio prospectivo que determina si la pensión debe ser temporal o indefinida[1]. Sin embargo, esa construcción se fraguó en su mayor parte sin prestar atención específica a lo que sucede cuando la discapacidad de uno de los cónyuges es el factor central del caso.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[2], ha cambiado algo que va más allá de las instituciones tutelares: ha transformado el modo en que el ordenamiento español concibe jurídicamente a la persona con discapacidad. Donde antes había una persona cuya capacidad de obrar estaba limitada, o, directamente, suprimida por una declaración judicial, ahora hay una persona con plena capacidad jurídica que puede requerir apoyos para ejercerla. El cambio no es puramente terminológico: implica una concepción distinta sobre la autonomía, la autodeterminación y el papel del Estado y de la familia en la vida de estas personas[3].

La hipótesis que articula este trabajo es la siguiente: la entrada en vigor de la Ley 8/2021 no constituye una reforma confinada al Título XI del Libro Primero del Código Civil ni a las instituciones de apoyo, sino un verdadero cambio de planteamiento cuya alcance alcanza al juicio de desequilibrio económico del artículo 97 CC. La discapacidad sobrevenida, entendida en el sentido amplio del modelo social, esto es, como la interacción entre las deficiencias de una persona y las barreras del entorno que limitan su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones, deja de ser un dato meramente fáctico relevante a efectos de cuantificar la compensación y pasa a operar como factor estructural que reconfigura todos los elementos del artículo: el propio concepto de empeoramiento, la temporalidad, la modulación con la pensión de alimentos, la valoración de los apoyos públicos y, sobre todo, el juicio prospectivo de superación del desequilibrio en el tiempo.

La importancia de esta relectura no es meramente teórica. La Encuesta de Discapacidad en el Mercado Laboral publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 12 de diciembre de 2024 sitúa la tasa de actividad de las personas con discapacidad reconocida en el 35,4 %, la tasa de

*Autor de contacto: Ana María Arroyo Moreno (aam656@ual.es) Profesora doctora de Derecho Civil de la Universidad de Almería. https://orcid.org/0009-0001-9083-7888.

[2] La doctrina del juicio prospectivo se condensa en las sentencias del Pleno y siguientes; en particular en la STS (Sala 1.ª, Pleno) núm. 864/2010, de 19 de enero (ECLI: ES: TS:2010:864; RC núm. 52/2006), y se reitera, entre otras, en SSTS 304/2016, 153/2018, 692/2018, 598/2019, 120/2020, 245/2020, 418/2020, 185/2022, 435/2022, 622/2022, 838/2022, 1592/2024 y 1593/2024.

[3] Boletín Oficial del Estado núm. 132, de 3 de junio de 2021 (referencia: BOE-A-2021-9233). En vigor desde el 3 de septiembre de 2021. La reforma afecta a ocho cuerpos normativos: la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley 20/2011 del Registro Civil, la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

empleo en el 28,9 % y la tasa de paro en el 18,5 %, frente al 78,5 %, 69,7 % y 11,2 % respectivos de las personas sin discapacidad[4]. La brecha de actividad supera, por tanto, los 43 puntos porcentuales y la de empleo los 40 puntos. Cuando se desciende al subgrupo de personas con discapacidad psicosocial, las cifras se agravan: tasa de actividad del 29,8 % y tasa de empleo del 22,3 %[5]. Estos datos no son un mero elemento de contexto: constituyen el base de hechos del que parte el juicio prospectivo del artículo 97 CC y permiten afirmar que la discapacidad sobrevenida no puede tratarse como un factor secundario del desequilibrio; antes bien, es, en términos estadísticos rigurosos, el factor con mayor capacidad explicativa de la imposibilidad estructural de superar el desequilibrio en un plazo razonable.

Este artículo parte, por tanto, de la convicción de que, si el estatuto jurídico de la persona con discapacidad ha cambiado tan sustancialmente, también debe cambiar la forma en que los tribunales aplican el artículo 97 CC cuando esa persona es parte en un proceso de divorcio. No porque la norma haya sido modificada, el artículo 97 CC no fue modificado por la Ley 8/2021 salvo en aspectos procesales menores, sino porque los conceptos sobre los que se apoya el juicio de desequilibrio deben leerse ahora a la luz de ese nuevo paradigma. El presente trabajo se enmarca, además, en un contexto jurisprudencial particularmente activo: las recientes SSTS 1592/2024 y 1593/2024, ambas de 28 de noviembre, junto con la STS 838/2022, de 28 de noviembre, y la STS 360/2022, de 4 de mayo, conforman un doctrina en construcción que, aunque no aborda explícitamente el cambio de modelo de la Ley 8/2021, sí permite identificar las tensiones interpretativas que la reforma introduce.

El análisis se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se reconstruye el estado de la jurisprudencia sobre el artículo 97 CC en lo que concierne a la discapacidad, mostrando que esta ha sido tratada históricamente como un elemento cuantitativo sin incidencia conceptual sobre el juicio de desequilibrio. En segundo lugar, se describe el cambio que introduce la Ley 8/2021 en el estatuto jurídico de la persona con discapacidad. En tercer lugar, se examina factor por factor cómo ese cambio afecta a los criterios del artículo 97 CC. En cuarto lugar, se analiza con cierto detenimiento la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, atendiendo tanto a lo expresamente afirmado como a lo omitido por las resoluciones. En quinto lugar, se aborda la dimensión convencional del problema, con referencia al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[6]. En sexto lugar, se ofrece una panorámica del derecho comparado europeo y del derecho civil autonómico español. El artículo concluye con una propuesta de criterios para que los profesionales del derecho puedan afrontar estos casos de forma coherente con el nuevo marco y con diversas reflexiones *de lege ferenda*.

2. El artículo 97 CC y el juicio prospectivo: estado de la cuestión

[4] En palabras del editorial de *InDret* «La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?», 2021, la reforma constituye una de las transformaciones más relevantes del Derecho civil español de las últimas décadas, comparable en alcance a la introducción del divorcio por la Ley 30/1981. Una valoración análoga, aunque más entusiasta, se halla en GARCÍA RUBIO, M.P., «La reforma del Código Civil por la Ley 8/2021: una valoración general», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021, pp. 11 ss.

[5] Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Discapacidad en el Mercado Laboral. EPD (año 2024), SPD (año 2023) y VLPD (año 2023)*, nota de prensa de 12 de diciembre de 2024. Los datos se refieren a personas con certificado de discapacidad reconocida del 33 % o asimilados.

[6] Confederación Salud Mental España, *La discapacidad psicosocial tuvo en 2024 la menor tasa de empleo*, a partir de los datos de la EPD del INE de 2024.

2.1. Naturaleza y función de la pensión compensatoria

El artículo 97 CC reconoce el derecho a una compensación al cónyuge al que «la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». La prestación puede adoptar la forma de pensión temporal, pensión por tiempo indefinido o prestación única. La norma enumera un catálogo de circunstancias que el juez debe ponderar cuando no existe acuerdo entre las partes: los acuerdos previos de los cónyuges, su edad y estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso al empleo del beneficiario, su dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, la duración del matrimonio, la pérdida de un eventual derecho de pensión y el caudal y los medios económicos de ambos. La cláusula novena cierra la enumeración con una referencia abierta a «cualquier otra circunstancia relevante».

La base de la doctrina actual sobre el artículo 97 CC es la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 864/2010, de 19 de enero[7], que abandonó la lectura objetivista del artículo, según la cual bastaba con constatar una diferencia económica para fijar la pensión y consagró la tesis subjetivista. Conforme a esta doctrina, el desequilibrio que justifica la pensión compensatoria no es el simple diferencia de patrimonio entre los cónyuges, sino el derivado causalmente del matrimonio: para determinar su existencia debe atenderse a la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, al régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y a la situación anterior al matrimonio. La doctrina se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores, entre las que destacan las SSTS 720/2011, de 19 de octubre; 856/2011, de 24 de noviembre; 335/2012, de 17 de mayo; 719/2012, de 16 de noviembre; 499/2013, de 16 de julio; y 106/2014, de 18 de marzo.

El Tribunal Supremo ha construido sobre este artículo una doctrina que conviene sintetizar con precisión. En primer lugar, la pensión tiene una finalidad exclusivamente reequilibradora: no es alimento, no es indemnización y no es un mecanismo de equiparación patrimonial[8]. Que uno de los cónyuges tenga menos ingresos que el otro no genera automáticamente el derecho a la pensión; es necesario que el desequilibrio traiga causa de la convivencia matrimonial y se produzca como consecuencia de su ruptura. La STS 434/2011, de 22 de junio, descartó expresamente el carácter automático de la pensión a partir de la mera diferencia económica, recordando que el reconocimiento no puede convertirse en un mecanismo igualatorio de economías dispares ni en un instrumento que permita al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal, pues el nivel de vida que el matrimonio adquirió quiebra necesariamente con la ruptura.

[7] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). En adelante, CDPD.

[8] STS (Sala 1.ª, Pleno) núm. 864/2010, de 19 de enero (ECLI: ES: TS:2010:864; RC núm. 52/2006). Esta resolución es la referencia jurisprudencial estructural en materia de pensión compensatoria y ha sido citada de forma reiterada en prácticamente todas las resoluciones posteriores sobre la materia.

En segundo lugar, el desequilibrio debe existir en el momento de la ruptura matrimonial. La STS de 19 de enero de 2010 fijó como doctrina que «el desequilibrio debe existir en el momento de la ruptura matrimonial», estableciendo que las circunstancias del artículo 97 CC cumplen una doble función: son elementos integrantes del desequilibrio y, una vez constatado este, elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión[9]. Esta doble función explica que el catálogo del artículo no opere como una lista cerrada de requisitos, sino como un instrumento de ponderación judicial que se proyecta tanto sobre el «si» como sobre el «cuánto» y el «hasta cuándo» de la pensión.

En tercer lugar, y aquí reside uno de los aspectos de mayor relevancia para el presente trabajo, el Tribunal Supremo construyó la doctrina del juicio prospectivo: para determinar si la pensión debe ser temporal o indefinida, el juez debe valorar si existe «idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado», algo que exige una proyección hacia el futuro sobre las posibilidades reales de quien solicita la pensión de reincorporarse al mercado laboral y alcanzar la autosuficiencia económica[10]. Los pilares de esta doctrina son cuatro: la temporalidad es una posibilidad para el juez o tribunal, no una regla general, y depende de que con ella no se resienta la función reequilibradora; el juicio requiere atender a los factores enunciados en el artículo 97 CC; impone valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio en un tiempo concreto; y debe realizarse con criterios de prudencia y un alto índice de probabilidad. La construcción se condensa en las SSTS 304/2016, 153/2018, 692/2018, 598/2019, 120/2020, 245/2020, 418/2020, 185/2022, 435/2022 y 622/2022.
La STS 838/2022, de 28 de noviembre[11], dictada en un divorcio en el que se discutía la cuantía y duración de la pensión solicitada por la esposa, elevó la pensión a indefinida tras valorar que la actora contaba con 55 años, había permanecido alejada del mercado laboral durante 25 años y carecía de cualificación actualizada. El razonamiento sigue una pauta consolidada: cuando la edad y la duración de la separación del mercado laboral son determinantes, la limitación temporal no se concilia con los requisitos fijados por la jurisprudencia. La doctrina reitera, además, que el establecimiento de un límite temporal exige un juicio realista y prudente sobre la posibilidad de superación del desequilibrio, no una mera proyección optimista.

La construcción jurisprudencial del artículo 97 CC tiene, además, una dimensión temporal que merece ser subrayada. El Tribunal Supremo ha insistido en que la pensión compensatoria no es una figura estática: sus condiciones pueden modificarse cuando se produzca una alteración sustancial en las circunstancias que justificaron su reconocimiento. Esta posibilidad de modificación, prevista en el artículo 100 CC, tiene una incidencia particular en los supuestos de discapacidad, porque la evolución de la condición de salud del acreedor puede alterar tanto las necesidades que justificaban la pensión como las posibilidades de superación del desequilibrio en que se basó su carácter temporal o indefinido. La doctrina jurisprudencial, recogida entre otras

[9] Esta triple negación es una constante de la jurisprudencia. Por todas, STS (Sala 1.ª) núm. 434/2011, de 22 de junio (ECLI: ES: TS:2011:4874), y STS (Sala 1.ª) núm. 713/2015, de 16 de diciembre (ECLI: ES: TS:2015:5216).

[10] STS (Sala 1.ª, Pleno) de 19 de enero de 2010, antes citada. La doble función de los criterios del artículo 97 CC ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores; véase, entre otras, STS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 2010 (ECLI: ES: TS:2010:5714).

[11] La formulación canónica del juicio prospectivo se encuentra en la STS (Sala 1.ª) de 19 de enero de 2010, antes citada, y ha sido reiterada sin variaciones sustanciales en multitud de resoluciones posteriores. Sus pilares se reformulan en SSTS 304/2016, 153/2018, 418/2020 y 622/2022. Sobre la doctrina, véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La duración de la pensión compensatoria», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 37, enero 2023.

en las SSTS de 3 de octubre de 2008, 27de junio de 2011, 23 de enero de 2012 y 17 de marzo de 2014, exige que la alteración sea sustancial, sobrevenida e imprevisible[12].

En este contexto, cabe plantearse qué ocurre cuando la discapacidad es sobrevenida: es decir, cuando no existía en el momento de la ruptura matrimonial, sino que aparece o se agrava con posterioridad. El artículo 97 CC establece que el desequilibrio debe existir al tiempo de la ruptura, lo que plantea la duda de si una discapacidad sobrevenida puede servir de fundamento para una modificación de medidas que incremente la pensión o le otorgue carácter indefinido. La respuesta de la jurisprudencia ha sido matizada: si la discapacidad es consecuencia de una enfermedad preexistente que simplemente se manifiesta o agrava después de la ruptura, puede tener relevancia en sede de modificación; si es completamente nueva e independiente de la situación matrimonial, su conexión causal con el desequilibrio generado por el divorcio es más difícil de sostener. La STS de 7 de marzo de 2018 (recurso 1172/2017) confirmó esta doctrina, aunque, como veremos, su fundamento debe reformularse a la luz del nuevo paradigma.

Desde la perspectiva doctrinal, los autores que han analizado el artículo 97 CC con mayor detenimiento han señalado la tensión entre su función reequilibradora, que mira al pasado, a lo que ocurrió durante el matrimonio y el juicio prospectivo, que mira al futuro, a lo que cabe esperar que ocurra tras la ruptura. JIMÉNEZ LINARES apuntó ya en los años noventa que esta doble dimensión temporal hace del artículo 97 CC una norma compleja por su estructura, en la que el juez no solo valora hechos consolidados, sino que formula pronósticos sobre situaciones futuras inciertas por su naturaleza. DE VERDA Y BEAMONTE ha insistido en que esa incertidumbre es especialmente intensa cuando hay factores de salud o discapacidad, porque la evolución médica de una persona no puede predecirse con el mismo grado de fiabilidad que su trayectoria profesional o patrimonial[13].

2.2. La discapacidad en la jurisprudencia anterior a la reforma

Antes de la Ley 8/2021, cuando la discapacidad de uno de los cónyuges era un elemento relevante del caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la trataba como un factor fáctico que operaba dentro de los parámetros ya establecidos del artículo 97 CC, sin que ello alterase los parámetros conceptuales del juicio. Conceptualmente, la discapacidad del cónyuge acreedor podía operar de dos formas dentro de los criterios del artículo 97 CC. La primera, como elemento que reforzaba la conclusión de que el juicio prospectivo debía ser negativo: si la persona tiene una discapacidad que le impide acceder al mercado laboral, la superación del desequilibrio en un plazo razonable no es previsible, lo que justifica una pensión de carácter indefinido. La segunda, como elemento que incrementaba las necesidades económicas del acreedor, dado que la discapacidad genera gastos adicionales en medicación, terapias, adaptaciones del hogar y, en su caso, en la contratación de apoyos personales.

Ambas operaciones, sin embargo, se realizaban dentro de un marco conceptual implícito que asumía dos premisas. La primera era que la discapacidad equivale a limitación de la capacidad:

[12] STS (Sala 1.ª) núm. 838/2022, de 28 de noviembre de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:4425).

[13] La doctrina jurisprudencial sobre la modificación de medidas se ha consolidado en numerosas resoluciones. Entre las más recientes y relevantes, véanse STS (Sala 1.ª) de 17 de marzo de 2014 (RC 1482/2012) y STS (Sala 1.ª) de 17 de junio de 2015 (Tol 5185813), esta última admitiendo la suspensión transitoria del pago de la pensión durante la incapacidad laboral del deudor.

la persona con discapacidad era vista como alguien cuya autonomía estaba disminuida, lo que se traducía en un menor acceso al mercado laboral y en una mayor necesidad de cuidados. La segunda era que la discapacidad genera, por sí sola, una necesidad de protección que justifica una intervención judicial tutelar: el juez no solo aplica la norma, sino que vela por los intereses de quien, se presume, no puede valerse plenamente por sí mismo. Bajo el nuevo marco de la Ley 8/2021, ambas premisas deben ser revisadas.

Otro aspecto que la jurisprudencia anterior no abordó con suficiente profundidad es la diferencia entre discapacidad física, discapacidad psíquica y discapacidad sensorial a los efectos del artículo 97 CC. Las tres pueden generar desequilibrio y necesidades adicionales, pero su impacto sobre el juicio prospectivo es radicalmente diferente. Una discapacidad motora severa puede ser perfectamente compatible con una vida profesional activa si el entorno de trabajo está adaptado; una discapacidad intelectual puede hacer imposible el acceso a ciertos empleos, pero no a otros; una discapacidad sensorial como la sordera o la ceguera puede, con los apoyos tecnológicos adecuados, tener un impacto muy limitado sobre la empleabilidad. La jurisprudencia anterior trataba todas estas situaciones como un único bloque, lo que daba lugar a una valoración insuficientemente detallada.

En definitiva, la jurisprudencia anterior a la Ley 8/2021 trataba la discapacidad como un dato fáctico que el juez incorporaba al análisis sin cuestionarse el marco conceptual desde el que lo hacía. Ese marco era, implícitamente, el del modelo de sustitución: la persona con discapacidad era alguien cuya autonomía estaba disminuida, lo que se reflejaba en menores posibilidades laborales y mayores necesidades de cuidado. El cambio que introduce la Ley 8/2021 no modifica los hechos, una persona con una discapacidad severa sigue teniendo las mismas limitaciones físicas o psíquicas, pero sí cambia la forma en que el Derecho debe mirarlos.

3. La Ley 8/2021 y el nuevo estatuto de la persona con discapacidad

3.1. Del modelo de sustitución al modelo de apoyos

La Ley 8/2021 supone la culminación de un proceso de adaptación del ordenamiento español a las exigencias de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que desde su ratificación en 2008 obligaba a España a adecuar su legislación a un modelo radicalmente diferente del tradicional. El artículo 12 de la Convención proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y que los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en su ejercicio. La interpretación auténtica de este artículo se halla en la Observación General núm. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[14], que abandona el modelo de sustitución en la toma de decisiones y exige a los Estados Partes su sustitución por modelos de apoyo que respeten la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

Frente al anterior sistema, que giraba en torno a la incapacitación judicial y a figuras como la tutela, que colocaban al tutor en posición de sustituir al incapaz en la toma de decisiones, la Ley

[14] Véase JIMÉNEZ LINARES, M.J., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 89 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 334 ss.

8/2021 construye un modelo en el que la persona con discapacidad conserva siempre su capacidad jurídica plena. Lo que puede necesitar, y lo que el ordenamiento le reconoce, son apoyos para ejercerla: personas o instituciones que le asistan, informen, orienten o, excepcionalmente y con controles reforzados, actúen en su nombre cuando ello sea estrictamente necesario y así lo prevea una curatela representativa establecida judicialmente.
La reforma elimina la antigua tutela para los mayores de edad y la incapacitación judicial como categoría. En su lugar, el sistema articula un abanico de instrumentos que van desde los más informales: el guardador de hecho, hasta los más formalizados: la curatela representativa, pasando por figuras de configuración voluntaria como los poderes preventivos y la autocuratela. En todos los casos, el principio principal es la prioridad de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. El artículo 249 CC, reformulado por la Ley 8/2021, sintetiza estos principios: las medidas de apoyo se dirigen a permitir el desarrollo pleno de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad; respetan a la dignidad y a los derechos fundamentales; las de origen legal o judicial son subsidiarias frente a las voluntarias; siguen los principios de necesidad y proporcionalidad; y atienden, en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona[15].

Cuando, pese a un esfuerzo considerable, no sea posible determinar esa voluntad, las medidas podrán incluir funciones representativas, en cuyo caso quien las ejerza deberá tomar la decisión que la persona habría adoptado a partir de su trayectoria vital, sus creencias y sus valores. Esta cláusula, que la doctrina ha denominado «cláusula de mejor interpretación de la voluntad», está llamada a tener una proyección decisiva sobre la interpretación de los pactos en convenio regulador suscritos por personas con discapacidad sobrevenida[16].

3.2. Los instrumentos de apoyo y su incidencia patrimonial

El sistema de apoyos de la Ley 8/2021 tiene una incidencia directa sobre la esfera patrimonial de la persona con discapacidad que resulta relevante a los efectos del artículo 97 CC. Los poderes preventivos y la autocuratela permiten a la persona, mientras tiene plenas facultades de comprensión, diseñar de antemano el sistema de apoyo que desea para cuando pueda necesitarlo. La curatela representativa, por su parte, se configura como un instrumento de *ultima ratio*: solo procede cuando la persona no puede ejercer su capacidad jurídica ni siquiera con apoyos menos intensos, y la resolución judicial que la establece debe determinar con precisión los actos para los que el curador actúa en nombre de la persona[17].

El guardador de hecho, figura que la Ley 8/2021 regula ahora con mucho más detalle que antes, es relevante porque en muchos casos el propio cónyuge ha venido desempeñando ese papel respecto de la persona con discapacidad. Cuando la relación matrimonial se rompe, esa función

[15] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 1 (2014), aprobada el 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1. Esta Observación constituye la interpretación auténtica del artículo 12 de la Convención y ha sido utilizada como criterio interpretativo por el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS (Sala 1.ª, Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre.

[16] Sobre los principios rectores del nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil, véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 89 ss.

[17] La cláusula de mejor interpretación de la voluntad ha sido objeto de análisis específico por PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 214 ss.

de apoyo informal puede desaparecer, lo que incrementa las necesidades de la persona con discapacidad y puede tener consecuencias directas sobre el desequilibrio económico del artículo 97 CC. El nuevo artículo 263 CC permite, además, que el guardador de hecho realice ciertos actos en nombre de la persona, lo que tiene relevancia para la interlocución con instituciones, la gestión de prestaciones y, en general, la administración ordinaria del patrimonio de la persona apoyada[18].

Existe, además, una arquitectura de protección patrimonial específica que la reforma de 2021 ha mantenido y modulado: el patrimonio especialmente protegido regulado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad[19]. Este patrimonio, afecto exclusivamente a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, está sometido a un régimen de tutela específico, incluida la supervisión del Ministerio Fiscal y, según la mayoría de la doctrina, no debe computarse a los efectos del juicio de desequilibrio del artículo 97 CC ni de la liquidación del régimen económico matrimonial.

La articulación de todos estos instrumentos genera una arquitectura compleja. La persona con discapacidad puede, simultáneamente, estar asistida por un guardador de hecho informal para los actos cotidianos, contar con una curatela representativa para determinados actos de disposición patrimonial, ser titular de un patrimonio especialmente protegido, beneficiaria de un poder preventivo otorgado en su día, y haber dispuesto la designación de un autocurador. Cuando esa misma persona se ve inmersa en un proceso de divorcio, todos esos instrumentos despliegan sus efectos y deben ser tomados en consideración por el juez que aplica el artículo 97 CC.

3.3. Modificaciones procesales relevantes para los procesos de familia

Más allá del cambio conceptual, la Ley 8/2021 introdujo modificaciones concretas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que afectan directamente al proceso de divorcio cuando hay personas con discapacidad implicadas. El nuevo artículo 7 bis LEC regula las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, estableciendo que se llevarán a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en que resulte necesario[20]. Esta previsión obliga al órgano judicial a adoptar, de oficio o a instancia de parte, los ajustes razonables que permitan a la persona con discapacidad participar plenamente en el proceso, comprender el alcance de las decisiones que se adoptan y emitir un consentimiento informado cuando proceda.

[18] Sobre el carácter de*ultima ratio* de la curatela representativa, véase la STS (Sala 1.ª, Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ECLI: ES: TS:2021:3276; RC 4187/2019), primera resolución dictada en aplicación de la Ley 8/2021 y reiterada en STS (Sala 1.ª) núm. 706/2021, de 19 de octubre (ECLI: ES: TS:2021:3770).

[19] Sobre el nuevo régimen de la guarda de hecho como medida de apoyo formal y los problemas prácticos de su acreditación, véase ampliamente LUQUE JIMÉNEZ, M.C., «Cuando el cuidado se vuelve Derecho: la guarda de hecho en España tras la Ley 8/2021», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2026, pp. 227-269.

[20] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003). El régimen del patrimonio especialmente protegido se halla en los artículos 1 a 9 de esta Ley.

Las adaptaciones específicamente reguladas incluyen comunicaciones en lenguaje claro, sencillo y accesible, con uso de lectura fácil cuando proceda; participación de un facilitador profesional experto; acompañamiento de la persona con discapacidad por una persona de su elección desde el primer contacto con autoridades y funcionarios; y tramitación preferente cuando interviene una persona de 80 o más años, conforme a la extensión introducida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. La doctrina ha subrayado que estos ajustes procedimentales no se identifican exactamente con los ajustes razonables del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad: los ajustes procedimentales son más amplios y no admiten la limitación de carga desproporcionada propia de los ajustes razonables[21].

Asimismo, la Ley 8/2021 modificó el artículo 749 LEC para exigir la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales cuando hay personas con discapacidad. La presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de divorcio en que una de las partes es persona con discapacidad sobrevenida garantiza la salvaguarda de su voluntad, deseos y preferencias y la fiscalización del convenio regulador. Para el régimen del convenio regulador, la modificación más relevante es la que afecta al artículo 90 CC: cuando alguno de los cónyuges tenga una discapacidad, el juez debe verificar con especial cuidado que el convenio no es lesivo para ese cónyuge, pero esa verificación debe hacerse desde el respeto a su autonomía de la voluntad, no desde la presunción de que no ha podido consentir válidamente.

También se han modificado, por la Ley 8/2021, los artículos 81, 82, 90, 94, 96, 1387 y 1393 CC, entre otros, en aspectos puntuales pero significativos para el derecho de familia. El nuevo artículo 96 CC equipara los hijos mayores con discapacidad a los menores a efectos del uso de la vivienda familiar, lo que tiene incidencia indirecta sobre el juicio del artículo 97 CC: cuando uno de los cónyuges debe asumir el cuidado prolongado de un hijo con discapacidad, su capacidad real de incorporarse al mercado laboral disminuye notablemente, factor que debe integrarse en el juicio prospectivo. La nueva redacción del artículo 94, párrafo segundo, contempla además el establecimiento del régimen de visitas y comunicación respecto de los hijos mayores con discapacidad que precisen apoyo, en el marco del propio procedimiento matrimonial.

Finalmente, en el ámbito notarial y registral, el artículo 1 de la Ley del Notariado, en su nueva redacción, prevé que las personas con discapacidad puedan utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que precisen al comparecer ante notario, incluyendo lectura fácil, pictogramas, lengua de signos y sistemas de comunicación táctil. Los artículos 54 y 56 de la propia Ley del Notariado, que regulan el divorcio notarial, exigen la intervención judicial cuando existan hijos mayores con medidas de apoyo atribuidas a los progenitores, lo que repercute en la posibilidad de pactar pensión compensatoria por vía notarial.

4. Incidencia de la Ley 8/2021 sobre los factores del artículo 97 CC

[21] Artículo 7 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Ley 8/2021 y modificado por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. Sobre los ajustes procedimentales, véase ÁRAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1184 ss.; y MARTÍN PÉREZ, «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento», en PEREÑA VICENTE, M. (coord.), La justicia accesible para las personas con discapacidad, CEPC, Madrid, 2022, passim.

El artículo 97 CC enumera, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, nueve circunstancias, que son *numerus apertus*, que el juez debe ponderar. La lectura conforme a la Convención y a la Ley 8/2021 modula cada uno de ellos cuando concurre discapacidad sobrevenida. A continuación, se examinan los factores con mayor incidencia para el problema que nos ocupa, sin perjuicio de que los restantes, particularmente, los referidos a la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con las actividades del otro cónyuge, la duración del matrimonio y la pérdida eventual de un derecho de pensión, deban también leerse a la luz del nuevo marco.

4.1. La edad y el estado de salud: el modelo social aplicado

El factor segundo del artículo 97 CC: la edad y el estado de salud de los cónyuges, es el que de manera más inmediata recoge la situación de discapacidad. En la jurisprudencia anterior a la reforma, cuando este factor se aplicaba a un cónyuge con discapacidad, el razonamiento tendía a ser el siguiente: la discapacidad reduce la capacidad laboral y aumenta los gastos, lo que hace previsible que el desequilibrio no pueda ser superado, lo que a su vez justifica una pensión indefinida. Este razonamiento no es incorrecto en sí mismo, pero bajo el nuevo marco debe ser modulado.

El estado de salud, incluida la discapacidad, sigue siendo un elemento relevante, pero ya no puede ser leído como sinónimo de incapacidad para valerse por sí mismo o para participar en el mercado laboral. La Ley 8/2021 insiste en que la discapacidad no priva a la persona de autonomía; lo que hace es generar la necesidad de apoyos. El juicio sobre si el cónyuge con discapacidad puede superar el desequilibrio no puede realizarse ya en abstracto, sino tomando en consideración qué apoyos tiene o puede tener y cómo esos apoyos inciden sobre su situación real. El modelo social de la discapacidad, asumido por la Convención de Nueva York en su artículo 1, párrafo segundo, define la discapacidad como la interacción entre la deficiencia y las barreras del entorno. La salud, en este marco, no es un dato meramente médico, sino una construcción jurídica relacional que incorpora las barreras del entorno[22].

Las consecuencias prácticas de esta relectura son tres. En primer lugar, el tribunal no puede limitarse a constatar la existencia de una discapacidad y a inferir de ella, sin más, una imposibilidad de acceso al mercado laboral; debe valorar la discapacidad en su contexto real, atendiendo a los apoyos disponibles y a las barreras específicas. En segundo lugar, la valoración debe ser dinámica: la discapacidad no es un estado fijo, y su evolución previsible debe ser parte del juicio prospectivo. En tercer lugar, la discapacidad del cónyuge deudor no extingue automáticamente la pensión compensatoria del acreedor, como ha confirmado la STS 1593/2024: las prestaciones públicas que el deudor pueda percibir por su discapacidad, incapacidad permanente, gran invalidez, no eliminan el desequilibrio causado por la ruptura matrimonial.

4.2. La cualificación profesional y el acceso al empleo: ajustes razonables

El factor tercero del artículo 97 CC: la cualificación profesional y las probabilidades de acceso al empleo del beneficiario, es el que más directamente determina el contenido del juicio

[22] La distinción entre ajustes razonables del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y ajustes procedimentales del artículo 7 bis LEC es relevante porque los segundos no admiten la limitación de carga desproporcionada propia de los primeros. Sobre esta cuestión, MARTÍN PÉREZ, «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento», CEPC, 2022.

prospectivo. Cuando el cónyuge acreedor tiene una discapacidad, la valoración de este factor exige ahora tener en cuenta el deber de los empleadores de realizar ajustes razonables. Este deber implica que el acceso al empleo de una persona con discapacidad no puede valorarse en abstracto: el ordenamiento obliga a los empleadores a adaptar el puesto de trabajo cuando ello sea posible sin que suponga una carga desproporcionada[23]. El juez que realiza el juicio prospectivo sobre las posibilidades laborales del cónyuge con discapacidad no puede ignorar este marco normativo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reforzado este planteamiento en una resolución reciente. La STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*, interpreta la Directiva 2000/78/CE a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales y de los artículos 2 y 27 de la Convención de Nueva York. Conforme a esta resolución, la extinción automática del contrato de trabajo por incapacidad permanente, sin que el empleador haya intentado los ajustes razonables, resulta contraria al Derecho de la Unión. La Ley 2/2025, de 29 de abril, ha modificado el artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores para incorporar esta doctrina al ordenamiento interno. La proyección sobre el artículo 97 CC es directa: el juicio prospectivo no puede asumir, sin más, que la discapacidad sobrevenida del cónyuge le impide acceder al mercado laboral; debe integrar los ajustes razonables exigibles.

Ello no significa que la existencia de ajustes razonables garantice el acceso al empleo, ni que el juicio prospectivo deba ser siempre optimista cuando hay discapacidad. Lo que significa es que la valoración debe ser más matizada: debe tomar en consideración la naturaleza específica de la discapacidad, los apoyos disponibles y las condiciones del mercado laboral en el sector en que el cónyuge podría integrarse. Y debe contrastarse con las cifras estructurales: como se ha indicado en la introducción, la tasa de empleo de las personas con discapacidad en España es del 28,9 % frente al 69,7 % de las personas sin discapacidad, con una brecha que supera los 40 puntos porcentuales. Estos datos objetivan la dificultad real de acceso al mercado laboral y deben integrarse en el juicio prospectivo: una proyección judicial que asuma la fácil empleabilidad del cónyuge con discapacidad, en ausencia de elementos específicos que la respalden, estará en tensión con la realidad estadística.

4.3. Las necesidades de los cónyuges: el coste de los apoyos

El factor octavo del artículo 97 CC: el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, es el que tiene mayor capacidad de absorber las novedades que introduce la Ley 8/2021 desde el punto de vista de la cuantificación de la pensión. Bajo el nuevo marco, las necesidades del cónyuge con discapacidad comprenden tambiény de forma expresa, el coste de los apoyos que necesita para ejercer su capacidad jurídica. Cuando la ruptura matrimonial supone la pérdida del apoyo informal que prestaba el cónyuge, algo que ocurre con frecuencia, especialmente cuando uno de ellos ha venido actuando como guardador de hecho del otro, ese apoyo deberá ser cubierto por medios formales: curatela, asistente personal u otros servicios de apoyo cuya contratación tiene un coste económico real.

[23] Sobre el modelo social de la discapacidad y su incidencia sobre la interpretación del Derecho civil, véanse PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-Cinca, Madrid, 2008, pp. 122 ss.; y BARIFFI, F.J. (dir.), *El futuro de la capacidad jurídica: hacia un modelo de apoyos para personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020, passim.

La consecuencia práctica de este razonamiento puede ser significativa: el desequilibrio económico del cónyuge con discapacidad no se mide solo por la pérdida de ingresos o la diferencia de patrimonio, sino también por el incremento de sus necesidades de apoyo que genera la ruptura. Dos cónyuges con ingresos similares pueden generar un desequilibrio real si uno de ellos necesita apoyos formales que antes eran gratuitos y ahora deben ser contratados. Esta reformulación de las necesidades, desde una concepción puramente consumista hacia una concepción que integra los apoyos, se halla respaldada por el artículo 19 de la Convención, que reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Los apoyos previstos por la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, son elementos que integran el cómputo de los medios económicos y de las necesidades.

La cuantificación práctica de estos costes plantea problemas que la jurisprudencia debe abordar con criterios homogéneos. El coste medio de un asistente personal a tiempo completo, el coste de las terapias específicas, el coste de las adaptaciones de la vivienda, el coste de la medicación no financiada, son partidas que pueden documentarse razonablemente y que conforman el contenido económico real del desequilibrio. El juez que conoce de un proceso de divorcio en que una de las partes es persona con discapacidad debe, por tanto, exigir la acreditación de estos costes y no limitarse a presumirlos o a ignorarlos.

4.4. La cláusula abierta: instrumentos de apoyo formales

El artículo 97 CC cierra su catálogo de circunstancias con una cláusula residual que permite al juez tener en cuenta «cualquier otra circunstancia relevante». Es necesariamente aquí donde el impacto de la Ley 8/2021 puede manifestarse de forma más clara. La existencia de instrumentos de apoyo formales sobre el cónyuge con discapacidad, una curatela representativa, unos poderes preventivos en vigor, o la designación formal de un guardador de hecho, es un dato relevante que puede operar en dos direcciones: confirmar que la persona necesita apoyos intensos, lo que refuerza la valoración de sus necesidades, o constatar que los apoyos bien estructurados mejoran la situación económica de la persona con discapacidad.
En esta cláusula abierta deben también integrarse otros elementos relevantes a la luz del nuevo marco. El primero es la existencia y régimen del patrimonio especialmente protegido regulado por la Ley 41/2003: aunque, como se ha indicado, la mayoría de la doctrina entiende que este patrimonio está afecto a la satisfacción de las necesidades vitales y se rige por un régimen tuitivo específico que lo aísla, en buena medida, del régimen económico matrimonial común y del juicio de desequilibrio, su existencia es un dato que el juez debe ponderar al valorar el conjunto de la situación económica del cónyuge con discapacidad. El segundo es la doble discriminación que pueden sufrir las mujeres con discapacidad, factor que las Observaciones Finales del Comité CDPD a España de 2019 han subrayado expresamente y que debe integrarse en el juicio del artículo cuando proceda.

4.5. La autonomía del cónyuge con discapacidad en el convenio regulador

Una de las consecuencias más importantes de la Ley 8/2021 para el derecho de familia patrimonial es la que afecta a la autonomía de la voluntad del cónyuge con discapacidad en la configuración del convenio regulador. Bajo el modelo anterior existía una tendencia, a veces explícita, a veces implícita, a cuestionar la validez de su consentimiento o a presumir que necesitaba una protección especial que podía justificar la revisión judicial de los acuerdos

alcanzados. Bajo el nuevo marco, esa presunción es inaceptable. La persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica y puede negociar y suscribir un convenio regulador con la misma validez que cualquier otro cónyuge.

Si el cónyuge con discapacidad renuncia a la pensión compensatoria en el convenio regulador, esa renuncia es válida y no puede ser reexaminada judicialmente con el argumento de que la discapacidad pudo afectar a la comprensión de sus implicaciones. El control judicial debe verificar que el consentimiento fue prestado con garantías suficientes, incluidos los ajustes razonables del artículo 7 bis LEC y, en su caso, los apoyos previstos por la Ley 8/2021, no sustituir el juicio de la persona por el del juez. En la práctica forense, los letrados que asesoran a cónyuges con discapacidad deben asegurarse de que sus clientes comprenden las implicaciones de lo que suscriben y cuentan con los apoyos necesarios para ello.

Esto no significa, por supuesto, que el control judicial del artículo 90 CC quede neutralizado cuando una de las partes es persona con discapacidad. La cláusula del artículo 90, párrafo II, que permite al juez no aprobar los acuerdos «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», sigue plenamente vigente. Lo que cambia es el parámetro de la verificación: el juez no debe presumir el carácter lesivo del acuerdo por el solo hecho de la discapacidad, pero sí debe verificar con especial cuidado que el contenido del pacto refleja efectivamente la voluntad, deseos y preferencias del cónyuge afectado y que las circunstancias en que se prestó el consentimiento garantizaron su libre formación.

El derecho catalán ofrece, en este punto, una solución normativa particularmente interesante. El artículo 233-16.2 del Código civil de Cataluña dispone que los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor. Esta regla, que en derecho común podría inferirse del artículo 90.II CC interpretado conforme a la Convención, establece un equilibrio razonable entre la autonomía de la voluntad y la protección del cónyuge económicamente débil. Aplicada al caso del cónyuge con discapacidad, la regla cobra una relevancia particular: una renuncia que comprometa la atención a sus necesidades básicas, incluido el coste de los apoyos, sería ineficaz incluso cuando se hubiese suscrito con plena conciencia de sus consecuencias[24].

La cuestión más compleja es la del convenio regulador suscrito por una persona con discapacidad sobrevenida sin las medidas de apoyo necesarias. La supresión del requisito de la capacidad de obrar del antiguo artículo 1263.2.º CC, ya inexistente tras la reforma y la nueva regulación de los artículos 1301 y siguientes CC sobre anulabilidad de los contratos celebrados por personas con medidas de apoyo establecen un régimen específico que ha sido analizado por la doctrina. La nulidad o anulabilidad del convenio regulador exige, en todo caso, la prueba de que la falta de apoyo se proyectó causalmente sobre el contenido del pacto y de que este resulta dañoso para el cónyuge con discapacidad.

Tres cuestiones merecen, finalmente, atención específica en relación con el régimen económico matrimonial. La primera es la relación entre el artículo 1438 CC (compensación por trabajo

[24] STJUE de 18 de enero de 2024, *Ca Na Negreta*, asunto C-631/22, ECLI: EU: C:2024:53. La sentencia interpreta los artículos 5 y 16 de la Directiva 2000/78/CE a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de Nueva York. Como precedente, STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20. Sobre su impacto en el Derecho español, véase la modificación del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril.

doméstico en régimen de separación de bienes) y la pensión compensatoria del artículo 97 CC. La jurisprudencia ya consolidada en numerosas resoluciones: SSTS de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014, 26 de marzo de 2015 (Pleno), 14 de abril de 2015, 11 de diciembre de 2019 y, más recientemente, 21 de febrero de 2024 y 17 de octubre de 2023, ha establecido la compatibilidad de ambas figuras. La discapacidad sobrevenida del cónyuge perceptor refuerza la procedencia de ambas prestaciones cuando concurren los presupuestos respectivos. La segunda es la liquidación de la sociedad de gananciales con un cónyuge con discapacidad: la nueva redacción de los artículos 1387 y 1393 CC, derivada de la Ley 8/2021, exige adaptaciones específicas. La tercera es el patrimonio especialmente protegido de la Ley 41/2003, ya analizado: este patrimonio está afecto a la satisfacción de las necesidades vitales y se rige por un régimen tuitivo específico que lo aísla, en buena medida, del régimen económico matrimonial común y del juicio de desequilibrio del artículo 97 CC.

5. Análisis jurisprudencial: aplicación judicial del artículo 97 CC en supuestos de discapacidad

5.1. La discapacidad como factor cuantitativo: STS 549/2020

La STS (Sala 1.ª) núm. 549/2020, de 22 de octubre de 2020[25], resolvió un proceso de divorcio en el que la esposa, de 56 años en el momento de la sentencia, tenía reconocida una discapacidad del 37 % derivada de hernias discales que condicionaban severamente su actividad física y, con ella, su acceso al mercado laboral. El matrimonio había durado 25 años. El Tribunal Supremo fijó una pensión compensatoria de carácter indefinido. El argumento central fue que la discapacidad de la esposa, unida a su edad y a la naturaleza de su cualificación profesional, hacía que el juicio prospectivo sobre la superación del desequilibrio debiese ser negativo: no existían perspectivas reales de que la esposa pudiese reincorporarse al mercado laboral en condiciones de superar el desequilibrio generado por el divorcio.

La sentencia es un buen ejemplo del tratamiento jurisprudencial típico de la discapacidad en el contexto del artículo 97 CC: la discapacidad opera como elemento que confirma y refuerza la conclusión a la que ya apuntaban otros factores, la edad, la duración del matrimonio, la falta de cualificación actualizada. No hay en la resolución ninguna reflexión sobre el modelo jurídico de discapacidad, ni sobre qué apoyos[26] tenía o podría tener la esposa, ni sobre cómo esos apoyos incidirían en su situación económica. La lectura es, en clave conceptual, plenamente tradicional: la discapacidad como dato fáctico que impide la incorporación al mercado laboral.

Conviene precisar que esta sentencia es anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. La crítica que aquí se formula no pretende reprochar al Tribunal Supremo que no aplicase una norma que aún no existía, sino poner de relieve que, una vez vigente la Ley 8/2021, un caso análogo debería ser abordado de forma diferente. Concretamente, el tribunal debería: primero, integrar en el juicio prospectivo el dato de los ajustes razonables exigibles a los empleadores; segundo, valorar

[25] Artículo 233-16.2 del Código civil de Cataluña, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. La regla armoniza la autonomía de la voluntad con la protección del cónyuge económicamente débil y constituye un modelo normativo cuya proyección sobre el derecho común se defiende en el texto.

[26] Sobre el régimen italiano de la *amministrazione di sostegno* y su proyección sobre el procedimiento matrimonial, véase Cassazione, Sezioni Unite, sentencia núm. 18287, de 11 de julio de 2018; y Tribunale di Milano, sezione IX, decreto de 19 de febrero de 2014 y de 14 de noviembre de 2014.

específicamente qué apoyos tenía la esposa y cómo la ruptura matrimonial los afectaba; tercero, contrastar las perspectivas teóricas de empleabilidad con las cifras estructurales del mercado laboral para personas con discapacidad.

La cuantificación de la pensión en este tipo de supuestos también merece reflexión. La STS 549/2020 no aborda específicamente el coste de los apoyos como partida computable dentro de las necesidades de la cónyuge acreedora. Bajo el nuevo marco, una sentencia análoga debería incluir esa partida, que en el caso concreto podría haber comprendido tratamientos rehabilitadores no cubiertos por la sanidad pública, eventuales adaptaciones de la vivienda, ayudas técnicas y, en su caso, asistencia personal y computarla a efectos de fijar la cuantía de la prestación.

5.2. Ambos cónyuges con discapacidad: STS 360/2022

La STS (Sala 1.ª) núm. 360/2022, de 4 de mayo de 2022[27], resolvió un caso de notable complejidad: ambos cónyuges tenían reconocida una discapacidad, ella del 85 % y él del 50 %, y el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. La instancia había denegado la pensión compensatoria; la Audiencia Provincial, revocando esa decisión, la fijó en 2.000 euros mensuales con carácter indefinido. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el esposo y redujo la pensión a 1.000 euros mensuales, también con carácter indefinido.

El razonamiento del Tribunal Supremo es revelador. El grado de discapacidad de la esposa: el 85 % es utilizado como elemento que, dentro del factor residual del artículo 97 CC, refuerza la conclusión de que existe desequilibrio y de que este tiene carácter indefinido. La Sala razona expresamente que la finalidad de la pensión no es equiparar patrimonios sino colocar al cónyuge más desfavorecido en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, recordando la doctrina de la STS 236/2018, de 17 de abril, y conectando esta lectura con el doctrina previa.

Lo que la sentencia no aborda es la situación del esposo deudor, que tiene una discapacidad del 50 %. Su discapacidad, que también supone gastos adicionales y puede limitar sus ingresos, aparece en los hechos del proceso, pero no es objeto de valoración específica como factor limitador de su capacidad contributiva. Bajo el nuevo marco de la Ley 8/2021, este caso plantea preguntas adicionales que el Tribunal no se formuló: la esposa, con una discapacidad del 85 %, probablemente tiene establecido, o necesita, algún tipo de apoyo formal o informal. Si ese apoyo era prestado por el propio marido durante la convivencia, la ruptura matrimonial implica su desaparición y la necesidad de sustituirlo por apoyos formales de coste económico real.

La cuantificación de la pensión (1.000 euros mensuales) tampoco aparece justificada con referencia específica a los costes de los apoyos. La sentencia razona en términos de necesidades genéricas del cónyuge perceptor y de capacidad económica del cónyuge deudor, pero no desglosa el coste específico de los apoyos que la ruptura hace necesarios. Una sentencia análoga bajo el nuevo marco debería integrar este desglose, tanto para asegurar una cuantificación adecuada

[27] STS (Sala 1.ª) núm. 549/2020, de 22 de octubre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3393; RC núm. 6333/2019). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. La resolución fija pensión compensatoria indefinida tras valorar que las posibilidades de acceso al mercado laboral de la esposa, dada su discapacidad y edad, eran muy reducidas.

como para hacer transparente el razonamiento judicial. La transparencia metodológica, además, facilitaría la futura modificación de la pensión si las circunstancias variasen, por ejemplo, si la discapacidad evolucionase o si el coste de los apoyos se incrementase.

5.3. El cónyuge deudor con gran invalidez: STS 1593/2024

La STS (Sala 1.ª) núm. 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024[28], aunque no está centrada primariamente en la discapacidad como concepto jurídico, presenta un supuesto de hecho de notable interés para el presente análisis. El esposo deudor percibía una pensión por gran invalidez de 2.300 euros mensuales y no podía trabajar; durante el matrimonio había padecido problemas de visión, alcoholismo y drogodependencia, por lo que la esposa había desempeñado un papel fundamental en su cuidado, además de dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos. La esposa, que carecía de cualificación profesional y de ingresos propios, solicitó pensión compensatoria. Es relevante señalar que la prestación de gran invalidez (denominada gran incapacidad tras la Ley 2/2025, de 29 de abril) incorpora un complemento expresamente destinado a remunerar a la persona que presta la asistencia personal al beneficiario, lo que aporta un matiz adicional al análisis económico del supuesto: una parte de la prestación que percibía el esposo retribuía, en términos legales, la asistencia que durante el matrimonio había venido prestando la esposa. La instancia se la concedió; la Audiencia Provincial de Córdoba la suprimió; el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia, la restablece con carácter indefinido.

El caso plantea de forma explícita la cuestión de si la situación de gran invalidez del deudor impide el reconocimiento de la pensión compensatoria, o, dicho de otro modo, si el hecho de que el cónyuge deudor sea perceptor de una pensión por discapacidad atenúa su obligación de compensar el desequilibrio económico que ha sufrido el cónyuge acreedor. La respuesta del Tribunal Supremo es negativa: el artículo 97 CC no exige que el deudor tenga una posición económica holgada, sino que exista desequilibrio en favor del acreedor. La Sala fija expresamente que el desequilibrio sufrido por la recurrente es patente y que su edad y falta de cualificación académica y profesional limitan de manera evidente su inserción en el mercado laboral y su capacidad para generar de forma personal e independiente recursos económicos suficientes.

Más relevante aún para el presente análisis es la afirmación del Tribunal Supremo de que la pensión compensatoria no depende de que el cónyuge perjudicado pueda acceder a ayudas públicas: el fundamento de la compensación es corregir el desequilibrio causado por la separación o divorcio, no suplirlo con recursos estatales. Esta distinción es esencial para el problema que abordamos. Aplicada al supuesto inverso: el cónyuge perceptor de la pensión es la persona con discapacidad, la doctrina conduce a una conclusión simétrica y de extraordinaria importancia: la percepción de prestaciones derivadas de incapacidad permanente, gran invalidez o pensión no contributiva por parte del cónyuge acreedor no puede operar como factor automático de extinción o rebaja de la compensatoria, sino como elemento a integrar en el conjunto del juicio del artículo 97 CC. Las prestaciones públicas atienden a situaciones de vulnerabilidad estructural; la pensión compensatoria atiende al deterioro causado por la ruptura del proyecto matrimonial. Ambas instituciones operan en planos distintos y son compatibles.

[28] STS (Sala 1.ª) núm. 360/2022, de 4 de mayo de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:1720; RC núm. 5270/2019). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

La STS 1592/2024, de la misma fecha[29], refuerza este planteamiento en un caso paralelo en el que la Audiencia de Madrid había reducido una pensión inicial de 900 a 450 euros mensuales tras un matrimonio de 37 años de dedicación exclusiva al hogar; el Tribunal Supremo eleva la pensión a indefinida con cuantía superior a la fijada en primera instancia, atendiendo a la imposibilidad real de la esposa de acceder al mercado laboral. La conjunción de ambas resoluciones, dictadas en la misma fecha, marca una tendencia jurisprudencial clara: la Sala Primera, al analizar casos en que la edad, la salud y la dedicación a la familia se entrelazan, refuerza el carácter indefinido de la pensión y la independencia entre las prestaciones públicas y la compensatoria.

5.4. Valoración crítica: lo que el Tribunal Supremo no ha dicho aún

El recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite identificar con claridad un patrón: la discapacidad del cónyuge, sea acreedor o deudor, ha sido tratada como un elemento fáctico que opera dentro de los parámetros ya establecidos del artículo 97 CC, sin que el Tribunal se haya planteado si el cambio en el estatuto jurídico de la persona con discapacidad exige una revisión de esos parámetros. Ello tiene una explicación temporal obvia: las sentencias que han abordado la cuestión con mayor detenimiento son anteriores a la Ley 8/2021, y las posteriores no han tenido todavía ocasión de enfrentarse a casos en que la reforma fuese materialmente relevante.

Lo que la jurisprudencia no ha dicho aún, y lo que debería decir, puede resumirse en tres proposiciones. Primera: el juicio prospectivo sobre la superación del desequilibrio no puede realizarse como si la discapacidad fuese un estado estático de limitación, sino que debe tener en cuenta los apoyos disponibles y el deber de ajuste razonable de los empleadores, con apoyo en la doctrina del TJUE en *Ca Na Negreta*. Segunda: el coste de los apoyos formales que la ruptura matrimonial hace necesarios es una necesidad específica del cónyuge con discapacidad que debe computarse en el desequilibrio. Tercera: la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en la configuración del convenio regulador debe ser respetada y no puede presumirse limitada por la mera existencia de una discapacidad. Es probable que las próximas resoluciones del Tribunal Supremo, conforme la realidad litigiosa vaya planteando casos en los que estas cuestiones sean determinantes, incorporen estos planteamientos.

6. La dimensión convencional: el artículo 12 CDPD como parámetro interpretativo

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que proclama la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, no es solo el fundamento de la Ley 8/2021: es también un parámetro interpretativo propio para la interpretación del artículo 97 CC. La Convención forma parte del ordenamiento interno desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008 y es directamente aplicable por los tribunales españoles en virtud del artículo 96 de la Constitución. Por la vía del artículo 10.2 CE, además, la Convención opera como criterio interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

[29] STS (Sala 1.ª) núm. 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024 (ECLI: ES: TS:2024:6107; RC núm. 2429/2024). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez. Sentencia procedente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicó en 2014 la Observación General núm. 1 sobre el artículo 12 de la Convención. En ella, el Comité afirma con claridad que los sistemas de sustitución en la toma de decisiones son incompatibles con el artículo 12 CDPD. Esta posición ha generado un debate doctrinal sobre el alcance de las obligaciones convencionales de España, pero el principio que subyace es claro: las personas con discapacidad tienen derecho a que se respete su voluntad y sus preferencias incluso cuando necesitan apoyos intensos para formarlas y expresarlas. La Observación distingue, además, entre capacidad jurídica y capacidad mental, exige la sustitución del modelo de toma de decisiones sustitutiva por el modelo de toma de decisiones apoyada y reclama la abolición de toda restricción fundada en discapacidad[30].

La proyección sobre el artículo 97 CC se manifiesta en dos planos. En primer lugar, la pensión compensatoria es un derecho económico que la persona con discapacidad ejerce en igualdad de condiciones; el artículo 12.5 de la Convención obliga expresamente a garantizar el control de los propios asuntos económicos. En segundo lugar, las decisiones sobre la pensión: su renuncia, su modulación, su modificación, deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, lo que se traduce en el control judicial intensificado del convenio regulador y en la obligación del juez de adoptar las medidas necesarias para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad en condiciones de igualdad.

Una interpretación del artículo 97 CC que presupongan que la persona con discapacidad no puede gestionar sus propios asuntos económicos, o que no puede prestar un consentimiento válido en el convenio regulador, sería incompatible con el artículo 12 CDPD. En todo caso, el artículo 12.3 CDPD obliga a los Estados a adoptar medidas para asegurarse de que la persona con discapacidad tiene acceso al apoyo que necesita en el ejercicio de su capacidad jurídica. En el contexto de un proceso de divorcio, esto puede implicar que el juez, cuando advierta que la persona con discapacidad no cuenta con los apoyos suficientes para defender adecuadamente sus intereses, deba adoptar medidas de oficio para garantizarlos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia consolidada sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como elemento del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (vida privada y familiar). Los casos *Shtukaturov c. Rusia* (sentencia de 27 de marzo de 2008), *Stanev c. Bulgaria* (Gran Sala, sentencia de 17 de enero de 2012), *Salontaji-Drobnjak c. Serbia* (sentencia de 13 de octubre de 2009) o *Lashin c. Rusia* (sentencia de 22 de enero de 2013) configuran un conjunto de doctrina que exige la individualización de las medidas restrictivas, la revisión periódica y la proporcionalidad[31]. En el ámbito específico de las relaciones económicas familiares, el TEDH ha enfatizado la obligación positiva del Estado de garantizar la protección efectiva del cónyuge económicamente más débil cuando concurren situaciones de vulnerabilidad.

Las Observaciones Finales del Comité CDPD a España aprobadas el 9 de abril de 2019 incluyen recomendaciones específicas en materia de mujeres con discapacidad, accesibilidad, denegación

[30] STS (Sala 1.ª, Pleno) núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ECLI: ES: TS:2021:3276; RC núm. 4187/2019). Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Esta resolución es la primera dictada en aplicación de la Ley 8/2021 y consagra los cinco pilares del nuevo régimen.

[31] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 1 (2014), CRPD/C/GC/1, apartados 12 a 17 (sobre la distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental) y apartados 21 a 28 (sobre la sustitución del modelo de toma de decisiones sustitutiva por el modelo de toma de decisiones apoyada).

de ajustes razonables como forma de discriminación, eliminación de la sustitución en la toma de decisiones, y formación de los profesionales del sector judicial. Aunque las Observaciones no son vinculantes en sentido estricto, la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, las ha utilizado como criterio interpretativo. Su incidencia sobre el artículo 97 CC es doble: en el ámbito de género, las Observaciones llaman la atención sobre la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, factor que debe integrarse en el juicio del artículo; en el ámbito patrimonial, refuerzan la exigencia de protección efectiva contra la denegación de ajustes razonables.

7. Derecho comparado europeo y derecho civil autonómico

La intersección entre el derecho de familia patrimonial y el derecho de la discapacidad es objeto de atención en todos los ordenamientos europeos próximos al español. La convergencia hacia el modelo social de la discapacidad consagrado por la Convención de Nueva York ha generado, en los últimos años, una serie de reformas legislativas que ofrecen perspectivas comparadas de notable interés. Este epígrafe ofrece una panorámica selectiva centrada en cuatro ordenamientos europeos(Alemania, Francia, Italia y Austria) y en los principales regímenes autonómicos españoles.

Alemania ha modernizado profundamente su régimen de apoyo a personas adultas mediante la *Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*, aprobada en 2021 y en vigor desde el 1 de enero de 2023. La reforma se concentra en los nuevos parágrafos 1814 y siguientes del *Bürgerliches Gesetzbuch*(Código Civil de Alemania) (BGB) y persigue, según el legislador, la implementación más coherente del *Erforderlichkeitsgrundsatz* (principio de necesidad) y el respeto a la autodeterminación de las personas afectadas. La proyección sobre el *Unterhaltsrecht*, derecho de alimentos entre cónyuges, figura equivalente de la pensión compensatoria del artículo 97 CC: es indirecta: el régimen de apoyos se distingue cuidadosamente del régimen de prestaciones económicas postmatrimonialesrecogido en los parágrafos 1569 a 1586b del Código Civil alemán; Sin embargo, la doctrina alemana ha destacado que la reforma del Betreuungsrecht obliga a una revisión delrégimen del *Unterhalt* cuando concurre discapacidad sobrevenida, pues los principios de respeto a la voluntad y de proporcionalidad se proyectan sobre las decisiones patrimoniales[32].

Francia presenta un régimen normativo igualmente instructivo. El artículo 270 del *Code civil* establece que el divorcio pone fin al deber de socorro y que uno de los cónyuges puede ser obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura crea en sus condiciones de vida respectivas. La prestación tiene carácter a tanto alzado y se fija, en principio, bajo la forma de un capital. El artículo 271 enumera los criterios que el juez debe tomar en consideración, entre los que figuran la situación respectiva en materia de pensiones de jubilación, las elecciones profesionales realizadas durante la vida común y el estado de salud. La proyección de la discapacidad sobre el artículo 270 ha sido tratada por la *Cour de cassation* ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia del estado de salud en la fijación de la prestation compensatoire. La reforma francesa de la capacidad jurídica de

[32] La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha sido analizada con detalle por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 67 ss., y posteriormente en numerosas contribuciones doctrinales.

2019 ha modernizado las medidas de protección judicial y ha simplificado el régimen de los mandatos de protección futura, en una orientación funcionalmente análoga a la española.

Italia introdujo en 2004 la *amministrazione di sostegno* (artículos 404 y siguientes del Código Civil italiano), instrumento más flexible que la *interdizione* y la *inabilitazione* para la protección de las personas privadas, total o parcialmente, de autonomía. El sistema, fuertemente influido por el modelo de apoyo posteriormente consagrado por la Convención de Nueva York, se ha proyectado sobre el régimen del *assegno divorzile* (Ley 898/1970): la *Cassazione*, en su célebre sentencia de las Sezioni Unite núm. 18287 de 11 de julio de 2018, ha redefinido el *assegno divorzile* como instrumento que combina la función asistencial con la función compensativa-equiparadora, atendiendo a la duración del matrimonio, las contribuciones aportadas por cada cónyuge y la situación de eventual discapacidad. La jurisprudencia menor ha aclarado las relaciones entre la*amministrazione di sostegno* y el procedimiento matrimonial, admitiendo que el *amministratore* puede instar el divorcio en nombre del *beneficiario* cuando este no pueda expresar autónomamente su voluntad[33].

Austria reformó en 2018 su sistema de protección de adultos, sustituyendo la tutela por un régimen articulado en torno a poderes preventivos y representación elegida por la propia persona. En materia de prestaciones postmatrimoniales, el sistema mantiene la separación entre el régimen patrimonial y el de protección, en una línea funcionalmente análoga a la del ordenamiento español.

El derecho civil autonómico español ofrece, por su parte, un mosaico instructivo. En Cataluña, el artículo 233-14 del Codi civil de Catalunya regula la prestación compensatoria con una orientación más restrictiva que el artículo 97 CC común: el cónyuge cuya situación económica resulte más perjudicada por la ruptura tiene derecho a una prestación que no exceda del nivel de vida disfrutado durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta la prioridad del derecho de alimentos de los hijos. El artículo 233-15 enumera los criterios de cuantificación; el artículo 233-17.4 dispone que la prestación en forma de pensión se otorgará por un período limitado, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen el carácter indefinido. La discapacidad sobrevenida puede integrarse, en el marco del artículo 233-14 CCCat, entre las circunstancias excepcionales susceptibles de justificar el carácter indefinido de la prestación. Adicionalmente, el artículo 233-16.2 CCCat, al que se ha hecho referencia en el epígrafe 4.5, articula un límite a la renuncia que comprometa las necesidades básicas del cónyuge acreedor que constituye un modelo normativo de notable valor.

Aragón merece, en este punto, una atención específica. Es, hasta la fecha, la única Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que ha adaptado expresamente su normativa civil a los postulados de la Convención de Nueva York, mediante la Ley 3/2024, de 13 de junio. La reforma afecta al Código del Derecho Foral de Aragón en su conjunto, sustituyendo el modelo previo de incapacitación por un sistema de apoyos integral inspirado, al igual que la Ley estatal 8/2021, en el artículo 12 de la Convención. En el plano de las prestaciones postmatrimoniales, el artículo 83 del Código del Derecho Foral de Aragón regula la asignación familiar compensatoria. La doctrina aragonesa entiende que esta asignación no tiene, en lo sustancial, naturaleza distinta de la

[33] Sobre la reforma alemana del Betreuungsrecht 2023 y su impacto en el derecho de familia, véase RIMKUS, S., «Die Reform des Betreuungsrechts», *Anwaltsblatt*, 2022; y el Eckpunktepapier del Bundesministerium der Justiz de 25 de agosto de 2023 sobre la reforma del Unterhaltsrecht.

pensión compensatoria del artículo 97 CC, lo que permite proyectar sobre ella las mismas reflexiones interpretativas que la Ley 8/2021 obliga a desarrollar en el ámbito estatal. La reforma aragonesa es paradigmática de la dirección en la que han de leerse las prestaciones postmatrimoniales conforme al modelo social de la discapacidad: la valoración del estado de salud y de las posibilidades de inserción del cónyuge ha de partir del reconocimiento de su capacidad jurídica plena y de la existencia de un sistema de apoyos que la haga efectiva. En Navarra, las leyes 87 y siguientes del Fuero Nuevo regulan las relaciones patrimoniales matrimoniales y prevén compensaciones por desequilibrio. En el País Vasco, la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco mantiene un régimen económico matrimonial específico (comunicación foral en la Tierra Llana de Bizkaia y en Llodio y Aramaio) que afecta a la liquidación, pero remite al régimen común en materia de pensión compensatoria.

8. Propuesta de criterios y conclusiones

Las páginas anteriores han permitido identificar que el cambio de modelo introducido por la Ley 8/2021 tiene consecuencias reales sobre la aplicación del artículo 97 CC en los casos en que uno oambos cónyuges tienen una discapacidad. A modo de síntesis, pueden formularse los siguientes criterios para los profesionales del derecho.

Primero. La Ley 8/2021 obliga a una lectura conjunta del artículo 97 CC conforme al modelo social de la discapacidad y al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias. La omisión legislativa de los artículos 97, 100 y 101 CC en la reforma no implica neutralidad: la disposición adicional cuarta del Código Civil y el principio de interpretación conforme a la Convención, vía artículo 10.2 de la Constitución, imponen una lectura completa.

Segundo. La discapacidad sobrevenida no es un mero factor más del juicio prospectivo de superación del desequilibrio: opera, en muchos casos, como factor estructural que aproxima el caso al supuesto típico de pensión indefinida. La doctrina jurisprudencial consagrada en las SSTS 549/2020, 360/2022, 622/2022, 838/2022, 1592/2024 y 1593/2024 confirma que cuando concurren factores como edad avanzada, falta de cualificación y dedicación al cuidado del cónyuge enfermo o discapacitado, el juicio prospectivo no puede asentarse en proyecciones optimistas y la temporalidad resulta improcedente.

Tercero. La doctrina del juicio prospectivo debe integrar los datos estructurales del mercado laboral de las personas con discapacidad. Las cifras del Instituto Nacional de Estadística de 2024: tasa de empleo del 28,9 %, tasa de paro del 18,5 %, brecha de empleo de 40,8 puntos, constituyen un dato probatorio de referencia que debe valorarse en el procedimiento. La presunción de empleabilidad implícita en muchas resoluciones que limitan temporalmente la pensión queda desmentida cuando se contrastan los datos.

Cuarto. Los ajustes razonables del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *Ca Na Negreta* (asunto C-631/22) deben proyectarse sobre el juicio del artículo 97 CC. El tribunal no puede afirmar la imposibilidad de acceso al empleo de la persona con discapacidad sin atender a los ajustes razonables exigibles ni, recíprocamente, asumir la facilidad de acceso sin contrastarla con las barreras reales y los datos estructurales.

Quinto. El coste de los apoyos formales que la ruptura matrimonial hace necesarios es una necesidad computable a efectos del artículo 97 CC. Cuando la convivencia matrimonial ha sido, de hecho, el principal mecanismo de apoyo de la persona con discapacidad, porque el cónyuge ha actuado como guardador de hecho, como cuidador, como interlocutor con instituciones y servicios, la ruptura genera un coste real que debe ser tenido en cuenta al calcular el desequilibrio. Esta partida debe acreditarse documentalmente en el procedimiento y desglosarse en la motivación de la sentencia.

Sexto. La autonomía de la voluntad del cónyuge con discapacidad debe ser respetada y no presumida limitada. El convenio regulador negociado por una persona con discapacidad, con los apoyos que precise, tiene plena validez. El control judicial del artículo 90.II CC debe verificar que el consentimiento fue prestado con garantías suficientes, no sustituir el juicio de la persona por el del juez. La regla del artículo 233-16.2 CCCat: ineficacia de la renuncia que comprometa las necesidades básicas del cónyuge acreedor, ofrece un modelo aplicable, *mutatis mutandis*, al derecho común a través del artículo 90.II CC interpretado conforme a la Convención.

Séptimo. La discapacidad del cónyuge deudor también debe ser tenida en cuenta, simétricamente. Si la discapacidad del acreedor incrementa el desequilibrio y justifica una pensión más elevada o indefinida, la discapacidad del deudor es un elemento relevante para determinar su capacidad contributiva real. Pero las prestaciones públicas que el deudor perciba por sudiscapacidad, como la gran invalidez en el caso de la STS 1593/2024: no extinguen automáticamente la pensión compensatoria del acreedor: ambas instituciones operan en planos distintos y son compatibles.

Octavo. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un parámetro interpretativo directamente aplicable. Los jueces que aplican el artículo 97 CC a personas con discapacidad deben hacerlo de forma compatible con la plena capacidad jurídica que la Convención reconoce. Una interpretación que presuponga limitaciones automáticas vinculadas a la discapacidad sería contraria al ordenamiento internacional vinculante para España.

Desde la perspectiva*de lege ferenda*, el artículo 97 CC no fue modificado por la Ley 8/2021 más allá de ajustes terminológicos menores, y esa omisión puede generar problemas de coherencia sistemática en el medio plazo. Una reforma expresa del artículo que incorporase una referencia explícita a los apoyos disponibles para el cónyuge con discapacidad y al coste de los apoyos formales que la ruptura hace necesarios daría certeza jurídica a una cuestión que hoy se resuelve por vía interpretativa con resultados variables. Modelos como el del artículo 233-15 del Codi civil de Catalunya o el del artículo 271 del Code civil francés, que enumeran de forma más detallada los criterios de cuantificación e incluyen referencias explícitas al estado de salud, ofrecen orientaciones útiles para una eventual reforma. La armonización con los regímenes autonómicos, singularmente el catalán, el aragonés, el navarro y el vasco y con los modelos comparados: alemán, francés, italiano, austriacossugiere la oportunidad de una reflexión sistémica sobre las prestaciones postmatrimoniales en presencia de discapacidad.

La Ley 8/2021 supone el reconocimiento más importante que el ordenamiento español ha hecho en décadas de la dignidad y la autonomía de las personas con discapacidad. Ese reconocimiento no puede quedar circunscrito al ámbito del derecho de la persona y de la familia en sentido estricto: debe irradiarse hacia todas las instituciones del derecho civil que entran en contacto

con la vida de estas personas. La pensión compensatoria del artículo 97 CC es una de ellas, y su aplicación coherente con el nuevo paradigma es una tarea que corresponde, hoy, a los profesionales del derecho. La doctrina civil tiene en este momento un papel especialmente relevante en la construcción de los criterios interpretativos que la jurisprudencia, previsiblemente, recogerá y desarrollará en los próximos años. El presente trabajo aspira a contribuir a esa construcción.

9. Bibliografía

ÁRAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés, «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 1184 ss.

BARIFFI, Francisco José (dir.), *El futuro de la capacidad jurídica: hacia un modelo de apoyos para personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2020

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «La persona con discapacidad y los actos patrimoniales tras la Ley 8/2021», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, 2022, pp. 87 ss.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 334 ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (Tomo 1). Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 2018

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en Albaladejo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II, EDERSA, Madrid, 1982

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma del Código Civil por la Ley 8/2021: una valoración general», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021, pp. 11 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Serie Derecho de la Discapacidad, vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021

JIMÉNEZ LINARES, María Jesús, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos / Sainz-Cantero Caparrós, María Belén, *Principios de Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia*, 23.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, «Cuando el cuidado se vuelve Derecho: la guarda de hecho en España tras la Ley 8/2021», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2026, pp. 227-269.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento», en Pereña Vicente, Montserrat (coord.), *La justicia accesible para las personas con discapacidad*, CEPC, Madrid, 2022

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 7.ª ed., Edisofer, Madrid, 2023

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «La duración de la pensión compensatoria», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 37, enero 2023.

MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana María, «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2015.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-Cinca, Madrid, 2008

PEREÑA VICENTE, Montserrat, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018

ROCA I TRÍAS, Encarna, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999

InDret
4.2026

La función de las Comfort Letters o Cartas de Patrocinio en las financiaciones bancarias

Oriol Espar Bohera
Ernesto A. Suárez Puga
Esade Law Faculty
-

Sumario

-

Las Comfort Letters no constituyen una anomalía contractual ni una garantía imperfecta, sino una técnica de asignación del riesgo que permite graduar el compromiso del patrocinador sin asumir necesariamente los riesgos jurídicos, contables o reputacionales de una garantía típica. A partir del análisis de la práctica y de la jurisprudencia, este trabajo sostiene que la distinción entre cartas Fuertes y Débiles no expresa una mera diferencia de intensidad, sino de función. En las primeras, el criterio decisivo es la idoneidad objetiva del compromiso para procurar la indemnidad del acreedor: cuando la declaración permite razonablemente alcanzar ese resultado mediante el pago, la aportación de fondos u otro mecanismo equivalente, opera como verdadera garantía, cualquiera que sea su denominación. Las cartas débiles, por el contrario, no incorporan el patrimonio del patrocinador al esquema de responsabilidad ni desplazan el riesgo de incumplimiento, sino que cumplen una función informativa. Mediante su emisión, el socio de control comunica al acreedor, en primer lugar, que no está dispuesto a comprometer un patrimonio adicional al de la sociedad financiada. Al mismo tiempo, sin embargo, ratifica implícitamente la financiación al declarar que conoce la operación y acepta su celebración. Esta ratificación permite al acreedor presumir razonablemente que la financiación responde al interés del grupo societario y que no será posteriormente desconocida o cuestionada desde su seno. La carta débil no garantiza, por tanto, el cumplimiento, pero reduce la incertidumbre acerca del contexto interno de la operación y la probabilidad de comportamientos oportunistas. Sobre esta base, el artículo propone un doble criterio funcional —la idoneidad del compromiso para procurar la indemnidad y el valor informativo de la declaración— que permite distinguir entre ambas clases de cartas y reconducir sus principales controversias interpretativas a un problema de imputación del riesgo.

Sobre esta base, el artículo propone un doble criterio funcional —idoneidad para producir la indemnidad y valor informativo de la declaración— que permite reconducir las controversias sobre las obligaciones de medios y de resultado y las limitaciones internas de poder a un problema de imputación del riesgo. Así se protege la confianza legítima del acreedor sin convertir toda declaración relevante en garantía. La atipicidad no constituye, por ello, una carencia que deba corregirse mediante una regulación detallada, sino la condición de utilidad de un instrumento situado entre la ausencia de garantía y la garantía plena.

Abstract

-

Comfort letters are neither a contractual anomaly nor an imperfect guarantee, but a risk-allocation device that enables sponsors to calibrate their commitments without necessarily incurring the legal, accounting or reputational risks of a typical guarantee. Drawing on transactional practice and case law, this article argues that the distinction between strong and weak letters is not one of degree, but of function. For strong letters, the decisive test is whether the undertaking is objectively capable of holding the creditor harmless: if it can reasonably achieve that result through payment, funding or equivalent means, it operates as a genuine guarantee, regardless of its label.

By contrast, weak letters neither make the sponsor's assets available to the creditor nor shift the risk of default; their function is informational. The

controlling shareholder signals that it will not commit assets beyond those of the financed company, yet implicitly endorses the financing by acknowledging the transaction and consenting to its conclusion. The creditor may therefore reasonably assume that the transaction serves the interests of the corporate group and will not subsequently be disowned or challenged from within it. A weak letter does not guarantee performance, but reduces uncertainty surrounding the group's internal position and the risk of opportunistic conduct.
The article thus proposes a dual functional test—the undertaking's capacity to hold the creditor harmless and the statement's informational value—which reframes disputes over obligations of means and result and internal limitations of authority as questions of risk attribution. This approach protects the creditor's reasonable reliance without converting every relevant statement into a guarantee. The absence of a specifically regulated contractual type is not a defect requiring detailed legislation, but a condition of the instrument's usefulness in the space between no guarantee and a full guarantee.

Title: *The Function of Comfort Letters in Bank Financing*

-

Palabras clave: Comfort Letters, Banca y Finanzas, Contratos de Crédito, Financiación Bancaria, Garantías Atípicas, Grupos de Sociedades, Keepwell Letters.

-

Keywords: *Comfort Letters, Banking and Finance, Credit Agreements, Banking Financing, Security, Atypical Guarantees, Corporate Groups, Keepwell Letters.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.03

InDret

4.2026

Recepción
05/05/2026
-
Aceptación
08/10/2026
-

Índice

-

1. Introducción

1.1. Contexto e introducción: un instrumento del tráfico jurídico internacional

a. Definición

b. Partes de la Comfort Letter

c. Criterios para su clasificación, distinción entre Comfort Letter Fuerte y Débil

1.2. Definición, distinción entre Comfort Letter Fuerte y débil y distinción de figuras afines

2. Finalidad y naturaleza de las Comfort Letters

2.1. Finalidad común: favorecer la concesión de crédito

2.2. Comfort Letter Fuerte: naturaleza jurídica diversa y motivos de los contratantes para optar por una Comfort Letter Fuerte o Débil

a. Comfort Letter Fuerte

b. Comfort Letter Débil

2.3. Manifestaciones y compromisos habituales de una Comfort Letter

3. Las Comfort Letters (y otras figuras análogas) en derecho comparado

3.1. Ordenamientos anglosajones o de *Common Law*

a. Ley Inglesa

b. Ley de Nueva York

c. Hong Kong (y China): el curioso caso de las *Keepwell Deeds*

3.2. Ordenamientos continentales

a. Alemania

b. Francia

c. Italia

4. Tratamiento jurisprudencial en derecho español

4.1. La STS de 16 de diciembre de 1985

4.2. La STS de 10 de julio de 1995

4.3. La STS de 30 de junio de 2005

4.4. La STS de 13 de febrero de 2007

4.5. La STS de 18 de marzo de 2009

4.6. La STS de 26 de diciembre de 2014

4.7. La STS de 28 de julio de 2015

4.8. La STS de 27 de junio de 2016

4.9. La STS de 15 de julio de 2025

4.10. La SAP de Salamanca de 30 de julio de 2012: un "caso práctico" interesante

4.11. Otras sentencias que abordan la carta de patrocinio

5. Cuestiones problemáticas habituales en el tráfico y propuesta de solución

5.1. El mandato de crédito

5.2. Distinción entre compromisos de apoyo financiero y garantías de indemnidad

5.3. *¿Actuación ultra vires?*

5.4. Suficiencia de las facultades de los firmantes: un motivo de discusión cuando el emisor es una administración o entidad pública

5.5. Modificación de los términos de la obligación inicial: novación modificativa y extintiva

5.6. Inexactitud y falsedad de las manifestaciones

5.7. Ineficacia: nulidad y anulabilidad

5.8. Tratamiento concursal de la Comfort Letter

5.9. Comfort Letter y grupos de sociedades

5.10. Comfort Letter *ad incertas personas*

5.11. El *enforcement* de la Comfort Letter
6. Reflexiones finales
6.1. La Comfort Letter: un instrumento útil gracias a su plasticidad
6.2. La Comfort Letter a la luz de la comparativa con otros ordenamientos
6.3. La Comfort Letter en España: *¿quo vadis?*
7. Bibliografía
8. Cuadro de sentencias

-

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

1. Introducción

1.1. Contexto e introducción: un instrumento del tráfico jurídico internacional

Tras casi 10 años de silencio, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha abordado la figura de la Comfort Letter[1], confirmando la responsabilidad solidaria de dos empresarios por una carta de patrocinio firmada a favor de una entidad financiera en el contexto de una operación de préstamo en la que se había firmado una carta "fuerte", una auténtica asunción de obligaciones con compromisos explícitos de apoyo financiero como algo opuesto a meras declaraciones de complacencia. Un resultado final similar al que se hubiera obtenido con una garantía más explícita y tradicional.

Pero vayamos al principio: la Carta de Patrocinio o Comfort Letter[2] es una manifestación de respaldo emitida, por lo común, por la sociedad matriz en favor de su filial frente a un tercero acreedor. Su función práctica es reforzar la confianza del beneficiario en la solvencia o en el cumplimiento de la deudora, sin que necesariamente se configure una garantía en sentido técnico. Se trata de una figura atípica y esencialmente dúctil, cuyo alcance depende enteramente del tenor de su redacción. No responde a un modelo uniforme ni a una tipología cerrada: su eficacia jurídica se construye, caso por caso, sobre la base del contenido y la intención que el texto revele. Y, pese a las muchas y sensatas advertencias que desaconsejan su uso, por razones abordadas hasta la saciedad por la doctrina y que tratarán de resumirse en este artículo, la tozuda realidad es que la Comfort Letter sigue siendo un recurso al que acudir en situaciones de dificultad y siempre que el acreedor lo acepte como garantía[3].

A nivel terminológico, no existe una denominación única para designar a esta figura, que también puede identificarse con el nombre de "carta de patrocinio" (la nomenclatura más extendida en España), pero también otras denominaciones como "carta de confort", "carta de apoyo", "carta de conformidad", "carta de responsabilidad", "carta de garantía" o también las denominaciones de los ordenamientos anglosajones, en los cuales nace, como el propio "*letter of comfort*", "*letter of intent*", "*letter of responsibility*", "*letter of support*", el francés y el italiano, sencillos de entender en lugares de habla romance, "*lettre de patronage*" o "*lettre de soutien*" y "*lettera di patronage*" y el alemán "*Patronatserklärungen*".

Ítem más, alguna doctrina ha planteado la conveniencia de sustituir la referencia al término "carta" por el de "declaración", haciendo ver con ello que el interés debe centrarse no tanto en el documento en su conjunto como en las concretas cláusulas que lo componen en cada caso[4], planteamiento, cuanto menos, interesante. Y, aunque en ocasiones se pueda usar la nomenclatura Letter of Intent para designarla, esta última iría más relacionada con una carta de

[1] STS 944/2025, Civil, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2725), que se abordará más abajo junto con las demás resoluciones judiciales recaídas sobre la materia.

[2] En el presente trabajo se utilizará el anglicismo *Comfort Letter* para designar esta figura, por ser la denominación más extendida.

[3] Véase, por ejemplo, «La SEPI concede a RTVE una Comfort Letter para evitar que la televisión pública entre en causa de disolución por el agujero del IVA», *El Mundo*, 11 de julio de 2025, disponible en: https://www.elmundo.es/television/2025/07/11/6870bc8fe9cf4af64b8b459e.html.

[4] López Uriel, «Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. [**], 1987, pp. 325-358.

intenciones en el marco de las negociaciones y los tratos preliminares (precontractuales) entre las partes y con la formación del contrato. Aunque comparten las ambigüedades en cuanto a sus efectos y que se emiten en aras de facilitar una negociación[5], debe distinguirse de la Comfort Letter, una figura que en ocasiones puede presentar notas comunes con una garantía.

Dejando la terminología a un lado, su origen se ubica en los ordenamientos anglosajones de *common law*, donde se consideran "garantías fuera de balance generalmente no reguladas por ley" que "pueden ser otorgadas por una parte que sólo trata de estar moralmente pero no legalmente vinculada". La diferencia entre si la obligación es exigible o sólo tiene carácter moral dependerá de su redactado y el patrocinador nunca será responsable de forma automática. Es decir, algo distinto -por lo menos desde este doble plano de contabilización de la contingencia que se genera y de fuerza obligacional- de lo que sucedería con otras figuras que sí se consideran garantías personales en sentido estricto como una fianza, un aval o una garantía a primer requerimiento[6]. En este sentido, su "estudio como figura alternativa de garantía personal se enmarca en una corriente jurisprudencial y doctrinal de mayor alcance a favor del reconocimiento de la validez, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, de nuevas figuras de garantía personal, más allá de la fianza"[7].

Quizá porque la Comfort Letter, paradigma de la flexibilidad, sigue manteniendo su finalidad última, la de "facilitar la celebración de contratos de crédito, ya que produce ventajas fiscales, de normativa contable e incluso de control de cambios, y sobre todo por la indeterminación de los efectos jurídicos subsiguientes al acto de emisión de la carta y porque, sobre todo, permite una función de movilización del crédito, base esencial para una pujanza económica y comercial"[8] . A lo anterior se añade un reconocimiento tácito de su vinculación: la práctica de los negocios internacionales demuestra que estos acuerdos, *binding in honour only,* son generalmente respetados siendo menores las ocasiones en las que generan problemas de cumplimiento[9] a lo que se añade que la emisión de estas cartas suele derivar en muchas ocasiones "de la experiencia, conocimiento y otros activos intangibles, acumulados en el país de origen de la empresa que se expande y que son capaces de producir beneficios en el país de destino"[10].

Como veremos a continuación, el principal problema práctico es distinguir entre las Comfort Letters asimilables a garantías patrimoniales y aquellas que son meros compromisos no contractuales.

[5] FONTAINE/DE LY, *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, 2006, p. 8.

[6] MÄNTYSAARI, The Law of Corporate Finance. General Principles and EU Law, v. II, Contracts in General, 2010, p. 185, donde el autor señala que las letters of comfort son off-balance sheet guarantees generalmente no reguladas por el Derecho y que pueden ser emitidas por una parte que solo pretende quedar moral, pero no jurídicamente, vinculada.

[7] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «De nuevo, el valor obligacional de las cartas de patrocinio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 106, 2007, p. 177. En esta parte de su trabajo, el autor cita una extensa e interesante bibliografía sobre las garantías a primer requerimiento, que son uno de los objetos singulares de estas «nuevas figuras de garantía personal».

[8] CARRASCO PERERA, «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 91 ss.

[9] DIAGO DIAGO, «Gentlemen's agreements y contratos de financiación internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 122 ss.

[10] DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, 2012, p. 597.

1.2. Definición, distinción entre Comfort Letter Fuerte y débil y distinción de figuras afines

1. Definición

Definir esta figura no es tarea sencilla y, a lo largo de los años, la doctrina y los Tribunales han tratado de definirla e identificar su naturaleza, características y consecuencias[11] de una figura que tiene una personalidad propia y que impide encasillarla en una categoría tipificada de derechos de garantía por su carácter "poliédrico".[12] Una definición doctrinal actualizada y omnicomprensiva es la de "declaraciones, emitidas normal, aunque no necesariamente, por una sociedad madre, en cuya virtud dicha sociedad da cuenta de una "estado de cosas" en relación consigo misma o con una sociedad que es filial suya, o se compromete a realizar determinadas actividades o asume ciertas garantías en relación con las obligaciones de su filial", no siendo simples cartas de recomendación o instrumentos documentales que carecen de efectos jurídicos sino que se emiten en el marco de la operación de crédito y como acuerdo alcanzado entre las partes y el mecanismo suele ser que la entidad de crédito exige que la sociedad emitente cumpla con una serie de prestaciones o, más habitualmente, que se sujeta la eficacia del contrato a una condición suspensiva cual es la emisión de la misma Comfort Letter por parte de la sociedad controlante[13].

Hablamos, pues, de un documento habitualmente "emitido por la sociedad cabecera de un grupo de sociedades o por el socio de control de una sociedad, que aparece con frecuencia en el marco de la negociación de un contrato de financiación-habitualmente bancario-, en el que el emisor realiza a favor del futuro acreditante una serie de declaraciones de hechos y declaraciones de voluntad"[14].

La plasticidad de las Comfort Letters[15] es su atributo más destacado y el que, a la vez, provoca innumerables discusiones a su alrededor. Estamos ante un "fenómeno económico necesitado de ulteriores calificaciones jurídicas", como opuesto a una institución jurídica" de contornos plenamente definidos [16]. Y es que las Comfort Letters son un "fenómeno en alguna medida heterogéneo, del cual es muy difícil extraer conclusiones unívocas, por lo que muchos autores hablan de cuasigarantías, de garantías indirectas o de garantías en sentido económico"[17]

2. Partes de la Comfort Letter

[11] TRICHARDT, *Letters of Comfort. A Trans-Systemic Analysis*, 2012, p. 25.

[12] VALENZUELA GARACH, «La "seriedad" de las llamadas cartas de patrocinio», Revista de Derecho Mercantil, núm. 185, 1987, p. 368.

[13] CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ/CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I, [año], p. [**].

[14] MARTÍN BAUMEISTER, «Tema 10: Los contratos de garantía», en SÁNCHEZ GRAELLS ([ed./dir./coord.]), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, t. III, *Contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 2012, p. 267.

[15] Esta flexibilidad también se manifiesta en que la aceptación de la *Comfort Letter* por el financiador no requiere forma expresa, pudiendo ser tácita o incluso presunta.

[16] CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, 4.ª ed., 2022, p. 429.

[17] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* de Derecho Civil Patrimonial, t. II, Las relaciones obligatorias, 2008, p. 537.

En cuanto a sus elementos subjetivos, la Comfort Letter presenta una estructura aparentemente sencilla: un patrocinador, normalmente la matriz, y un destinatario, habitualmente la entidad financiadora de la filial.

El esquema anterior admite configuraciones más complejas y entramados imbricados. Piénsese en casos como:

- La emisión por varias sociedades del grupo o en favor de varias entidades patrocinadas, lo que obliga a determinar el carácter conjunto, mancomunado o, en su caso, solidario de los compromisos asumidos
- La existencia de varios financiadores
- Su emisión *ad incertas personas*, es decir, sin un destinatario concreto.
- Su capacidad de concebirse como estipulaciones en favor de tercero ex art. 1257 CC, con la consiguiente necesidad de precisar quién adquiere el derecho, cuándo puede exigirlo y qué relevancia corresponde a su aceptación.

A lo anterior se añaden otros problemas de delimitación subjetiva, algunos de los cuales han sido abordados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y otros más teóricos[18], como, por ejemplo:

- la capacidad y poderes de quien firma por el patrocinador
- el hecho que el patrocinador no tenga necesariamente que ser la matriz (socio minoritario, holding intermedia, sociedad hermana, etc.).
- la identificación de quién puede reclamar cada uno de los compromisos contenidos en la Comfort Letter (especialmente en financiaciones sindicadas, con figuras intermedias de Agente o incluso ajenas a nuestro derecho como el *Security Trustee*)
- la posibilidad de futuros acreedores, cesionarios del contrato objeto de la Comfort Letter y la eventual extensión de la carta a estos potenciales sucesores o cesionarios
- los efectos sobre la Comfort Letter de una eventual refinanciación o novación del contrato al que se refiere
- la entrada o salida de la sociedad patrocinada del perímetro del grupo de sociedades del cual formaba parte en el momento de la emisión de la Comfort Letter

Por último, cabe mencionar la figura de las Comfort Letters sin un destinatario cierto, derivada del Derecho alemán (las denominadas *Patronatserklärungen ad incertas personas*), dirigidas a un círculo indeterminado de posibles beneficiarios, a la que nos referiremos brevemente más adelante.

3. Criterios para su clasificación, distinción entre Comfort Letter Fuerte y Débil

Las Comfort Letters presentan una naturaleza jurídica y efectos que varían en función del contenido sustantivo del documento y del contexto general en el que se han llevado a cabo las negociaciones" y su naturaleza determinará "sus efectos (v.gr. declarativos o vinculantes) y el tipo de responsabilidad civil en la que pueden incurrir las partes (v.gr. responsabilidad civil por ruptura de tratos preliminares, responsabilidad precontractual y responsabilidad contractual)"[19].

[18] Ciertamente, nos hallamos ante una figura cuya flexibilidad permite variaciones entre el destinatario formal de la Comfort Letter, el beneficiario económico último y el titular del derecho a reclamar.

[19] GÁMEZ JIMÉNEZ, «Las cartas de intención en el comercio internacional: una aproximación a su régimen jurídico desde el Derecho privado español», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 52, 2003, pp. 1035 ss.

Dos denominadores comunes de estas cartas (presentes también en los casos españoles analizados por el Tribunal Supremo) son la declaración de conocimiento por parte de la sociedad matriz de la financiación que debe extenderse a su filial y la intención de la sociedad matriz de mantener su interés en la propiedad de la filial (el control) y mantener su viabilidad financiera durante la financiación[20].

Por su parte, DÍEZ-PICAZO ordena las Comfort Letters en atención a su naturaleza obligacional distinguiendo tres tipos principales: las que ofrecen "simplemente información" y contienen por tanto "declaraciones de hechos", las que establecen una obligación de la sociedad matriz "que no es de asunción de la deuda de la filial, ni del riesgo de las pérdidas que pueda sufrir el beneficiario, sino que es una obligación de mantener una conducta dentro de una determinada dirección" y finalmente los casos en los que se declara "que asume el riesgo de las pérdidas que pueda asumir el beneficiario"[21].

Y, a mayor abundamiento, un esquema sencillo adicional permite ordenar la calificación jurídica de las Comfort Letters en torno a cuatro figuras: la fianza (arts. 1822 y ss. CC), el mandato de crédito (arts. 1710, 1712 y 1729 CC), el contrato a favor de tercero (art. 1257 CC) y, como categoría prevalente, la garantía de indemnidad[22]. Pero nada obsta a que la carta incorpore obligaciones de distinta naturaleza —incluso varias de ellas simultáneamente— o a que haya distintas, es decir, no es un esquema cerrado[23].

En cualquier caso, el criterio de clasificación más tradicional e inveterado es la división de las Comfort Letter en dos tipos, a saber[24]:

1. Débiles, que suelen ser emitidas para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma y que pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Suelen equipararse a una obligación moral o natural, no se puede deducir que quien las emite asume obligaciones de apoyo financiero o, menos aún, de realización de obligación ajena[25].

[20] FISHER, «Comfort letters and their legal status», *Journal of International Banking Law*, vol. 3, núm. 5, 1988, pp. 215-221.

[21] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* de Derecho Civil Patrimonial, t. II, p. 537.

[22] RUIZ GÓMEZ, «Cartas de patrocinio fuertes y débiles a la luz de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025, de 16 de junio», Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 68, 2025.

[23] Aunque no sea lo más habitual, pensemos en obligaciones de proporcionar financiación distintas de un puro y simple mandato de crédito, mantener una determinada participación en el capital de la sociedad, asegurar determinados niveles de fondos propios o liquidez, o prestar apoyo distinto del financiero, poniendo a su disposición medios humanos, técnicos, comerciales o de gestión necesarios para el desarrollo de su actividad.

[24] Distinción que veremos más adelante y que se realiza por primera vez en nuestro país en la STS 774/1985, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1985:1643).

[25] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda», en GARCÍA VILLAVERDE (dir.)/BONARDELL LENZANO (coord.), *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 727.

2. Fuertes, generalmente emitidas por una entidad con una mayor solidez en su declaración y suelen contener compromisos más definidos y vinculantes en caso de incumplimiento, incluso de carácter solidario.

   En estas últimas, el patrocinador "no quiere garantizar al patrocinado con una garantía típica, como el aval o la fianza, que no quiere suscribir, de la misma manera que el tercero tampoco exige al patrocinador una garantía personal que sabe que este no está dispuesto a conceder"[26]. Sin embargo, "la carta de patrocinio conforma [en un sentido general] un contrato de garantía que, sin embargo, pivota sobre la base del contrato de fianza, por el que una sociedad, generalmente, la matriz, se obliga a cumplir o pagar por su sociedad filial en caso de no hacerlo ésta (cfr. art. 1822 CC)[27] y algunas sentencias del Tribunal Supremo se han pronunciado en el sentido de reconocerle efectos patrimoniales equivalentes a los de una fianza.

Esta distinción no siempre es fácil y suscita problemas interpretativos a los operadores y tribunales. Esta dificultad interpretativa sobre el alcance de cada Comfort Letter no es un problema exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es la cuestión más relevante a la que se enfrentan los operadores en el derecho comparado, tal y como veremos a continuación con mayor detalle.

Por tanto, a pesar de las particularidades de los diferentes ordenamientos jurídicos, conjeturamos que todos comparten la necesidad de contar con criterios jurídicos que faciliten la distinción entre Comfort Letters Fuertes y Débiles. Esta necesidad compartida en la práctica de derechos tan diferentes es un indicio fuerte de la utilidad que puede tener la tesis de la distinción funcional basada en el riesgo que proponemos en este trabajo. Recordando en todo momento, para no perder el norte, las palabras de la Profesora FUENTES NAHARRO: "todas las declaraciones de patrocinio, incluso aquellas denominadas débiles, tienen relevancia para el mundo del derecho"[28]. A continuación, se intentarán abordar las implicaciones de estas declaraciones.

Nuestra propuesta reconstruye la distinción entre Comfort Letters Fuertes y Débiles atendiendo no a una mera diferencia en la intensidad del compromiso, sino a la función que desempeñan en la asignación del riesgo del contrato subyacente que motiva su emisión. Mientras las cartas Fuertes incorporan el patrimonio del patrocinador al esquema de responsabilidad y operan como garantías de indemnidad, las Débiles no desplazan el riesgo de incumplimiento, pero aportan información relevante sobre el conocimiento, la aceptación y el respaldo interno en el grupo de sociedades de la financiación bancaria patrocinada.

2. Finalidad y naturaleza de las Comfort Letters

2.1. Finalidad común: favorecer la concesión de crédito

[26] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Las cartas de patrocinio», en GADEA SOLER/SEQUEIRA MARTÍN ([dirs.]), *La contratación bancaria*, [editorial], 2007, p. 1154.

[27] DIÉGUEZ [segundo apellido], «Cartas de patrocinio y delimitación con respecto a otras figuras afines: fianza solidaria, mandato de crédito», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 19, 2007, pp. 233-242, esp. p. 239.

[28] FUENTES NAHARRO/DE MIGUEL HERNANDO, «Las cartas de patrocinio», en YZQUIERDO TOLSADA/ALMUDÍ CID/MARTÍNEZ LAGO (coords.), Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, t. IX, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 84.

De los pronunciamientos jurisprudenciales que acabamos de analizar podemos concluir que el fin común que tienen todas las *Comfort Letters* es favorecer la concesión de crédito. Tanto Fuertes como Débiles sirven para reducir la valoración del riesgo de crédito e insolvencia que asume el financiador.

Así, las razones que lleven a las partes de una transacción a la firma (y correlativa aceptación) de una Comfort Letter pueden ser de toda índole. La facilidad para una empresa de obtener financiación aumenta a medida que se dispone de más garantías, por lo que en aquellos casos en que la empresa que busca financiación puede formar parte de un grupo de mayor envergadura en el que haya una matriz con mayor solvencia para responder en caso de impago, un eventual respaldo de una matriz solvente es siempre un buen atractivo para una empresa en búsqueda de crédito. Además, dan al acreedor "una cierta tranquilidad sobre la solvencia financiera del deudor y su capacidad para llevar a buen fin la operación contratada. Son contratos atípicos, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, que en puridad no constituyen una garantía, si bien pueden asimilarse a esta en función del grado o intensidad de los compromisos asumidos por el otorgante"[29] .

Por tanto y en líneas generales, podemos concluir que "el patrocinador emite la carta porque no quiere otorgar una garantía típica como el aval o la fianza de la misma manera que el destinatario de la misiva tampoco exige al patrocinador dicha garantía típica en tanto sabe que aquel no está dispuesto a concederla"[30], sin necesidad de dar demasiadas vueltas al asunto. La diferencia entre ambos tipos de *Comfort Letters* está en cómo ayuda a reducir el riesgo para el financiador:

a. De un lado, las fuertes vinculan el patrimonio de la emisora al cumplimiento de un deber de indemnidad del patrimonio del financiador para el caso de que esos riesgos se materialicen en forma de incumplimiento del deudor principal de su obligación de devolver el capital. Por eso, hace bien el Tribunal Supremo en considerarlas auténticas garantías puesto que, al patrimonio del deudor principal que asume la obligación de devolver la financiación, se añade el patrimonio del emisor que asume la responsabilidad de dejar indemne el patrimonio del financiador[31]. Este refuerzo del interés del financiador incrementa la probabilidad de que conceder *ex ante* un crédito no se materialice en un daño *ex post*.
b. Del otro, las débiles sirven tanto para incrementar la información disponible por el financiador sobre el riesgo (p.e. conocer la implicación y aceptación del proyecto por el socio de control) como para disminuir la probabilidad de que ocurra (p.e. el compromiso de mantener el control de la sociedad o de subordinar

[29] De Cárdenas Smith/Arlabán Gabeiras, «Los esquemas de garantía en una financiación sindicada», en Manzanares Secades (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Aranzadi, 2017, pp.346-347.

[30] Fuentes Naharro/De Miguel Hernando, en Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, t. IX, p. 462.

[31] En palabras del Tribunal Supremo, máximo intérprete de esta figura, se trata de un «contrato atípico de garantía personal con encuadramiento específico en alguna de las formas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de tercero, o como promesa de crédito». En este sentido, véanse, entre otras, las SSTS 774/1985, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1985:1643); 717/1995, Civil, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:1995:4058); y 96/2007, Civil, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1026).

cualquier pago al emisor pueden ser factores que haga más probable el buen fin de la operación). Ambas circunstancias favorecerían la concesión del crédito.

2.2. Comfort Letter Fuerte: naturaleza jurídica diversa y motivos de los contratantes para optar por una Comfort Letter Fuerte o Débil

a. Comfort Letter Fuerte

Las fuertes son garantías con finalidad de indemnidad patrimonial del financiador al que se dirige la carta. Aunque son socialmente típicas, no lo son normativamente. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio regulan esta figura sino que ningún otro instrumento legal o reglamentario relevante lo hace.

Como hemos visto anteriormente, ello no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo haya reconocido su naturaleza de garantía. También lo hacía el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ALCM).

Así, el artículo 578-6, dedicado a las "Cartas de patrocinio", dispone que "El emisor de manifestaciones de patrocinio, de conformidad o de garantía, asumirá iguales obligaciones que un fiador por dicha manifestación cuando la vinculación obligacional la hubiese asumido de modo claro e indubitado, con expresiones vertidas que sean determinantes para la conclusión de la operación o actividad garantizada y con la intención de obligarse a prestar apoyo financiero o contraer deberes positivos de cooperación". Cabe añadir que el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado que se emitió a raíz del ALCM[32] no hizo ninguna mención a las Cartas de Patrocinio[33].

Puede apreciarse cómo el redactado del ALCM positiviza el hecho que "el emisor de manifestaciones de patrocinio, de conformidad o de garantía asumirá iguales obligaciones que un fiador por dicha manifestación", con la posible intención de despejar dudas sobre la fuerza obligacional de una Comfort Letter cuando ésta haya sido otorgada conforme a los requisitos que fija dicho artículo, que serán los mismos que los de una fianza. Y para que esta "vinculación obligacional" tenga sentido, es necesario que el emisor de la Comfort Letter hubiese asumido la obligación de modo" (a) "claro e indubitado (b) "con expresiones vertidas que sean determinantes para la conclusión de la operación o actividad garantizada" y (c) "con la intención de obligarse a" (i) "prestar apoyo financiero" o (ii) "contraer deberes positivos de cooperación". El redactado no es casual y sigue los requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vistos más arriba.

Pero si las Comfort Letters Fuertes son garantías patrimonialmente equivalentes a la fianza ¿por qué recurren los contratantes a su uso en vez de recurrir directamente a la fianza?

Nuestra opinión es que existen dos motivos principales de recurso a este tipo de garantías, que "buscan objetivos diversos, tales como evitar la aplicación de normas contables, fiscales,

[32] Dictamen del Consejo de Estado núm. 837/2014, de 29 de enero de 2015.

[33] En contraste, sí se refirió a determinados aspectos de los contratos de garantía, en concreto a «dejar fuera del futuro Código Mercantil» la regulación de los acuerdos de garantía financiera del art. 578-7, de los acuerdos de compensación contractual del art. 579-7 y de las garantías reales del art. 578-3, todos ellos ya dotados de regulación específica.

societarias, de control prudencial de las entidades de crédito y de control de cambios que afectan a la prestación de garantías personales (…) llamada(s) a convivir con la fianza, la garantía a primer requerimiento y los colaterales clásicos"[34]..

El primero es la eficiencia de la *Comfort Letter* cuando los costes de cumplimiento de una fianza son comparativamente más elevados para las partes.

Hay determinadas circunstancias en las que hacer cumplir una garantía atípica recogida en una *Comfort Letter* por mecanismos extrajurídicos como la reputación es menos costoso que ejecutar coercitivamente una fianza contra el patrimonio del emisor. Por ejemplo, piénsese en el socio emisor con forma de sociedad cotizada que quiere evitar las consecuencias de que el mercado conociese que no cumple voluntariamente con la garantía otorgada.

También en escenarios en los que el lugar en el que se encuentren los activos del patrimonio del emisor "agredibles" o el foro de competencia para conocer de la ejecución contra el emisor la ejecución de una fianza se encarezca sobremanera y el emisor prefiera contar solamente con el cumplimiento voluntario del compromiso reconocido en la *Comfort Letter*. Piénsese, por ejemplo, en el emisor matriz extranjero cuyos activos principales y lugar de administración no se encuentran en España. Además, en nuestro ordenamiento, contamos con el coste idiosincrático de la obtención de un título de ejecución como es la necesidad de contar con póliza notarial intervenida.

Esto también explicaría por qué las Comfort Letters Fuertes no suelen incluir pactos de liquidez de la deuda ni documentarse en títulos ejecutivos ante nuestros tribunales[35].

El segundo es el arbitraje interpretativo. Con las *Comfort Letters* se produce un doble arbitraje interpretativo. Por un lado, el consistente en distinguir entre Fuertes y Débiles. Por otro, el de considerarlas garantías a todos los efectos, incluidos, los contables.

El Plan General de Contabilidad[36] no contiene referencia alguna a las cartas de patrocinio como tales. La Norma de Registro y Valoración 15ª (Provisiones y contingencias) define una provisión como una obligación presente surgida de un suceso pasado, cuyo importe o vencimiento es incierto y afirma que, si no existe obligación presente, pero puede haber un riesgo o compromiso contingente, debe informarse en la memoria.

Adicionalmente, la Norma de Registro y Valoración 15ª aclara que "las empresas deberán informar en la memoria de las contingencias que no se hayan reconocido contablemente, indicando su naturaleza y una estimación de sus efectos financieros" y en igual sentido, el

[34] RUIZ GÓMEZ, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm. 68, 2025, pp.

[35] Va de suyo que la *Comfort Letter* no podría beneficiarse del procedimiento ejecutivo especial del art. 517 LEC, pues no constituye ninguno de los títulos allí previstos. Entre otras razones, por las siguientes: a) si se otorgara en escritura pública, el art. 517.4.º LEC solo comprende «las escrituras públicas, siempre que sean de obligación de pagar una cantidad determinada o líquida, o de dar, hacer o no hacer alguna cosa», extremo ajeno a la Comfort Letter; b) si se otorgara en póliza intervenida, aun cuando el art. 517.5.º LEC mencione «las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las haya intervenido», debe entenderse que la liquidez y exigibilidad de la deuda siguen siendo presupuesto de toda ejecución dineraria.

[36] Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

apartado 5.5. del marco conceptual, que reza que "no se reconocerán los pasivos contingentes en el balance, pero se informará sobre ellos en la memoria".

Resulta sensato pensar que cabría dotar o, cuanto menos, informar en la memoria de una sociedad, un caso de una Comfort Letter Fuerte de la que se estima que se pueden derivar contingencias (porque el carácter vinculante de su redactado es muy claro).

No encontramos motivo alguno de peso para derivar lo contrario del deber de expresar la imagen fiel del patrimonio que el empresario debe cumplir cuando elabora su contabilidad (art. 34 Cco). Para muestra la STS [número]/2012, Civil, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2012:525) que confirma la calificación de culpable de un concurso por la falta de reflejo de la existencia de una garantía a favor de una sociedad filial extranjera en las cuentas anuales de varios ejercicios sociales, que fue ejecutada y la sociedad matriz condenada al pago, aun cuando la sociedad ya había dejado de ostentar el control sobre la filial[37].

No se han localizado normas ni consultas ni documentos del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que aborden expresamente esta cuestión, confirmando que "sigue existiendo una clara ventaja en la utilización de las cartas de patrocinio en el tratamiento contable que las mismas siguen mereciendo, como garantías que no precisan, precisamente por su carácter atípico e impreciso, de reconocimiento contable similar al hecho de haber prestado una determinada fianza o una garantía a primer requerimiento (cid. Art. 200, regla 7, LSA)"[38].

En sentido similar, la Norma Internacional de Contabilidad núm. 37, sobre "Provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes", dispone en su párrafo 14 que debería reconocerse una provisión cuando estemos ante (a) una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado, (b) de ocurrencia probable y (c) siempre y cuando pueda hacerse una estimación fiable del importe de la obligación. Y en sentido similar el párrafo 86 dispone que "si la obligación es posible pero no probable, o no puede estimarse con fiabilidad, no se reconoce, pero se debe revelar en las notas"[39].

Por su parte y desde la perspectiva del financiador, la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, no prevé ningún artículo que pueda dar acomodo a la Comfort Letter y a su consideración como garantía. Sirva como ejemplo la Norma 47.3 (pérdida esperada y garantías), que dice que "las pérdidas por deterioro se estimarán teniendo en cuenta todas las garantías reales o personales, así como los instrumentos de cobertura del riesgo de crédito, siempre que sean efectivas y su valor razonable pueda estimarse con fiabilidad".

[37] Véase la reseña de HERNANDO CEBRIÁ, «Garantía personal o "carta de patrocinio" que no consta en el balance ni en la memoria», *Repertorio jurisprudencial Commenda*, disponible en: https://www.commenda.es/novedades-y-jurisprudencia/repertorio-jurisprudencial/cuentas-anuales/garantia-personal-o-carta-de-patrocinio-que-no-consta-en-el-balance-ni-en-la-memoria/ (consulta: 29.4.2026).

[38] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, RDBB, núm. 106, 2007, p. 178.

[39] En términos contables, «probable» equivale a una probabilidad de ocurrencia superior al 50 %, mientras que «posible» se sitúa por debajo de ese umbral. La tercera categoría es «remoto», que no procede examinar aquí.

Por eso es habitual que se otorguen en documento privado, lo que permite evitar su registro contable, regulatorio, de control de cambios o fiscal, y los posibles costes derivados de su formalización pública, permitiendo a la matriz respaldar a su filial sin reflejar deuda consolidada. Es decir, se presta un apoyo que facilita la obtención de financiación pero que no aparecerá en el balance.

b. Comfort Letter Débil

Las débiles pueden contener desde meras afirmaciones simbólicas o de mero conocimiento hasta compromisos más o menos genéricos. En todo caso, esta diversidad de contenido de este tipo de cartas se caracteriza por un elemento negativo: de lo manifestado por el emisor no se puede inferir la asunción de un compromiso de indemnidad patrimonial del financiador para el caso de que la sociedad filial patrocinada y financiada no cumpla con sus obligaciones como deudor principal.

Y esta es la cuestión clave para abordar la naturaleza y el alcance de las obligaciones o responsabilidades que asume un emisor en cada caso. La práctica demuestra que se trata de una cuestión casuística en la que la interpretación de emisor y financiador receptor suele diferir, especialmente cuando la operación ya se ha concedido, no se ha cumplido y, por tanto, los incentivos de las partes difieren respecto de los que tenían al momento de contratar.

Anticipando este escenario, "a menudo la carta estará redactada en términos algo vagos, ya que el autor buscará evitar obligaciones precisas" [40].

Esta incertidumbre sobre el alcance de los compromisos asumidos en la carta genera elevados costes de transacción. Si ello es así, cabría plantearse ¿por qué seguirían los contratantes recurriendo a Comfort Letters Débiles antes de formalizar una operación?

En nuestra opinión, por su gran valor informativo para el financiador. La información proporcionada tiene una doble vertiente.

Por un lado, negativa. El socio emisor informa al financiador que no está dispuesto a dar más patrimonio en garantía de la operación que el de la sociedad filial patrocinada y potencialmente financiada. El financiador no puede presumir que el socio emisor se obligue a asumir más responsabilidad por las deudas de la financiada que su aportación al capital. Esto ayuda al financiador a calibrar mejor el riesgo real que asumiría.

Por otro lado, positiva. El socio de control emisor señala al financiador que conoce la operación y, por tanto, este último puede presumir que esta no solamente es conforme con el interés social de la filial que solicita la financiación sino también con el interés del grupo del que forma parte. No se trata de una operación de los administradores de la filial que no le convenza o que rechace. Se trata, por tanto, de una ratificación de la actuación de estos administradores. Esto puede ser relevante porque permiten al financiador confiar en que: (i) el socio de control no instruirá a los administradores de la financiada para que actúen en un sentido perjudicial para la operación y (ii) los administradores de la filial no estarían infringiendo con la operación sus deberes fiduciarios (diligencia o lealtad). Esto puede ser muy relevante en operaciones parabancarias en

[40] Fontaine/De Ly, Drafting International Contracts, p. 198.

las que pudiese haber potenciales conflictos entre el interés de la sociedad financiada y el del financiador (p.e. que pudiese tratarse de una operación vinculada porque el financiador fuese inversor que fuese socio minoritario de la financiada o que incluso tuviese presencia en el órgano de administración). Pero también lo es en operaciones bancarias en las que no exista un conflicto de interés directo. El financiador recibe la confirmación por el socio de control de que no lo considerará un tercero "responsable" de un negocio jurídico perjudicial para la sociedad financiada o que el riesgo de acciones (p.e. de nulidad del préstamo) es muy remoto porque estaría contrariando sus propios actos. La cuestión no es trivial porque el resultado de valorar la conveniencia o no de una financiación es muy cambiante entre el momento de contratar y el de cumplir. Especialmente si no hay buen fin. Y no es descartable que se cuestione que una operación no fuese la más barata, la más conveniente o la más adecuada para la sociedad al momento de contratar y que solamente se habría concertado por una más o menos espuria voluntad de los administradores.

Por tanto, aunque no puede descartarse que el socio de control y el grupo pierdan interés en el buen fin de la operación en el futuro, el financiador recibiría señales de que la operación no se vería afectada por las eventuales acciones de cumplimiento del contrato de sociedad que pudiesen dirigirse contra los administradores.

Desde esta perspectiva, la relación de patronazgo no implica una solidaridad patrimonial entre las sociedades del grupo. Expresa únicamente el grado de implicación que el socio de control está dispuesto a exteriorizar frente al acreedor. Precisamente por ello, la carta débil delimita simultáneamente el apoyo y la ausencia de garantía: acredita que la financiación cuenta con la conformidad del patrocinador, pero advierte que este no añade su patrimonio al de la sociedad financiada.

Esta conformidad no equivale, sin embargo, a una ratificación en sentido societario. El socio de control no sustituye al órgano de administración de la filial en la valoración de la conveniencia de la financiación ni puede liberar a sus administradores del cumplimiento de sus deberes fiduciarios respecto a su adecuación al interés social (art. 227 de la Ley de Sociedades de Capital). Tampoco la invocación del interés del grupo basta por sí sola para demostrar que la operación es conforme con el interés social de la filial. La carta permite afirmar que el socio de control conocía y aceptaba la operación, pero no convierte esa valoración en jurídicamente concluyente frente a la propia sociedad, sus socios minoritarios, sus acreedores o, llegado el caso, la administración concursal.

El valor jurídico de la declaración se sitúa en un plano más limitado, aunque no irrelevante. El socio de control que ha presentado la financiación como conocida y conforme con la política del grupo difícilmente podrá adoptar después, frente al financiador que confió razonablemente en esa declaración, una posición abiertamente contradictoria. La carta refuerza así la posición probatoria del acreedor y puede fundamentar responsabilidad cuando las manifestaciones realizadas fueran falsas o deliberadamente engañosas. Lo que no hace es sanar una eventual infracción de los deberes de los administradores, impedir la impugnación por sujetos distintos del emisor o convertir una operación perjudicial para la filial en conforme con su interés social.

En todo caso, el especial valor informativo de una Comfort Letter Débil depende de la posición del emisor dentro del grupo de sociedades al que pertenece el patrocinado. Una carta emitida por una sociedad hermana o por otra entidad del grupo que carezca de control sobre la financiada no

transmite, por regla general, la misma información acerca de la política del grupo ni genera idénticas expectativas sobre la conducta futura de la filial. La conclusión puede ser diferente cuando la emisora desempeñe funciones de dirección, tesorería o coordinación financiera dentro del grupo, o actúe siguiendo un mandato reconocible de la dominante. Lo decisivo no es, por tanto, la mera pertenencia al grupo, sino la capacidad real del emisor para conocer la operación e influir sobre los factores internos que condicionan su ejecución o de cuestionar su adecuación al interés del financiado.

2.3. Manifestaciones y compromisos habituales de una Comfort Letter

La sempiterna pregunta de qué obligaciones debe incluir una Comfort Letter nos conduce a tratar de dar una respuesta mediante una relación exhaustiva de puntos que deberían incorporarse para conseguir un documento con una fuerza obligacional satisfactoria desde la perspectiva del financiador y que, a su vez, constituya una muestra de compromiso de la sociedad que la emite.

La respuesta, además, varía según la parte de que se trate: desde la perspectiva del financiador, lo deseable es un redactado de la carta en términos concisos e indubitados, mientras que desde la de la parte deudora, por el contrario, se tiende a solicitar unos términos laxos e imprecisos y, en ocasiones, a expresiones que clarifiquen que la carta no debe interpretarse como una garantía o compromiso de realizar o procurar el cumplimiento de las obligaciones de pago de la parte deudora.

Adicionalmente, pueden incorporarse diversas manifestaciones y obligaciones de hacer o no hacer de la matriz que complementen y pongan en contexto más aspectos de la operación, a saber, la clase, importe y porcentaje de participación de la matriz en la filial, el conocimiento de la operación así como, especialmente, de los términos en los que se concede la financiación, el compromiso de no permitir que la filial incumpla las obligaciones que ha contraído bajo los documentos financieros correspondientes así como bajo la normativa aplicable (permisos, licencias, etc.), el carácter subordinado de las deudas y el compromiso de pago.

En otras palabras, se suscriben "ahí donde la sociedad matriz no puede o no quiere otorgar una garantía ni asumir un grado de vinculación mayor, bien porque tiene gran poder de negociación frente al acreedor, bien porque se encuentra sujeta a restricciones contractuales que le impiden otorgar garantías personales a favor de terceros o porque se pretende, quizás algo ingenuamente si se trata de «cartas fuertes», evitar la publicidad contable que, en su caso, resultaría del otorgamiento de una garantía tradicional"[41] . Como hemos visto, el respaldo de la matriz actúa como un incentivo para la concesión de la operación[42].

Por otra parte, el financiador consigue un documento que le facilita evaluar mejor el riesgo de crédito en el que ha incurrido, aunque este tipo de cartas, pese a ciertas similitudes que puedan presentar con figuras afines, no se consideran garantía, pues nos hallamos ante un documento

[41] DE CÁRDENAS SMITH/ARLABÁN GABEIRAS, en *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, pp. 346-347.
[42] BUSTO LAGO, «Cartas de patrocinio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Tratado de contratos*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4703.

muchas veces considerado de escasa utilidad, descartable como elemento de valor en la evaluación de los riesgos de una operación[43].

Y debe admitirse que la Comfort Letter puede responder a la voluntad de utilizar una fórmula más ambigua que la contenida en una garantía como tal, con la esperanza de que "todo vaya a ir bien", siendo indudable que se acude a dicha fórmula ocasionalmente y para entenderlo un poco mejor véase a continuación algunos ejemplos[44]:

1. La dificultad de la compañía de obtener garantías más "fuertes" para la operación de que se trate.
2. Reticencias de la compañía que otorga la carta para incurrir en responsabilidades directas, cuando la matriz no desea aumentarlas.
3. Motivos contables, relacionados con el punto anterior, como la necesidad de hacer dotaciones o la voluntad de no incluir contingencias en el balance de la sociedad que otorga la carta.
4. Motivos fiscales relacionados con el punto anterior (el tratamiento contable).
5. La incertidumbre sobre el futuro, dicha empresa puede en un futuro desprenderse de la filial y esa potencial transmisión libre de contingencias para un nuevo adquirente será, a buen seguro, más atractiva.
6. Las limitaciones en las facultades de la sociedad para otorgar determinadas garantías.
7. La Comfort Letter puede percibirse como una fuente de tranquilidad para el banco atendiendo a la solvencia de las matrices que las suelen firmar. Eso sí, rara vez el garante es una entidad financiera[45].
8. Una necesidad de quien financia la operación de contar con apoyo de algún tipo, aplicando el viejo aforismo "menos da una piedra", aun a sabiendas de las dificultades de ejecución que pueden aparecer en el futuro.
9. Casos especiales, como el de la financiación de proyectos, para garantizar el recurso a otras sociedades del grupo en determinadas circunstancias como cuando surgen sobrecostes, hay retrasos que afectan a los ingresos o similar, pese a que ello se aleje de la naturaleza "sin recurso" que da sentido a la estructura de financiación de proyectos[46].

En todo caso, se estima útil indicar algunos de los compromisos que deberían exigirse desde la perspectiva del financiador, que es quien, en última instancia, asume el riesgo de insolvencia de la parte deudora.

[43] Desde la perspectiva de una entidad de crédito, aunque la Comfort Letter Fuerte pueda operar como un refuerzo adicional y favorecer la concesión de la operación, el tratamiento habitual del instrumento suele ser el de «papel mojado», esto es, el de una figura no considerada auténtica garantía.

[44] Sobre ello, véase LIPTON, «Good Faith and Letters of Comfort», *Perspectives on Commercial Law*, [editorial], 1999, pp. 43-60.

[45] GARCÍA VÁSQUEZ, «Garantías independientes y cartas de patrocinio: las mejores alternativas para el comercio internacional», Revista e-Mercatoria, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 1 ss.

[46] MÍNGUEZ PÉREZ, «El contrato de apoyo de los socios en financiaciones de proyecto: análisis de la figura y su evolución en un contexto de crisis crediticia», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 11, 2012, p. 95. Con todo, el recurso a las garantías a primera demanda es cada vez más habitual y la práctica internacional conoce modelos estandarizados de garantía de sobrecostes y de compleción en determinados sectores.

A modo de enumeración *numerus apertus* de requisitos esenciales desde la estricta perspectiva del riesgo de crédito en que incurre quien otorga la financiación, una carta de compromisos que ofreciera ciertos visos de exigibilidad debería contener, como mínimo:

i. La obligación de mantenimiento del accionariado, en los porcentajes que se consideren adecuados, en aras de garantizar el control de la matriz cuya solvencia ha sido tenido en cuenta para la operación[47].
ii. El compromiso etéreo, pero con una gran carga simbólica, de aumentar su implicación en el buen fin de la operación y hacer todo lo posible para que se cumplan las obligaciones de los contratos que se hayan suscrito.
iii. La no constitución de cargas sobre dichas acciones que pudieran suponer una modificación de su titularidad (p.e. una prenda sobre los títulos de la acreditada).
iv. Una manifestación sobre el cumplimiento del requisito de la obtención de todos los consentimientos internos necesarios de la persona que otorga la Comfort Letter[48].
v. Un compromiso de adecuada gestión de la sociedad, que podrá desgranarse fijando aquellos conceptos a los que se refiere pero que, en general, supondrá la gestión adecuada de la misma conforme a las obligaciones legales habituales y, más concretamente, la adopción de acuerdos y la designación de órganos que, razonablemente, tiendan al buen fin de la operación crediticia que se ha llevado a cabo.

vi. Una promesa de dotación de medios financieros a la matriz que le permitan atender puntualmente las obligaciones que ha contraído cuando ello sea necesario, pues se entiende que, en circunstancias normales, la acreditada será capaz de repagar la operación.
vii. Eventualmente, deberes de información relativos a la acreditada y a la operación que aseguren que los financiadores pueden hacer un adecuado seguimiento de la operación y estar alerta de cualquier novedad.
viii. La confirmación y aceptación de la subordinación de los derechos del emisor de la Comfort Letter, comprometiéndose a no iniciar, apoyar o tomar medida alguna tendente al inicio de un procedimiento preconcursal o una declaración de concurso o liquidación o reorganización de la sociedad[49].
ix. Una serie de manifestaciones y garantías cuya veracidad es presupuesto para la validez de la operación, efectuadas en línea con las que habitualmente contiene un contrato de crédito de esta índole, cuyo contenido, salvando las particularidades de cada operación, contiene algunos elementos preformulados en un condicionado general prácticamente uniforme que se utiliza como modelo estándar con las adaptaciones necesarias[50], particularidad que bien puede predicarse de las manifestaciones y garantías de los

[47] En principio, desde el umbral mínimo de control superior al 50 % hasta la condición de socio único, según el contexto de la operación de que se trate.

[48] Pueden observarse algunas de las dificultades que plantea este instituto cuando lo otorgan Administraciones públicas, especialmente por su sometimiento al principio de adecuación presupuestaria y al principio de prudencia financiera, en COMELLAS GOBERNA, *La financiación bancaria de las administraciones públicas*, 2019, pp. 331-349.

[49] Este compromiso puede articularse, habitualmente, mediante instrumentos de deuda que suelen incorporar un pacto de subordinación —por ejemplo, un préstamo participativo— o mediante una cláusula expresa de subordinación contenida en el propio contrato de crédito —por ejemplo, un préstamo subordinado—.

[50] Sobre ello, véase GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados: su integración en el sistema jurídico español*, 1986, p. 45.

contratos de crédito y préstamo de las operaciones que nos ocupan y en el marco de las cuales se puede otorgar una Comfort Letter[51].

Sin perjuicio de lo anterior, la casuística de las Comfort Letters es muy variada y deberá confeccionarse en cada caso conforme a las necesidades concretas de la operación.

Además de las cláusulas habituales de las Comfort Letters, pueden pactarse, para mayor seguridad, obligaciones adicionales. Consideramos de forma separada el siguiente catálogo dado que, o no son tan frecuentes por recargar demasiado el redactado de un instrumento que, *a priori*, goza de una mayor simplicidad con respecto de muchos documentos financieros, o bien son más propias del contrato de financiación (es decir, lo replican de algún modo) pero se añaden para mayor seguridad y despejar dudas[52], como menciones a:

i. La naturaleza obligacional y exigibilidad, lenguaje de refuerzo del carácter vinculante, autónomo e irrevocable de los compromisos asumidos (reminiscencias de una garantía a primer requerimiento), a su carácter irrevocable o a la eficacia de la carta desde su emisión.
ii. La independencia de las obligaciones que se asumen con respecto a las demás garantías y obligaciones de la financiación.
iii. La posible cesión o venta de los derechos derivados de la operación de financiación, en aras de permitir la transmisión de los derechos derivados de la Comfort Letter a un tercero en dichos casos.
iv. Los gastos, impuestos e indemnidades varias sobre costes derivados del documento.

Por último, conviene detenerse de forma breve en las cláusulas de ley aplicable y jurisdicción. Aunque suele ser frecuente que la Comfort Letter guarde silencio sobre estas cuestiones, su inclusión cobra enorme importancia porque la ley aplicable incide directamente en su caracterización, su tratamiento y los remedios aplicables. La cuestión se complica en las operaciones transfronterizas, en las que el habitual silencio puede generar mayor incertidumbre y la normativa en liza es mucho mayor, incluyendo leyes españolas, europeas, extranjeras y convenios internacionales[53]. Nos remitimos, en este sentido, a lo expuesto en el apartado 5.7 de este artículo, sobre el *enforcement*, en el que mencionamos algunos de estos retos, si bien la cuestión es imposible de abordar de forma exhaustiva en este trabajo por su enorme complejidad.

[51] Veracidad de las declaraciones y garantías emitidas; debida autorización y adopción de los acuerdos necesarios para el otorgamiento de la carta; existencia y capacidad; validez de las obligaciones asumidas y confirmación de su vínculo obligacional; adecuación formal del instrumento; obtención de los consentimientos internos y externos necesarios; y ausencia de conflicto con el ordenamiento jurídico.

[52] Para una mejor comprensión del alcance de estas cláusulas nos remitimos a Association of Corporate Treasurers (ACT)/Slaughter and May, *The ACT Borrower's Guide to the LMA's Investment Grade Agreements*, 6.ª ed., 2022, disponible en: https://www.slaughterandmay.com/media/aa4nk3c3/a_borrower_s_guide_to_the_lma_s_investment_grade_agreements_3923pdf.pdf; o a MANZANARES SECADES (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, 2017.

[53] Tómese, por ejemplo, factores como la determinación del domicilio o la calificación de la relación como contractual, que pueden influir en la ley aplicable o el tribunal competente.

3. Las Comfort Letters (y otras figuras análogas) en derecho comparado

En este epígrafe trataremos, desde una perspectiva de derecho comparado, el tratamiento de las *Comfort Letters* en algunos de los principales ordenamientos implicados en la práctica financiera internacional.

3.1. Ordenamientos anglosajones o de *Common Law*

Este apartado analiza el tratamiento de las *Comfort Letters* en los Estados Unidos y el Reino Unido, en concreto bajo Derecho del Estado de Nueva York y Ley inglesa[54]. Ambos ordenamientos convergen en un enfoque sustancialmente similar, basado en la intención, la confianza y la interpretación objetiva del documento. A su vez, ciertas divergencias en el razonamiento judicial reflejan distintas sensibilidades en torno a la práctica comercial y a la asignación del riesgo.

Y es que este instituto, como muchos otros del mundo de la banca y las finanzas, tiene su génesis en los ordenamientos de *common law* o anglosajones. Por ello se hace indispensable una mirada a estos sistemas, en los que el precedente jurisprudencial (*judicial precedent, case law*) es vinculante, algo que no es tan intenso en los ordenamientos llamados de derecho civil (o continentales), donde la fuente primaria del Derecho sigue siendo la norma escrita y el juez tiende a decidir sobre la base de su propia interpretación independiente de la ley.

Observaremos que el papel del precedente es bastante similar en ambos sistemas[55], existe vinculación positiva a la jurisprudencia de determinados tribunales superiores (véase en España el caso del Tribunal Supremo[56] y del Tribunal Constitucional) y, en la práctica, aplicado al caso que nos ocupa, la Comfort Letter es una de las máximas expresiones de ello dado que su interpretación jurídica emana -doctrina aparte- precisamente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es curioso cómo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ven referencias específicas ni a la jurisprudencia, ni a la doctrina, ni siquiera a la práctica bancaria habitual en estos foros (de gran riqueza todas ellas, por cierto). Bien es cierto que "la incorporación de figuras angloamericanas a nuestro derecho desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo no tiene un surgimiento espontáneo sino un razonamiento tras el cual el alto tribunal se ve obligado a resolver aplicando dichas figuras precisamente por la atipicidad de las mismas, por semejanza o por el mismo uso que realizan las partes en los contratos"[57], pero sorprende no observar un influjo concreto.

1. Ley Inglesa

[54] No existe propiamente una «ley de los Estados Unidos» ni una «ley del Reino Unido» en sentido unitario y uniforme, sino ordenamientos jurídicos plurales en ambas jurisdicciones. La elección no es casual: tanto el Derecho inglés como el de Nueva York se han consolidado como las dos leyes rectoras predominantes en la financiación internacional por su sofisticación técnica y por su acervo y previsibilidad jurisprudencial.

[55] RHEINSTEIN, «Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 22, 1952, pp. 90-104.

[56] Art. 1.6 CC: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

[57] SANJUÁN Y MUÑOZ, «La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano», *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 136 y 160.

Bajo Ley Inglesa, las Comfort Letters se analizan fundamentalmente desde la óptica de la intención de obligarse y la interpretación literal del documento. La jurisprudencia ha insistido en distinguir entre meras declaraciones de política (*statements of present intention*) y compromisos jurídicamente vinculantes.

En obras renombradas de esquemas contractuales ingleses se concibe este instrumento como un mero apoyo moral y no como algo que se asemeja a una garantía[58] .

La práctica y las circunstancias concurrentes a la firma de la Comfort Letter devienen fundamentales, también para evitar al juez, en un asunto de tanto calado en el que se dirime si un documento equivale o no a una garantía, la sensación de que se deja a su entero arbitrio la interpretación de los términos de la carta. Así, afirmaciones como "garantizar que el negocio de una compañía esté en todo momento en condiciones de cumplir con sus responsabilidades con usted en virtud de determinados acuerdos" ("*It is our policy to ensure that the business of the company is at all times in a position to meet its liabilities to you under arrangements*"), conforme al entendimiento habitual que tengan los operadores de mercado del alcance de estas afirmaciones, pueden interpretarse como una intención de crear un vínculo obligacional ("*intention to create legal relations*") y, por tanto, como una forma de garantía[59].

En otras palabras, la calificación de las Comfort Letters descansa casi por completo en una construcción jurisprudencial altamente dependiente del caso concreto. A través de una casuística rica y matizada, los Tribunales ingleses han fijado los criterios determinantes para apreciar cuándo una Comfort Letter trasciende la mera declaración de intenciones y adquiere relevancia jurídica, como, por ejemplo:

a. la importancia de distinguir de forma clara entre las palabras que contienen una promesa de asegurar que exista o continúe un estado de cosas y palabras que son meramente una manifestación temporal o una declaración de intenciones (Kleinwort Benson v Malaysia Mining[60] , considerado muchas veces el *leading case* en materia de Comfort Letters);

b. la comprensión -especialmente por el emisor- de lo que significa la carta, lo que establecieron las partes en ella y si pretendieron que nacieran obligaciones vinculantes (Re Simon Carves v Hussain[61]);

c. la admisión de que la Comfort Letter pueda adoptar distintas formas como la de carta aparte o side letter (Associated British Ports v Ferryways[62]);

[58] Véase LexisNexis Encyclopaedia of Forms and Precedents, vol. 7(2), «Commercial Contracts», Forms and Precedents, «Comfort letter from parent company», donde se afirma que «*it* is unlikely that wording as used in this letter will be binding and the letter will at best create a "moral obligation" for the parent company to meet any default on the part of its *subsidiary*», así como que «*it* is not the intention of [parent company] or of any of its subsidiaries to incur any legally binding obligation through the provision of this *letter*».
[59] TRICHARDT, «Chameleonic Documents in Law: A Comfort Letter Trilogy», *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 10, 2001, pp. 416 ss.
[60] Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd [1989] 1 All ER 785.
[61] Simon Carves Ltd v Hussain; Carillion Construction Ltd v Hussain [2013] All ER (D) 304 (Mar).
[62] Associated British Ports v Ferryways NV [2009] EWCA Civ 189.

d. la legítima expectativa de las partes, que pueden confiar en la buena fe y la honorabilidad de la otra parte[63], pese a no ser la buena fe un concepto implícito en derecho inglés; o

e. la necesidad de que, cuando estemos ante un pacto de caballeros o una obligación vinculante en términos de honorabilidad ("*binding in honour only*") ello se haya expresado claramente en el documento[64].

Dos decisiones recientes permiten comprobar la continuidad de estos criterios y, al mismo tiempo, la importancia de atender a la función que la carta desempeña dentro de la operación. En *Etihad Airways PJSC v Flöther*, aunque la cuestión se planteó incidentalmente en un litigio sobre competencia judicial y el Tribunal no resolvió definitivamente sobre el carácter vinculante de la carta, se consideró que existía un *good arguable case* de que la declaración de Etihad de que era su intención continuar prestando a Air Berlin el apoyo necesario constituía, bajo Derecho inglés, una mera *statement of present intention* y no una obligación contractual exigible. El interés del caso reside también en que la carta se insertaba en un conjunto contractual más amplio: acompañaba a un *Facility Agreement* por 350 millones de euros y había sido emitida precisamente en un contexto en el que Etihad no había querido ampliar en términos contractuales el volumen de financiación comprometido. La carta podía, por tanto, expresar una disposición a continuar apoyando a la filial sin trasladar al patrimonio del patrocinador el riesgo que éste había rechazado asumir mediante una obligación contractual de financiación.[65]

El resultado contrario se alcanza en *IDBI Bank Limited v Axcel Sunshine Limited & Anor*. El Tribunal rechazó que la denominación *Letter of Comfort* resultase determinante y atendió al contenido objetivo de la declaración para concluir que incorporaba una verdadera garantía e indemnidad. Expresiones como *"we hereby irrevocably and unconditionally agree, confirm and undertake"*, *"we shall ensure"* o *"we shall provide"* revelaban una obligación de procurar el cumplimiento de la deuda y de proporcionar los fondos necesarios para ello. El caso confirma así que, bajo Derecho inglés, la calificación no depende del *nomen iuris* empleado, sino de si el contenido de la declaración atribuye efectivamente al patrocinador el riesgo patrimonial del incumplimiento.[66]

[63] Rose & Frank Co v J R Crompton & Bros Ltd [1925] AC 445. En particular, la conocida afirmación conforme a la cual no existe razón para excluir que, incluso en el ámbito de los negocios, las partes pretendan confiar en la buena fe y el honor recíprocos.

[64] Edwards v Skyways Ltd [1964] 1 WLR 349. La sentencia exige palabras claras para entender que las partes han querido que la operación quede vinculada únicamente en honor.

[65] *Etihad Airways PJSC v Flöther* [2019] EWHC 3107 (Comm), [2020] QB 793, esp. [72]-[86]. En particular, [72]-[83] sobre la integración de la Comfort Letter y el *Facility Agreement* en un mismo paquete de apoyo financiero y la negativa de Etihad a incrementar la facilidad de 350 a 610 millones de euros; y [84]-[86] sobre la existencia de un *good arguable case* de que, conforme al Derecho inglés, la carta constituyera una mera *statement of present intention* y no generase obligaciones contractuales vinculantes.

[66] *IDBI Bank Limited v Axcel Sunshine Limited & Anor* [2025] EWHC 442 (Comm), esp. [67]-[76]. En particular, [68]-[71], donde el Tribunal afirma que la denominación *Letter of Comfort* no determina su contenido sustantivo y considera que las expresiones *"we hereby irrevocably and unconditionally agree, confirm and undertake"*, *"we shall ensure"* y *"we shall provide"* incorporan una obligación de garantía (*see to it obligation*); y [75]-[76], donde califica la cláusula 11 como una verdadera indemnidad.

Al analizar las implicaciones de las Comfort Letters bajo derecho inglés, se estará al significado de las palabras de la carta, al sentido lógico que se desprendería teniendo en cuenta la intención de las partes (no a lo que éstas aleguen que entendieron) ni, en principio, las actuaciones posteriores de las partes[67]. Ello no supone, sin embargo, interpretar la declaración aisladamente de su contexto contractual y comercial. *Etihad Airways PJSC v Flöther* ofrece un buen ejemplo: al examinar la relación entre la Comfort Letter y el *Facility Agreement*, el Tribunal atendió a la génesis de ambos instrumentos y a su integración en un mismo paquete de apoyo financiero, rechazando que pudieran contemplarse como compartimentos completamente estancos. Ejemplos del uso de estas palabras pueden ser:

a. Una manifestación referida a que la política de una compañía ha sido y es la de que las filiales cumplan con sus obligaciones puede tener consecuencias muy severas especialmente bajo derecho inglés. Sin embargo, en tanto dicha manifestación sea veraz ("ha sido y es" en el momento de emitirse la Comfort Letter), ello no obsta a que en el futuro se produzca un cambio en la política de la compañía, dejando de ser prioritario que las filiales cumplan con sus obligaciones. Equivaldría pues, a agua de borrajas.[68]

b. El uso de expresiones como "*we shall use our best efforts*" (pondremos nuestros mejores esfuerzos), que puede equivaler a la obligación de aportar fondos, aunque no sea de forma directa sino mediante aportación a la patrocinada[69].

c. La confianza creada mediante palabras o locuciones usadas en el documento, como por ejemplo, con expresiones como "tener conocimiento (de la operación)" junto con "adoptar todas las medidas para (que se cumpla con las obligaciones del contrato)".[70]

d. Y, como es lógico, la expresión de que un documento vincula sólo de forma honorable ("*binding in honour only*") no sólo excluiría la exigibilidad cuando de no estar esa expresión pudiera colegirse que estamos ante un contrato vinculante sino que ese tipo de expresiones operan como una presunción que disipa de inicio todo atisbo de fuerza vinculante[71].

Algunos autores opinan que el valor que se le ha de dar a una carta de este tipo y, en particular, a este tipo de manifestaciones, es igual a la probabilidad de que el patrocinador mantenga su política cuando económicamente no le convenga hacerlo[72]. En este sentido, se argumenta que el uso de una Comfort Letter en lugar de otras garantías podría llegar a ser considerado un indicio

[67] ASHBY, «Formation *of Contract: Comfort* Letters», Practical Law (Thomson Reuters), última revisión de 26 de febrero de 2018.
[68] ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort letters in English law and practice», *International Business Law Journal*, núm. 5, 1994, pp. 527-541.
[69] FONTAINE/DE LY, Drafting International Contracts, p. 199.
[70] MÄNTYSAARI, The Law of Corporate Finance, v. II, p. 185.
[71] Resulta interesante, aunque algo bizantina para el objeto de este trabajo, la discusión contenida en *Rose & Frank Co v J R Crompton & Bros Ltd* [1925] AC 445, si bien dicha resolución no versaba sobre Comfort Letters.
[72] MARKS, «Little comfort from letters of comfort», *New Law Journal*, vol. 141, núm. 6527, 1991, p. 479.

de que las partes no desean otra cosa que vincularse mediante una obligación moral o natural, del todo inexigible[73].

Lo que es innegable es que en el Reino Unido, la Comfort Letter se asume como un instrumento presente en el tráfico mercantil, quizá una prueba más del sempiterno pragmatismo británico. Un reflejo de ello lo sería que la Association of Corporate Treasurers haya emitido un notable, extenso y práctico documento de trabajo titulado "*Letters of Comfort: a practical guide*" [74], en el que, entre muchas otras cosas:

- admite la posibilidad de que una Comfort Letter constituya una mera declaración de intenciones, si bien puntualiza que "la conducta del emisor de la carta debe ser coherente con la intención de inaplicabilidad" y "todas las partes deben ser conscientes (y estar de acuerdo) desde el comienzo de la transacción en que la carta no tiene la intención de crear obligaciones vinculantes"

- emite una serie de recomendaciones de sentido común, a saber:

  i. que todas las partes estén al corriente de la emisión de dichas cartas,
  ii. que se asegure que no crean obligaciones adicionales no deseadas por la empresa o que puedan aumentar el riesgo reputacional (más allá de las obligaciones que garantizan, evidentemente),
  iii. que aseguren que todas las afirmaciones que se hacen en dichas cartas se hacen de buena fe y basadas en la razonabilidad,
  iv. que el emisor sea consciente del probable efecto de dichas cartas en la relación con los bancos y de si esta carta ha sido determinante para la concesión de crédito o no,
  v. que se compruebe que no se derivan obligaciones fiscales de la emisión de dicha carta y que se tengan en cuenta otras posibles aristas en el caso de que existan filiales adicionales, socios minoritarios u otros pactos como una joint venture que puedan verse afectados.

2. Ley de Nueva York

Bajo derecho de Nueva York, el tratamiento de las Comfort Letters tiene un menor desarrollo casuístico que bajo derecho inglés y se articula igualmente en torno a la lógica general del Derecho contractual: primarán la intención de obligarse de las partes y la interpretación objetiva del redactado.

Aun así, la jurisprudencia es parca por no decir casi inexistente. En Cortec Industries Inc. v Sum Holding L.P.[75], el tribunal trató la Comfort Letter como parte del conjunto probatorio más amplio y destacó la relevancia de las comunicaciones previas y de la confianza generada (*reliance*) a la hora de valorar si la promesa podía ser exigible. En otras sentencias, se tratan cuestiones

[73] McBain, «Comfort letters, contractual or moral obligations?», *International Banking Law*, vol. 5, núm. 5, 1986, pp. 69-71.
[74] Véase la guía de la Association of Corporate Treasurers, «Briefing Note: Letters of Comfort. A Practical Guide», disponible en: https://www.treasurers.org/ACTmedia/loc.pdf.
[75] *Cortec Industries, Inc. v. Sum Holding L.P.*, 858 F. Supp. 34 (S.D.N.Y. 1994).

contenidas en una Comfort Letter pero no su contenido obligacional como por ejemplo en el caso Banque de Paris et des Pays-Bas v Amoco Oil[76] (competencia arbitral) o en Hotel Capital LLC v Wells Fargo Bank[77] (eficacia de la cesión al banco californiano Wells Fargo).

Buscar explicaciones plausibles a esa escasez de precedentes jurisprudenciales es una tarea para la doctrina y podría tener su explicación en matices diferenciales del derecho contractual "al otro lado del charco", como:

a. Que la falta de consideración judicial en relación con las cartas de consuelo provenga del artículo 90 de la *Restatement (Second) of Contracts* (1979) que, entre otras cosas, establece que una promesa que el promitente razonablemente esperaría que indujera a la acción o la abstención del beneficiario o de un tercero, y que efectivamente induzca dicha acción o abstención, es vinculante si la injusticia solo puede evitarse mediante el cumplimiento de la promesa[78], de modo que se es más consciente de la razonabilidad o esperabilidad de las manifestaciones efectuadas en estos documentos, o

b. La existencia de una obligación general de buena fe contractual [79]que dimana del art. 1-304 del Uniform Commercial Code[80], que operará en aquellos casos en los que se considere que se ha emitido un compromiso jurídicamente exigible en lugar de una mera declaración no vinculante (en suma, aquellos casos que interesan, en los que el redactado de la Comfort Letter contiene un claro contenido obligacional).

3. Hong Kong (y China): el curioso caso de las *Keepwell Deeds*

Una *Keepwell Deed* es un instrumento de "mejora crediticia" (*credit enhancement*) que una empresa matriz —generalmente en China continental— otorga para respaldar financieramente a una filial situada fuera de China (*offshore*), bajo el cual asume obligaciones como mantener la liquidez suficiente, conservar un patrimonio neto mínimo y asegurar que la filial pueda cumplir sus pagos, incluso si ello implica inyectar fondos o apoyar la solvencia de la filial. Este documento se sujeta, en la mayoría de casos, a derecho inglés o a las leyes de Hong Kong.

Para que los fondos comprometidos en la *Keepwell Deed* puedan llegar fuera de China —donde hay controles cambiarios— las matrices suelen acompañar el *Keepwell Deed* con un EIPU o *Equity Interest Purchase Undertaking* (compromiso de compra de participación accionarial), por el cual la matriz acuerda comprar participaciones de la filial. Así, tienen una doble estructura consistente en (a) el *Keepwell Liquidity Support Deed* y, por otro lado, el mencionado *Deed of Equity Interest Purchase Undertaking*.

[76] Véase *Banque de Paris et des Pays-Bas v. Amoco Oil Co.*, [referencia], donde se afirma: «No matter how the language (…) is characterised —as a "guarantee", an "undertaking", (…) or merely a "Comfort Letter"— the [instrument] (…) could arguably be deemed inseparable from the contract».

[77] *Hotel Capital LLC v. Wells Fargo Bank, N.A.*, 2012 NY Slip Op 50735(U).

[78] *Restatement (Second) of Contracts* § 90, «Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance».

[79] En Derecho inglés no existe, con carácter general, una obligación de buena fe contractual equiparable a la prevista en el Código Civil español o, más ampliamente, en los códigos civiles continentales.

[80] UCC § 1-304: «Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement».

La *Keepwell Deed* no es, formalmente, una garantía; pero tampoco es una simple manifestación de buena voluntad. Como sucede con muchas Comfort Letters, su función consiste en reforzar la confianza del acreedor sin activar —al menos en apariencia— el régimen clásico de la fianza o del aval. Precisamente por esa ambigüedad funcional, y por la litigiosidad que ha generado cuando los grupos emisores entraron en dificultades, su estudio ofrece un espejo particularmente útil para comprender hasta qué punto estos instrumentos de "apoyo" son verdaderos compromisos exigibles o sofisticadas construcciones de equilibrio reputacional.

Por lo anterior, el análisis de las *Keepwell Deeds* en el contexto Hong Kong–China resulta especialmente pertinente en un trabajo sobre Comfort Letters, porque, en el fondo, comparten una misma lógica estructural: la de los compromisos de apoyo que deliberadamente se sitúan en la frontera entre la obligación jurídica plena y la mera declaración de respaldo.

La *Keepwell Deed* no suele constituir una garantía directa al uso ni asume deuda en sí misma. Es más "suave" estructuralmente que una garantía formal, pues muchas veces se califica expresamente como no garantía para evitar regulaciones chinas que restringen garantías a entidades *offshore*. Es una manifestación de voluntad que refleja la obligación de mejores esfuerzos para procurar que el emisor mantenga una cierta liquidez y un valor neto positivo y el correlativo compromiso de mantener una cuota de participación en la sociedad a la que apoya. Y se trata de una figura sin reconocimiento oficial en el derecho chino por lo que se suele sujetar a otras leyes (Hong Kong, Reino Unido)[81].

Pero, a fin de cuentas, la *Keepwell Deed* es una manera de reemplazar las garantías otorgadas directamente bajo ley china por las compañías presentes en China. Más bien, una alternativa, pues se incluye siempre un redactado que aclara que "no son garantías" si bien en el mercado son consideradas como tales a falta de algo mejor, debido a los controles de cambio de la segunda economía mundial.[82].

Los controles de capital que ejerce la administración china sobre sus empresas son considerables. Sobre el particular y, en concreto, sobre las garantías sobre filiales, el State Administration of Foreign Exchange[83] emitió en fecha 19 de noviembre de 2019, la *Notice on Strengthening the Management of Central Enterprise Financing Guarantee* (Comunicado sobre el fortalecimiento de la gestión de la garantía de financiación de las empresas centrales)[84] en la que, entre otras medidas, se acordaba (a) Limitar el alcance de las garantías, de modo que las garantías solo pueden otorgarse a filiales o filiales con operaciones viables; está estrictamente prohibido para empresas no relacionadas o insolventes, salvo aprobación expresa del consejo y controlar la escala total de las garantías, referido a que el importe total de las garantías no puede superar el 40 % del patrimonio neto del grupo, y ninguna filial puede superar el 50 % de su propio patrimonio neto; la exposición global no debe aumentar interanualmente.

---

[81] YUNG, «Credit-Enhancement Mechanisms for Dim Sum Bonds: Structures and Risks», *Capital Markets Law Journal*, vol. 10, 2015, pp. 7-8.

[82] QIAO, «Finance Against Law: The Case of China», *Harvard International Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2022, pp. 35-38.

[83] La *State Administration of Foreign Exchange* (SAFE) es el organismo chino encargado de regular y controlar las operaciones de cambio y los flujos internacionales de capital, así como de supervisar las reservas de divisas del país.

[84] Documento originalmente disponible en: http://www.sasac.gov.cn/n2588035/c21839149/content.html, bajo el título 关于加强中央企业融资担保管理工作的通知.

Se trata, pues, de un recurso (¿ingenioso?) para hacer el "bypass" a la supervisión de las autoridades chinas y siempre bajo la espada de Damocles consistente en la interpretación que los tribunales chinos puedan tener del concepto de interés público[85], que puede poner en peligro su exigibilidad[86]. Así, las KWD conllevan dos riesgos potenciales[87]:

1. El gobierno chino podría tomar medidas contra dicha emisión de bonos y hacer cumplir la regulación que se está eludiendo, si bien la regulación de la SAFE se centra específicamente en las garantías transfronterizas, técnicamente hablando, y las KWD suelen contener una manifestación relativa a que no constituyen garantías, de modo que evitarían entrar en conflicto directo con dicha regulación.

2. Es cuestionable que los tribunales chinos puedan hacer cumplir estos contratos extralegales, además de las numerosas dificultades en la ejecución que podrían aflorar (p.e. en sociedades cotizadas y, por tanto, sujetas a un regulador, cuando hay determinadas obligaciones procedimentales, de autorizaciones, plazos, etc.).

La jurisprudencia reciente de Hong Kong ha permitido precisar la naturaleza y alcance de las *Keepwell Deeds*. Los asuntos CEFC, Peking Founder y Tsinghua Unigroup muestran que estos instrumentos, pese a no constituir garantías propiamente dichas, pueden contener obligaciones contractuales jurídicamente exigibles. Su efectividad depende, sin embargo, de la concreta redacción de sus cláusulas, de las modalidades previstas para su cumplimiento y, particularmente, de la eventual necesidad de obtener autorizaciones administrativas chinas para la transferencia de fondos. De ahí que la existencia de cláusulas que limiten determinadas obligaciones al empleo de *best efforts* para obtener tales autorizaciones pueda resultar decisiva, especialmente cuando la matriz china haya entrado ya en un procedimiento de reorganización.

Especialmente significativa resulta la sentencia del Hong Kong Court of Final Appeal de 19 de marzo de 2025 en el asunto Peking Founder. El tribunal confirmó que la matriz había incumplido su obligación de proporcionar liquidez a determinadas filiales offshore, pero consideró que estas únicamente tenían derecho a daños nominales. La liquidez podía haberse proporcionado mediante un préstamo de la matriz, de modo que su recepción habría sustituido la deuda de las filiales frente a los bonistas por una deuda equivalente frente a aquella, sin producir por sí misma una mejora de su patrimonio neto. El caso pone así de manifiesto una diferencia esencial entre garantía y *Keepwell Deed*: la existencia y el incumplimiento de una obligación contractual de apoyo no comportan necesariamente una indemnización equivalente a la deuda subyacente. La eficacia económica de estos instrumentos depende, por tanto, no solo de su carácter vinculante, sino también de quién esté legitimado para reclamar, de las obligaciones concretas asumidas y de la posibilidad de acreditar un daño patrimonial derivado de su incumplimiento.

[85] WANG, «Effectiveness of Keepwell Deeds Under Chinese Law and Consideration of the Public Interest: Part 1», *Asian Business Lawyer*, núm. 34, 2023, pp. 1 ss.

[86] Bajo el Acuerdo de reciprocidad entre Hong Kong y China puede rechazarse la ejecución si se considera contraria a los «intereses sociales y públicos de la República Popular China».

[87] QIAO, *Harvard International* Law *Journal*, vol. 63, núm. 1, 2022, pp. 1 ss.

3.2. Ordenamientos continentales

A diferencia del enfoque del derecho inglés, marcado por la jurisprudencia y una sujeción absoluta al tenor literal del documento, los ordenamientos continentales —en particular Alemania, Italia y Francia— tienden a abordar las Comfort Letters desde categorías más amplias y flexibles. Frente al formalismo relativo del modelo inglés, el Derecho continental muestra quizá, como veremos, una mayor disposición a integrar las Comfort Letters en esquemas generales de responsabilidad y tutela de la confianza[88].

1. Alemania

En Alemania, la figura equivalente a las Comfort Letters —tradicionalmente encuadrada bajo la categoría de las *Patronatserklärungen* (declaraciones de patronazgo)— presenta un grado de desarrollo particularmente intenso y sofisticado, tanto en la práctica societaria como en la elaboración jurisprudencial. La distinción entre *harte Patronatserklärung* (declaración fuerte, con contenido obligacional exigible) y *weiche Patronatserklärung* (declaración Débil, de mera intención o respaldo moral) ha sido perfilada con notable precisión por el Bundesgerichtshof (BGH), especialmente en escenarios de crisis e insolvencia, donde se pone a prueba la verdadera naturaleza del compromiso asumido por la matriz.

Las Comfort Letters no están expresamente reguladas en el ordenamiento alemán y, como en otras jurisdicciones, se las puede calificar de "incómodas" (o inseguras) para quien financia una operación[89]. Pero lejos de ser una figura marginal, la Comfort Letter alemana constituye un instrumento habitual en estructuras de financiación intragrupo y operaciones internacionales, cuya eficacia depende menos de su denominación formal que de su contenido concreto y de la confianza legítima generada en el acreedor. En este sentido, el Derecho alemán ofrece probablemente uno de los laboratorios jurisprudenciales más densos y sistemáticos en Europa sobre la frontera entre apoyo reputacional y obligación jurídicamente vinculante.

Estas cartas han sido objeto de una parca jurisprudencia, especialmente del *Bundesgerichtshof* (BGH), el Tribunal Supremo Federal de Alemania[90], que presenta notas interesantes para el estudio de la Comfort Letter[91]

Un *corpus* jurisprudencial abundante permite afirmar que, en líneas generales, su tratamiento no difiere demasiado del que se da a la Comfort Letter en nuestra jurisprudencia, así como extraer ejemplos singulares que hacen hincapié en la utilidad de dicho instrumento para evitar situaciones de insolvencia[92], como por ejemplo en los casos de:

[88] Véase el estudio exhaustivo de DROBNIG, Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.), 2007.

[89] FRANKEN, «The Force of Comfort Letters under German Law», *International Financial Law Review*, vol. 4, 1985, p. 14.

[90] Sería el equivalente funcional, salvadas las diferencias estructurales, al Tribunal Supremo español. Sus Salas II y IX (*Zivilsenate*) conocen, respectivamente, de asuntos civiles y concursales.

[91] Los autores han recurrido a herramientas de traducción automática únicamente para la lectura de las sentencias alemanas.

[92] Pensamiento arraigado en la doctrina alemana, que parte de la extinción sobrevenida, debido al concurso, de la obligación de apoyo financiero a la filial. Véase también CARRASCO PERERA, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 104-105.

c. La Sentencia de la BGH de 19 de mayo de 2011 (IX ZR 9/10), IX. Zivilsenat[93], que admite la Comfort Letter como un mecanismo válido para excluir el sobreendeudamiento al computarse como activo el compromiso de apoyo financiero de una filial cuando esta es Fuerte y, por ejemplo, incluye un compromiso frente a su filial a proporcionarle los fondos necesarios para hacer frente a sus respectivas cuentas por cobrar.

d. La Sentencia de la BGH de 13 de julio de 2021[94] que, yendo un paso más allá, concluyó que, al estar frente a una Comfort Letter Fuerte, la sociedad deudora (patrocinada) no estaba sobreendeudada pues la matriz patrocinadora debía prestarle apoyo en modo suficiente para hacer frente a sus obligaciones financieras. Es decir, una *harte Patronatserklärung* puede excluir el sobreendeudamiento cuando el compromiso de la matriz sea jurídicamente exigible y suficiente para cubrir las obligaciones de la filial

e. El Auto del BGH de 12 de enero de 2017[95], que asentaba que la responsabilidad del patrocinador se mantiene respecto de las obligaciones generadas durante la vigencia de la carta, aunque ésta se extinga posteriormente.

Así, en el ordenamiento alemán, las Comfort Letters, particularmente en su modalidad Fuerte, inciden directamente en el análisis de los presupuestos necesarios para la declaración de insolvencia de la sociedad, al poder excluir el sobreendeudamiento de la filial, algo que contrasta con la escasa relevancia que estas declaraciones presentan en el Derecho español.

Pese a no haber un precepto que la regule directamente, el BGH ha acudido a la interpretación de varios preceptos del Código Civil alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) para su configuración. Así, el BGH es claro en cuanto a que no estamos ante la tradicional garantía equiparable a la fianza (*Bürgschaft*, regulada en el § 765 ss. BGB), porque el contenido y la estructura son distintos, principalmente debido a que hay un compromiso de mantener a la filial en condiciones de pagar. Otros preceptos del BGB han sido objeto de aplicación analógica por el BGH, como, el § 242 BGB, que dispone un principio denominado *Treu und Glauben* (similar a nuestra buena fe), para interpretar el alcance de los compromisos asumidos, el § 280 BGB en cuanto a la existencia de una relación obligacional pese a no haber un contrato en el sentido estricto (*Schuldverhältnis*) o el § 311 (2) BGB en cuanto a la *culpa in contrahendo*, en aquellos casos en que la carta induce una confianza legítima en el acreedor.

Junto a las Comfort Letter, convive una figura de apoyo matriz-filial típica del derecho alemán llamada PLTA (*Profit and Loss Transfer Agreements*)[96] que quizá merezca una mención peregrina. Se trata de acuerdos intragrupo inscritos en el registro mercantil, mediante los cuales la filial transfiere su resultado a la matriz y, correlativamente, la matriz asume la obligación legal de

[93] BGH, Urt. v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, disponible en: https://openjur.de/u/165452.html.
[94] BGH, Urt. v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, disponible en: https://openjur.de/u/2363030.html.
[95] BGH, Beschl. v. 12.1.2017 – IX ZR 95/16, disponible en: https://openjur.de/u/2116317.html.
[96] En alemán, *Gewinnabführungsvertrag* (también *Ergebnisabführungsvertrag*) y, en su modalidad más típica de contrato de grupo, *Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag* (BGAV).

cubrir las pérdidas de la filial durante la vigencia del contrato[97]. Por su forma, no es una Comfort Letter, pues nos hallamos ante un contrato societario típico y reglado, pero su función económica de apoyo a la filial y sus notas distintas de una garantía a primer requerimiento o una fianza (el apoyo financiero se produce al final del ejercicio, en función de los resultados), viene a ser una buena alternativa disponible en el mercado alemán[98].

Una singularidad adicional del Derecho alemán es el tratamiento de las denominadas *Patronatserklärungen ad incertas personas*, esto es, declaraciones de patrocinio que no se dirigen a un acreedor determinado, sino a una pluralidad abierta de terceros, normalmente mediante su publicación en el informe anual de la sociedad matriz.[99] La indeterminación inicial de sus destinatarios no excluye por sí sola su carácter vinculante: la cuestión depende de que, interpretada objetivamente la declaración, pueda reconocerse la voluntad del patrono de obligarse frente a los acreedores de las sociedades beneficiarias. La doctrina alemana ha rechazado mayoritariamente la necesidad de configurar estas declaraciones como promesas unilaterales y las reconstruye como ofertas contractuales *ad incertas personas*. En particular, LA CORTE sostiene que no existe razón para someter a un régimen distinto la declaración individual y la pública por el solo hecho de que esta última se dirija a un círculo indeterminado de acreedores: también ésta requiere aceptación, aunque, conforme al § 151 BGB, no sea necesario que la declaración de aceptación llegue al patrono, siendo suficiente una exteriorización reconocible de la voluntad de aceptar.[100] De este modo, la publicidad de la Comfort Letter amplía el círculo de sus posibles destinatarios, pero no transforma por sí misma su naturaleza ni convierte cualquier manifestación favorable de la matriz en una garantía frente al público.
Fuera de los supuestos en que la declaración produzca por sí misma efectos contractuales, subsiste una cuestión distinta: la relevancia que la conducta de la dominante pueda tener en la formación de una apariencia de respaldo financiero de la dependiente. La eventual responsabilidad que de ella pudiera derivarse no exigiría propiamente «levantar el velo» ni desconocer la separación patrimonial entre ambas sociedades. La deuda continuaría perteneciendo al patrimonio de la filial; lo que habría que determinar es si la conducta de la dominante proporciona un título autónomo para imputarle responsabilidad frente al tercero que confió razonablemente en la apariencia creada.[101] Desde esta perspectiva, la publicación de una

[97] Estas figuras se contemplan en el § 302 de la *Aktiengesetz* (AktG).

[98] Véase, como ejemplo, https://www.rwe.com/-/media/RWE/documents/05-investor-relations/finanzkalendar-und-veroeffentlichungen/hv2020/control-and-profit-and-loss-pooling-agreement-RWE-AG-GBV.pdf.

[99] KOCH, *Die Patronatserklärung*, 2005, pp. 533-605, esp. pp. 542 ss., 548 ss. y 572 ss., donde examina sucesivamente la voluntad de producir efectos jurídicos de la *Patronatserklärung ad incertas personas*, su calificación como contrato o promesa unilateral y los requisitos de aceptación.

[100] LA CORTE, *Die harte Patronatserklärung. Zugleich ein Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtsprechung*, 2006, pp. 84-99 y 181-229, esp. pp. 195 y 227-229. La autora considera que las declaraciones de dotación (*Ausstattungszusagen*) dirigidas a personas indeterminadas son ofertas contractuales necesitadas de aceptación y rechaza que la mera indeterminación del círculo de destinatarios justifique calificarlas como promesas unilaterales; respecto de las declaraciones públicas, admite la celebración conforme al § 151 BGB sin necesidad de recepción de la aceptación por el patrono.

[101] FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. I, 2.ª parte, *Die juristische Person*, 1983, pp. 63 ss., esp. p. 68; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i)», *Almacén de Derecho*, 17 de noviembre de 2015; el mismo, «Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (y ii)», *Almacén de Derecho*, 14 de diciembre de 2015. FLUME aborda expresamente la doctrina del *Durchgriff* en las pp. 63-94 y sostiene que el problema debe reconducirse a la responsabilidad de los miembros por su propia conducta, tesis que ALFARO ÁGUILA-REAL emplea para distinguir estos supuestos del verdadero desconocimiento de la separación patrimonial.

Comfort Letter puede integrar, junto con las restantes circunstancias del caso, el conjunto de elementos relevantes para apreciar aquella apariencia, sin que deba atribuírsele por sí sola ese efecto. La idea tampoco resulta extraña a nuestro Derecho: el Anteproyecto de Código Mercantil llegó a prever expresamente la responsabilidad subsidiaria de la dominante cuando se hubiera generado en el acreedor la apariencia de que aquella asumía las deudas de la dependiente.[102]

2. Francia

La Comfort Letter en Francia se perfiló inicialmente a través de la jurisprudencia —como reflejan algunas decisiones especialmente destacadas— y terminó siendo objeto de positivización en el *Code Civil*, si bien ello no ha enervado, como se verá, que siga habiendo litigios sobre esta figura. Destacamos cuatro Sentencias de la *Cour de Cassation* francesa, como La Sentencia de 21 de diciembre de 1987[103] consideraba, en síntesis, que una carta de intención puede constituir un compromiso contractual, incluso unilateral, si ha sido aceptada por el destinatario conforme a la intención común de las partes, pudiendo incluso implicar una obligación de resultado aun no siendo un contrato de fianza e independientemente del nombre que le den las partes (a calificar por el juez).

f. La de 4 de octubre de 1994[104], que la carta de intención contenía un compromiso de hacer todo lo posible ("*obligation de moyens*"), no una obligación de resultado y casaba la Sentencia de la Audiencia (*Cour d'Appel*) para que volviera a examinar si, efectivamente, se había cumplido con esa obligación.

g. La de 26 de febrero de 2002[105], que permitía que la Comfort Letter pudiera constituir una obligación de resultado cuando el contenido del compromiso es suficientemente firme (y, adicionalmente, que si el banco invoca el compromiso de la Comfort Letter antes que expire la obligación a la que se refiere, no cabe alegar la expiración del compromiso).

h. La de 18 de diciembre de 2019[106], que todavía era más contundente que sentencias anteriores en el sentido de afirmar que cuando una carta de intención contiene compromisos claros, firmes y orientados a garantizar un resultado concreto (como evitar pérdidas a los acreedores o asegurar la tesorería), la obligación asumida por la sociedad matriz es una obligación de resultado y que el juez no puede ignorar el alcance jurídico de los términos utilizados.

[102] Art. 291-13.1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014, bajo la rúbrica «Responsabilidad por apariencia»; véase asimismo el Dictamen del Consejo de Estado núm. 837/2014, de 29 de enero de 2015.

[103] Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007019993/.

[104] Cass. com., 4 oct. 1994, n° 92-15.330, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007032669/.

[105] Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007045811/.

[106] Cass. com., 18 déc. 2019, n° 18-12.287, disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039692241/.

En medio de este íter jurisprudencial, Francia optó por regular este instituto en la línea del ALCM[107], es decir, sentando las bases para lo que llaman *Lettre d'Intention*. Así, el artículo 2322 del *Code Civil* dice que la carta de intenciones es el compromiso de hacer o no hacer con el objeto de apoyar a un deudor en el cumplimiento de su obligación con su acreedor[108].

La positivización francesa —al configurar la carta de intenciones como un compromiso de hacer o no hacer en apoyo del deudor— ofrece una referencia clara para el Derecho español, donde la figura sigue siendo atípica. En este contexto, el anteproyecto de Código Mercantil apunta en una dirección similar, sugiriendo una posible evolución desde la actual construcción jurisprudencial y práctica hacia su reconocimiento normativo, aunque es dudoso el refuerzo de la seguridad jurídica en una figura que es el paradigma de la flexibilidad y la maleabilidad, siendo por tanto extremadamente difícil de encorsetar.

3. Italia

En Italia la Comfort Letter recibe el nombre de *Lettere di Patronage* y se reconoce también el origen anglosajón de la figura y su uso habitual en la financiación bancaria. Las primeras sentencias que la abordan provienen de los tribunales de Milán (finales de los años 70 y principios de los 80), que supusieron un primer reconocimiento jurisprudencial de la figura, un primer intento de distinción entre Fuerte y Débil (*debole, forte*) y la consolidación inicial de la tipología y de los efectos prácticos. No obstante, su tratamiento a fondo deriva de la práctica comercial y de la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, que ha desarrollado su interpretación a lo largo de los años.

A la Comfort Letter, que no está positivizada como tal, se le han aplicado varios artículos del *Codice Civile* y figuras del derecho civil italiano como el artículo 1333 del *Codice Civile* italiano, que se refiere a los contratos con "obligaciones únicamente del proponente", que se considerarán irrevocables en cuanto se tenga conocimiento de la parte a la que se destina (momento en el cual, conforme al artículo 1334, se considera que surten efecto), el artículo 1987 del *Codice Civile*, referido a la promesa unilateral de pago (*promessa unilaterale di pagamento*), la figura de la fianza (*fideiussione*) atípica, o los principios de la buena fe (tan presentes en los ordenamientos continentales).

a. La núm. 10235 de 27 de septiembre de 1995[109] que disponía que aun cuando sean instrumentos distintos de las garantías personales típicas, no hay motivo para dudar de su validez, dado que dichas declaraciones, tienen por objeto reforzar la protección de los derechos del acreedor y, por consiguiente, hacer efectivos intereses que ciertamente merecen protección del ordenamiento jurídico, especialmente en el caso de las Fuertes, con fundamento en los artículos 1333 y 1322 del *Codice Civile*.

[107] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, publicada en el *Journal officiel de la République française* el día siguiente, uno de los frutos de la reforma del Derecho de garantías impulsada por la denominada Comisión Grimaldi.

[108] Art. 2322 del Code civil: «La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier».

[109] Cass. civ., sez. I, 27 settembre 1995, n. 10235, disponible en: https://elearning.unite.it/pluginfile.php/276028/mod_folder/content/0/INFORMAZIONE-%20I-%20NON%20LEGALMENTE%20DOVUTE%20CASS%20CIV%2010235%201995%20PATRONAGE.pdf.

b. La núm. 30174 de 30 de diciembre de 2011[110] reconocía un compromiso ante el banco acreedor a garantizar el endeudamiento de la filial con respecto a ese banco, asumiendo directamente una obligación de garantía.
c. La núm. 27547 de 6 de noviembre de 2014[111], que confirmaba que las Comfort Letters son contratos atípicos y, por tanto, no están expresamente regulados por la ley, cuyas reglas deben reconstruirse teniendo en cuenta las expresiones utilizadas, la naturaleza de los compromisos asumidos por el patrocinador y cualquier otra circunstancia, con cita de la Sentencia de la Corte de Casación Civil, Sección 3ª, núm. 4888, de 3 de abril de 2001, que fijaba los criterios para diferenciar entre cartas Débiles y Fuertes (*debole e forte*).
d. Sentencia de la Corte de Casación Civil, Sección 1ª, núm. 28932 de 23 de octubre de 2025[112].

4. Tratamiento jurisprudencial en derecho español

A lo largo de los años y en varias sentencias, el Tribunal Supremo ha perfilado los requisitos generales de la Comfort Letter en varias sentencias que se reseñan de forma breve a continuación. Es de destacar que, con los años, se ha ido constatando la inclusión del texto de las cartas de patrocinio en las sentencias[113], lo que coincidimos en ver como una "actitud encomiable que contribuye no sólo al análisis de la materia, sino a la seguridad de los operadores en el mercado", quienes podrán valorar con mayor fundamento el contenido concreto de las Comfort Letter que se propongan emitir[114].

4.1. La STS de 16 de diciembre de 1985

La STS 774/1985, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1985:1643) puede considerarse como la primera que aborda las Comfort Letters como tales y que sienta, en España, la tradicional distinción entre cartas Débiles y Fuertes. El recurso analizaba el tratamiento que debía darse a una carta emitida por una entidad bancaria que, entre otras afirmaciones, confirmaba que la citada entidad "controla directa o indirectamente la absoluta mayoría de las acciones», y "sostiene sus necesidades económicas, incluyendo la adquisición de dos aviones" por lo que la entidad "cree firmemente en el futuro" de la sociedad habiendo "aprobado un aumento del capital social de ésta en 300 millones de pesetas".

El alto Tribunal estableció que "no existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo financiero con una fuerza vinculante fundada en

[110] Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174, disponible en: https://www.sspl.unibocconi.it/wps/wcm/connect/pdf/Obbligazioni+solidali+e+parziarie.pdf.

[111] Cass. civ., sez. III, 6 novembre 2014, n. 27547, disponible en: https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/30-09-2019/sent._27547_2014.pdf.

[112] Cass. civ., sez. I, 23 ottobre 2025, n. 28932, disponible en: https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20251102/snciv@s10@a2025@n28932@tO.celean.pdf.

[113] En tribunales españoles pero también en extranjeros.

[114] BARRAL [segundo apellido], «Cartas de patrocinio», *Hay* Derecho (blog), 6 de diciembre de 2016, disponible en: https://www.hayderecho.com/2016/12/06/cartas-de-patrocinio/.

el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1.255" si bien puntualizó que "las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad". Y, siguiendo y expandiendo este último razonamiento, el Tribunal Supremo desestimó la petición (y el recurso) argumentando que (a) la relación matriz-filial propia de las Comfort Letters no aparecía acreditada en este caso, aun teniendo la matriz una posición de accionista mayoritario (b) la carta básica contenía únicamente "pareceres, opiniones o informes sobre la solvencia de la compañía (…) sin intención obligacional alguna", (c) la condición del firmante de la carta no le autorizaba para obligar a la entidad bancaria ni constaba en autos que hubiera sido autorizado por los organismos societarios competentes para ello, (d) que aplicando el artículo 1.827 del Código Civil, la declaración emitida en la carta, que sería constitutiva de una fianza, debía ser clara y sin equívocos y (e) el carácter no determinante de las cartas en cuanto a la concesión de la operación dado que, en el caso de autos, se circunscribían más bien a "la futura ejecución de un contrato (…) simplemente proyectado y no de avalar el pago de un crédito ya nacido en el desarrollo de tal negocio".

4.2. La STS de 10 de julio de 1995

La STS 717/1995, Civil, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:1995:4058) tiene una nota curiosa, cual es que no versa específicamente sobre una Comfort Letter como tal, si bien la doctrina que contiene es de aplicación indirecta y es invocada en las sentencias que veremos más adelante por su importancia. En la citada resolución el Tribunal Supremo asentó el principio según el cual "el afianzamiento de deudas puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código Civil y así proceden tanto las garantías personales como las reales, teniendo naturaleza adicional, al traer su causa de otro contrato precedente e inicial, que se proyecta sobre el afianzamiento concertado, pero que no impide que se desarrolle con autonomía cuando así las partes lo convienen, y hace difuminar la nota de accesoriedad que supone necesaria subordinación al contrato principal, en cuanto a su exigibilidad independiente de este, no sucediendo respecto a su extinción, ya que si se paga la deuda afianzada, transfiere sus efectos al contrato inicial".

En el supuesto de autos, se analizaba un contrato válido de garantía del pago del precio adeudado de una transacción sobre el que se discutía su carácter de negocio fiduciario (con las consecuencias que esta última consideración comportaría). El Tribunal Supremo consideró que las personas que garantizaban la operación asumieron la obligación de garantía "dada su condición de socios de la entidad adquirente" en la transacción (juntamente con una tercera persona no llamada al pleito, por haber satisfecho ya su tercera parte correspondiente) lo que constituía un supuesto de simulación relativa que, por tanto, vinculaba "a quienes libre y conscientemente lo convinieron (…) al no concurrir causa alguna que le prive de licitud y eficacia", de modo y manera que el afianzamiento devenía un "negocio garantizador del efectivo pago correspondiente del precio establecido en aquel contrato principal, con suficiente autonomía propia contractual (…)".

4.3. La STS de 30 de junio de 2005

La STS 529/2005, Civil (Sala 1ª, Sec. 1ª), de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4375) abundaba en la distinción entre cartas Fuertes y Débiles, afirmando que las débiles "suelen ser emitidas, generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma" y que son más bien "recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el

pago del crédito a la entidad patrocinadora", mientras que las fuertes constituyen un "contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito".

En este caso, el Tribunal Supremo confirmó la estimación de la pretensión resarcitoria del Juzgado de Primera Instancia, confirmada a su vez por la Audiencia Provincial. En concreto, en el supuesto de autos, el emisor de la carta comunicaba que era titular de todo el capital de la sociedad y que si "tuviera problemas en devolverlo a su vencimiento, procedería (…) a ampliar capital hasta el importe de dicho crédito para poder hacer frente a tal compromiso". Los términos, pese a no ser detallados, parecían indicar la contracción de una obligación de aportar capital hasta que la filial pudiera satisfacer la deuda pendiente derivada de la operación crediticia en el caso de que no hubiera tenido medios para hacer frente a la misma, como sucedió.

Una parte muy interesante de la sentencia se refiere a la distinción de la figura de la Comfort Letter de la fianza, dado que en la misma "la declaración constitutiva de fianza ha de ser clara y precisa, sin que pueda sustentarse en expresiones equívocas, que a menudo se prodigan en las cartas de patrocinio, con tendencia a atenuar su fortaleza y consecuencias jurídicas". Dado que la carta de patrocinio "no embebe ni supone la constitución de una fianza" aun participando de algunas notas de la misma, no era trascendente si se habían incumplido algunas de las notas propias del contrato de fianza, extremo que constituía una de las alegaciones de la parte condenada en sentencia al pago para oponerse al mismo.

La Sentencia acude al mandato de crédito como figura alternativa a la cual asimilar la Comfort Letter y así "desdibujar la idea de afianzamiento" pues dicha figura asimila las relaciones derivadas de una carta de patrocinio a las de un mandato y reconociendo, en cualquier caso, "la responsabilidad del emisor en aquellos casos en que su destinatario atiende al requerimiento formulado en la carta". Esta obligación de resarcir a quien concede el crédito basándose, en parte, en la Comfort Letter, constituye, en palabras del Tribunal Supremo, "el motivo determinante de la actuación del mandatario y provocando en caso de ser aceptada, los efectos jurídicos correspondientes al contrato de mandato (…) asumiendo más o menos directamente el exhortante (mandante) el riesgo de la operación (promesa atípica de garantía)". Conforme a este razonamiento y siguiendo las palabras del Tribunal, "quien inste a otro a dar crédito a un tercero y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado puede quedar obligado jurídicamente, no ya tanto por mediar contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino porque el ordenamiento viene a contemplar y dar relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba, pudiendo el destinatario de la carta de patrocinio (concedente) dirigirse para reclamar la efectividad y cumplimiento del contrato de crédito contra el también interesado (patrocinador-mandante) cuando el acreditado incumpla". A diferencia de la fianza, en estos casos el emisor de la carta no paga la deuda de la filial, sino que indemniza al acreedor por daños causados por el incumplimiento de deberes hacia la filial [115].

[115] Carrasco Perera, «Sentencia de 30 de junio de 2005: cartas de patrocinio. Obligaciones resultantes de las declaraciones de titularidad sobre el capital de la filial y de apoyo financiero en caso de insolvencia», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 71, 2006.

Pero, "si toda declaración de patrocinio fuera mandato de crédito realmente no sería ni siquiera precisa la carta de patrocinio como tal ni cumpliría función"[116]

4.4. La STS de 13 de febrero de 2007

La STS 96/2007, Civil, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1026) reviste un gran interés dado que abundó en la flexibilidad de esta figura y se refería a una Comfort Letter Débil, al amparo de la cual una entidad bancaria reclamaba el pago por los emisores, pretensión que fue desestimada en cada una de las tres instancias, reproduciendo la argumentación contenida en las STS 774/1985, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1985:1643) y STS 529/2005, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4375), comentadas más arriba.

La Comfort Letter indicaba, entre otras cosas, lo siguiente: "pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin" pero añadía que el accionista y su grupo empresarial dejaban constancia de su conocimiento de la operación y confirmaban tener una posición mayoritaria en el capital de la sociedad beneficiaria de la operación crediticia e indicaba claramente en un párrafo a continuación que, para el caso el accionista y su grupo empresarial perdieran la mayoría de acciones en la sociedad, se comprometían "a informarles y a estudiar con ustedes las medidas pertinentes para que dicha operación crediticia pudiera llegar a feliz término". Así, en la carta de compromiso objeto de autos, se mencionaba el compromiso de poner "todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin", algo que es una obligación mayor que la de simplemente dotar de medios a la filial para que cumpla, aunque el Tribunal Supremo no hiciera especial énfasis en este caso[117]. Nuevamente, una asimilación de las relaciones derivadas de la emisión de las cartas de patrocinio a las relaciones típicas del mandato[118].

Es de gran interés cómo la Sentencia admitió que la obligación contenida en la carta la hubiera contraído el firmante de la carta de forma personal así como en unión del grupo de empresas que le pertenecía (sin cuestionar las facultades para ello) y que la carta había sido determinante para la concesión de la operación y que, aun no siendo una garantía otorgada por una sociedad matriz respecto de la sociedad filial, existía un compromiso personal por parte del firmante de la carta y por el grupo de sociedades de la que era titular.

Pero el redactado de la carta, débil, que sirvió de base a la Sala Primera para considerar que, al hecho de no expresar un compromiso firme e irrevocable se añadía que el presupuesto de control de la sociedad a través de la mayoría de sus acciones había desaparecido en el momento de reclamar. Admitía el Tribunal que, aisladamente considerada, la expresión "todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin" no era equívoca y sugería un deber de colaboración. Sin embargo, contrastando dicha expresión con el resto de la carta y en función del llamado criterio de la totalidad («canon hermenéutico de la totalidad del área contractual», según

[116] Carrasco Perera/Cordero Lobato/Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, p. 438.

[117] Espigares Huete, «El desconcierto en la interpretación de las cartas de patrocinio: de una obligación de medios (antes) a una obligación de resultado distinta de la fianza (ahora)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, 2016.

[118] Díaz Moreno, «Comentario a la última normativa y jurisprudencia del sector: cajas de ahorro de Castilla y León y sentencia del TS sobre cartas de patrocinio», *Derecho de los Negocios*, núms. 202-203, 2007, pp. 35 ss.

la STS de 26 de octubre de 1998), reflejado en el artículo 1285 CC, el redactado de la carta permitía interpretar que, para el caso de contemplar la pérdida de la posición mayoritaria en la sociedad, nacía únicamente un deber de información y de estudio con los representantes de la entidad bancaria, sujeto a un posterior acuerdo y distinto ya de la obligación de garantizar cumplimiento alguno de la obligación por parte del emisor.

Para algunos autores esto mostraría una "inconsistencia entre medios y fines pues al final acaba resultando decisivo que el emitente "solo se comprometiera a "informar" al banco en caso de decidirse desprenderse del control accionarial y la subsiguiente "promesa de buen fin" de la operación no puede llegar más allá de lo que alcanza el diluido deber de informar"[119]. Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE consideró que "lo que viene a establecer de forma clara el Tribunal Supremo es la necesidad de un esfuerzo interpretativo a la hora de analizar el contenido obligacional de cualquier carta de patrocinio"[120] y que, "si no existe una declaración suficientemente equívoca para constituir una obligación de garantía, ello sirve también para desestimar cualquier otro tipo de delimitación obligacional" tal como acabó sancionando la sentencia comentada.

4.5. La STS de 18 de marzo de 2009

La STS 197/2009, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1257) se refería a una Comfort Letter cuyo contenido decía que "les confirmamos por la presente que haremos todos los esfuerzos necesarios para que [la sociedad] disponga en todo momento de medios financieros que le permitan hacer frente a sus compromisos alcanzados con ustedes, por los créditos que le concedan" y que "caso de que nuestra entidad participada fuese por cualquier razón incapaz de hacer frente a sus obligaciones respecto a su Banco, en virtud de la obligación financiera detallada en el párrafo primero, nosotros prestaremos a la misma todos los recursos necesarios de tipo financiero, técnico o de otra clase, que le permitan cumplir satisfactoriamente sus compromisos, tanto en lo que se refiere a nominal, intereses, costas y todos los gastos que conllevasen la presente operación".

No es de extrañar, a la vista de los breves pero ambiciosos términos del redactado de la carta y a la luz de una doctrina que se iba asentando, que el Tribunal concluyera que la carta de patrocinio examinada podía calificarse como fuerte dado que contenía un compromiso claro en unos términos que se reputaban "concretos por venir referidos a una operación crediticia determinada" y "claros e inequívocos en cuanto al contenido obligacional que comportan".

4.6. La STS de 26 de diciembre de 2014

Tiempo después, la STS 731/2014, Civil, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5755), analizó el supuesto de una Comfort Letter Fuerte, estimando el Tribunal que concurría voluntad de apoyo financiero interpretando un redactado que afirmaba que "si llegado el vencimiento de la financiación, la acreditada no efectuase los reembolsos pactados, nos comprometemos irrevocablemente, a su simple requerimiento, a suscribir en nuestro porcentaje actual, las ampliaciones de capital que fuesen necesarias para restituir los fondos propios de [...] para que

[119] CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, p. 440.

[120] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, RDBB, núm. 106, 2007, p. 183.

pueda cumplir total e inmediatamente, en el plazo improrrogable de treinta días, sus compromisos con ustedes", de lo cual el Alto Tribunal coligió que había una expresión de voluntad real y aceptación de las obligaciones que se desprendían de la misma.

El Tribunal Supremo acudió a la regla de la preferencia del criterio subjetivo en la interpretación de las declaraciones de voluntad (artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil), afirmando que los términos empleados en la declaración resultaban claros, y no dejaban duda de la intención de los declarantes. De no haber sido así, esto es, que las palabras de la carta se hubieran mostrado contrarias a la intención evidente de los declarantes, hubiera prevalecido ésta sobre aquellas, sin que constara acreditado en autos "ninguna verdadera discrepancia, por razones subjetivas, entre las partes sobre la comprensión del contenido de las cartas". Abundando en el tema, el Tribunal Supremo recordaba que "los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil no contienen meras reglas orientadoras para el intérprete (…) sino verdaderas normas jurídicas imperativas de las que aquel debe hacer uso en el desarrollo de su actividad" lo que excluye del "ámbito de la casación toda revisión del resultado de la labor de investigación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de voluntad que resulte respetuoso con los imperativos legales que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único significado admisible conforme a ellos[121].

Un extremo interesante que contemplaba esta sentencia era que, pese a que las varias cartas examinadas en el recurso habían sido firmadas de forma independiente por los patrocinadores, la Sala destacó que "la coincidencia total de los textos hacen pensar, en buena lógica, que las declarantes siguieron, en la redacción de los textos, las indicaciones recibidas" de la entidad crediticia, lo que daba cuenta de un "lazo de comunicación entre declarante y destinataria de la declaración", sin que se expusiera en el litigio ninguna "discrepancia, por razones subjetivas, entre las partes sobre la comprensión del contenido de las cartas", partes que, además, estuvieron debidamente asesoradas por abogado, circunstancia de la que se colige, adicionalmente, que "los términos empleados en las cartas fueron, con detalle y precisión, los respectivos medios de exteriorización de la voluntad de las declarantes".

No obstante, el Tribunal Supremo concluye que las patrocinadoras "no se obligaron a afianzar el pago de la deuda de la misma" [sino que] "el incumplimiento de las prestaciones que, propiamente, asumieron las recurrentes - negado por ellas y afirmado en la demanda - podrá generar una responsabilidad - artículos 1101 y 1107 del Código Civil - por el daño causado a la acreedora". Para algunos autores, este pronunciamiento "es un claro ejemplo de (…) [una] «particular» huida de la fianza fundamentada en la consideración de la obligación contraída en las cartas emitidas como una obligación de medios[122]. Este pronunciamiento se opone a la doctrina que ha defendido que "la consecuencia de una carta de compromiso de ampliación de capital se convierte en fianza ordinaria y, precisamente, es el concurso el que sirve de catalizador de la conversión"[123]. Otros autores, incluso han defendido que probar del daño derivado del incumplimiento por el emisor de la obligación de aportación de fondos a la filial en concurso

[121] El Tribunal Supremo acotó así el ámbito de su función nomofiláctica, descartando una nueva valoración de la prueba correctamente efectuada en las instancias: «siempre que aquellas normas hayan sido respetadas, el recurso de casación no permite decidir cuál es la interpretación del contrato que parece mejor o más adecuada a las circunstancias del caso, porque tal tipo de conclusión excedería del ámbito propio del recurso de casación».

[122] ESPIGARES HUETE, *RDBB*, núm. 143, 2016.

[123] CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, p. 444.

sería una *diabolica probatio* y, en consecuencia, debería equipararse el daño con la deuda impagada.[124]

4.7. La STS de 28 de julio de 2015

La STS 440/2015, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2015:4276), dictada en un supuesto en el cual una sociedad que había recibido una financiación y había entrado en concurso de acreedores, estimó que existía una obligación de apoyo financiero pues el texto de la Comfort Letter se expresaba de la siguiente forma: "nos comprometemos frente a ustedes a realizar nuestros mejores esfuerzos, incluido el apoyo financiero, para que la acreditada cumpla en todo momento sus compromisos con ustedes, y en especial los adquiridos por la citada operación de descuento, con objeto de que ustedes no tengan ningún perjuicio".

Nuevamente, se bendecía la fuerza obligacional de una *Comfort Letter* que podía ser considerada como Fuerte, además de la peculiaridad que la Sala Primera consideró, además, que la alegación a favor de la aplicación del artículo 1.184 del Código Civil que esgrimió la sociedad garante para no verse vinculada por la carta, consistente en la imposibilidad sobrevenida de la prestación de garantía con causa en el concurso de la entidad patrocinada, carecía de todo fundamento o aplicación práctica en el supuesto examinado.

Además, retomando la jurisprudencia anterior, la Sentencia remarcó tres criterios que consagran la "atipicidad contractual" de la Comfort Letter y configuran el régimen aplicable a la misma:

1. Su "función negocial", que da cuenta de su carácter instrumental respecto de un negocio principal (…) al que acompaña o sirve como una modalidad de garantía personal dentro del marco general de estas garantías" (yendo más allá, podría afirmarse que tiene un carácter accesorio del negocio principal que, si no fracasa, hará innecesaria la exacción de obligación alguna de la carta de patrocinio).

2. La función de garantía personal que caracteriza la carta de patrocinio, lo que permite considerarla plenamente como una modalidad más de garantía personal, la cual "no se realiza como una proyección o suerte de contrato de fianza sino (…) que (…) excluye la tipicidad y régimen que se deriva de esta figura" dada su "personalidad propia y diferenciada".

3. El "contenido obligacional que se establece en la relación jurídica entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza" y distinto de la misma, como se verá a continuación, porque

    a. el patrocinador "no viene obligado a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a aquélla que adeuda el deudor principal o patrocinado, si no otra de distinta naturaleza y contenido, esto es, una obligación de indemnidad

[124] MANZANARES SECADES/VILLORIA RIVERA (coords.), Comentarios de jurisprudencia bancaria. Una selección de sentencias sobre contratos de financiación corporativa, sus garantías y el concurso, 2020, p. 344.

patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada a cargo del acreedor"[125].

b. el "cambio en el objeto u obligación garantizada también comporta una clara modificación del régimen típico que en la fianza regula la extensión y alcance de la obligación del fiador desde sus notas de accesoriedad y subsidiariedad", citando la Sala como ejemplos las diferencias que puede haber en la extensión máxima de la obligación del fiador (que no tiene por qué concurrir en caso del patrocinador), la reclamación legal del exceso (argumentando el Tribunal que, en ciertos casos, el compromiso indemnizatorio asumido podría ser mayor que la prestación programada), a la aplicación legal del llamado beneficio de excusión a favor del fiador, o a las propias excepciones oponibles al acreedor.

Destacar que aquí no sucede como en la STS de 26 de diciembre de 2014, sino que la STS de 28 de julio de 2015, considera la obligación dimanante de la Comfort Letter como una obligación de resultado"[126].

4.8. La STS de 27 de junio de 2016

La STS 424/2016, Civil, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3055) constituye la última de las sentencias del Tribunal Supremo que, hasta la fecha, han pergeñado, desarrollado y configurado el instituto de la Comfort Letter y, en particular, marcó un hito con respecto de la jurisprudencia anterior, introduciendo matices importantes al requisito de la relación entre el patrocinador y la sociedad patrocinada, considerada tradicionalmente como uno de los requisitos para que se pudiera dar validez a una Comfort Letter.

Como hecho más destacable del caso analizado, los patrocinadores o firmantes de la carta eran unos accionistas minoritarios, con un 9 % y un 14 % de capital, que garantizaban mediante la Comfort Letter su "completa asistencia financiera de acuerdo con [su] participación en la misma", si bien debe puntualizarse que la patrocinada tenía una sociedad matriz que estaba participada a su vez, por las patrocinadoras con unos porcentajes de un 33,23% y 24,43%.

En lo que interesa a efectos de este caso, se resumen a continuación los hechos y fundamentos más destacados:

1. Las cartas de patrocinio, a juicio del Supremo y de los tribunales de instancia, eran idóneas para crear un vínculo obligacional conforme a argumentos tratados más arriba en sentencias anteriores. Contenían manifestaciones sobre la participación de los patrocinadores en la filial (debiendo remarcar, de nuevo, que en este caso no era mayoritaria), acerca de la previa obtención de las autorizaciones necesarias para el otorgamiento de la carta, previsiones sobre mantenimiento accionarial y cambio de control. En especial, el compromiso que se establecía en las mismas era idóneo y se plasmaba en las propias cartas en las que se afirmaba textualmente que "sabemos que es

[125] Debe matizarse aquí que la *Comfort Letter*, como se ha visto, puede contener varios compromisos de apoyo de diversa índole, aunque todos ellos se orientan al buen fin de la operación y, en definitiva, a la indemnidad del acreedor, esto es, a la recuperación del principal, intereses, penalizaciones, gastos y costas.
[126] ESPIGARES HUETE, *RDBB*, núm. 143, 2016.

causa determinante para la concesión de la financiación la suscripción de esta carta de patrocinio por nuestra sociedad" y expresaba la voluntad de prestar una "completa asistencia financiera" asegurando el cumplimiento de las obligaciones mediante "la transferencia de fondos necesaria (…), o bien realizando cualesquiera otras acciones que produzcan el mismo efecto".

Es decir, las Comfort Letters contemplaban "un claro e inequívoco vínculo obligacional de los patrocinadores en orden a garantizar al acreedor el buen fin de la reseñada operación crediticia", que se desprendía, entre otros, de (a) la propia "precisión de las declaraciones de voluntades emitidas", (b) particularmente de la "formulación técnica empleada", conforme a la cual "los patrocinadores no sólo se comprometen frente al acreedor (…) sino que además concretan dicho compromiso obligacional tanto respecto de su contenido" (transferencia de fondos o cualesquiera otras acciones) y (c) la duración de la obligación asumida.

2. El patrocinio tenía "una causa para la validez y eficacia del compromiso obligacional (*causa credendi*) enraizada, claramente, en el propio marco relacional de las citadas sociedades, esto es, en los legítimos intereses de los patrocinadores en la operación proyectada a tenor de su doble condición de accionistas de la patrocinada y de la sociedad matriz" de la patrocinada lo que la Sala consideraba "una inequívoca posición de dominio respecto de la sociedad patrocinada".

3. En relación a la solidaridad de las patrocinadoras, el Tribunal Supremo la confirmaba (ya había sido considerada así en las dos instancias previas) entre otros, de la correspondencia entre las partes, de la interpretación sistemática de las cartas de patrocinio "con la base del negocio como criterio de interpretación del contrato". Las cartas fueron determinantes para la operación de refinanciación que se llevó a cabo y, consideradas unitariamente en el marco de la operación, eran determinantes precisamente debido a los compromisos que los patrocinadores adquirían respecto a la patrocinada (a la que, en las propias cartas, se denominaba "nuestra filial").

En último extremo, el TS tenía en la presente controversia la posibilidad de haber declarado con valor de doctrina legal que, en situación de concurso de la patrocinada, la promesa de aportación directa hace tránsito a la fianza directa. Pero no lo estableció de esta forma y el resultado final de condena se funda en una especie de interpretación de la carta que en nuestra opinión no daba pie a conclusiones tan antiliterales como propone el TS, al menos si ha de llegarse a ellas por el camino de la interpretación contractual. Tanto en este extremo como en el de la corresponsabilidad solidaria de los emitentes creemos que la sentencia carece de fundamentación suficiente y se precipita sin mayores esfuerzos constructivos a resultados arbitrarios [127].

4.9. La STS de 15 de julio de 2025

La reciente STS 1117/2025, Civil (Sala 1ª, Sec. 1ª), de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3587) resuelve un litigio paradigmático sobre la eficacia de las cartas de patrocinio fuertes en contextos

[127] LYCZKOWSKA, «El banco nos aseguró que no era un aval: o la historia de una carta de patrocinio que resultó ser fuerte como un aval», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, 2016, pp. [**].

transnacionales. El caso enfrenta a una entidad financiera española (Abanca, entonces Caixa Galicia) y a una sociedad matriz francesa (Gecina), a propósito de la reclamación del importe impagado de unos créditos concedidos a sociedades españolas para financiar la toma de participación en otra mercantil. Los créditos se conceden, se novan sucesivamente y, como elemento decisivo para su prórroga, el director general de la matriz emite varias cartas de patrocinio comprometiéndose a garantizar el buen fin de la operación ("[s]i llegado el vencimiento de las obligaciones de pago derivadas de las referidas pólizas, se produjese un incumplimiento total o parcial, nos comprometemos a conceder financiación o prestar garantías a las deudoras que le permitan la devolución de las cantidades adeudadas por cualquier concepto").

Las cartas fueron firmadas por quien aparecía inscrito como director general y representante orgánico de Gecina, utilizando papel membretado de la sociedad y con referencia expresa a su sucursal en España. Posteriormente, las deudoras incumplieron y la entidad financiera reclamó directamente a la patrocinadora. La sociedad francesa se opuso alegando, entre otros extremos, que las cartas se habían emitido sin la preceptiva autorización del consejo de administración exigida por el Derecho francés, que carecían de causa lícita y que, en todo caso, se trataba de cartas "débiles", sin verdadero contenido obligacional.

La primera cuestión jurídica abordada por el Tribunal Supremo es la determinación de la jurisdicción y del lugar de cumplimiento de la obligación. La Sala afirma con claridad que, tratándose de una garantía accesoria, el lugar de cumplimiento ha de identificarse con el del contrato principal garantizado. Si el crédito debía cumplirse en España, carece de sentido desgajar la garantía y someterla a la jurisdicción de otro Estado. Con ello, el Tribunal refuerza una concepción funcional del contrato de garantía, anclada en la conexión económica entre obligación principal y obligación accesoria.

En segundo lugar, la sentencia distingue con precisión entre la lex societatis y la ley aplicable al contrato de garantía. El Derecho francés rige las relaciones internas entre la sociedad y sus órganos (capacidad, funcionamiento y eventuales responsabilidades del administrador), pero no determina necesariamente la validez externa del compromiso asumido frente a terceros. La carta de patrocinio, en cuanto contrato atípico de garantía, se rige por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, que en este caso es el Derecho español: contrato suscrito en España, para garantizar obligaciones españolas, frente a un acreedor español y con ejecución prevista en España.
Especial interés tiene el tratamiento de la falta de autorización interna del órgano de administración exigida por el Derecho francés para la prestación de garantías. El Tribunal Supremo niega que este déficit interno sea oponible al tercero de buena fe cuando el contrato se rige por el Derecho español. La solución se apoya en una idea central del Derecho de sociedades contemporáneo: la protección de la seguridad del tráfico y de la confianza legítima del tercero que contrata con quien aparece investido de poder representativo suficiente. Las eventuales infracciones internas despliegan sus efectos en el plano societario, pero no invalidan, sin más, la vinculación externa.

La Sala confirma, además, que nos encontramos ante una carta de patrocinio fuerte. No se trata de una mera declaración de complacencia o de apoyo moral, sino de un auténtico compromiso obligacional: la patrocinadora asume una obligación de resultado consistente en garantizar la indemnidad patrimonial del acreedor si las deudoras incumplen. Acreditado el impago, surge

directamente la obligación de la patrocinadora de cumplir lo prometido. En este contexto, el Tribunal descarta también la alegación de causa ilícita derivada de la posterior condena penal del directivo en Francia, al tratarse de una cuestión que afecta a la relación interna entre sociedad y administrador, pero no a la validez del contrato frente al acreedor.

4.10. La SAP de Salamanca de 30 de julio de 2012: un "caso práctico" interesante

Por su singularidad, la sentencia que quizá reviste mayor interés es la de la SAP Salamanca, Sección 1.ª, de 30 de julio de 2012 (ECLI:ES:APSA:2012:539), que analiza el texto de varias cartas de compromiso, incluyendo Fuertes y Débiles. La riqueza de esta sentencia estriba en las múltiples aristas que ofrecen las cartas analizadas, unas Comfort Letters que, a efectos de claridad, se llamarán las primeras y las posteriores.

Las primeras contenían muchas afirmaciones propias de una Comfort Letter Débil, como que "estamos debidamente informados sobre la operación de financiación que por un importe total disponible de (…)a favor de nuestra participada (…) para ser utilizada en el curso normal de su negocio", "el importe total de la financiación se distribuye en las siguientes operaciones"; "hemos analizado los términos y condiciones de la operación financiera y estamos de acuerdo", "seguimos de cerca todos los aspectos financieros, administrativos, técnicos y legales de la (…) sociedad participada, cuyos directivos y gestores gozan de nuestra total confianza", "es habitual para nuestros intereses sociales, que nuestras participadas mantengan nuestra reputación pagando sus propios créditos", "es nuestra intención mantener la participación (…) durante la vida de las facilidades crediticias", y, para finalizar, "nos comprometemos, en el caso de cualquier cambio de nuestra presente participación, a comunicárselo con suficiente antelación, para tomar de acuerdo con ustedes todas las medidas necesarias para que su banco, si así lo decidiese, sea totalmente reembolsado, sin demora, del principal e intereses de la operación", obligación esta última de carácter más fuerte puesto que, por lo menos, permite plantearse si conllevaba el compromiso de mantenimiento de la titularidad en la filial so pena de asumir una obligación de amortización anticipada del total adeudado, aun no asumiendo responsabilidad subsidiaria ante un impago o insolvencia de la misma.

En cambio, con motivo de la refinanciación de la operación, se otorgaron unas cartas, las cartas posteriores que, si bien eran muy parecidas a las primeras, especificaban que "nuestro compromiso de suscribir en proporción a nuestra participación en el capital las ampliaciones de capital que fueran necesarias para posibilitar que procedan a dichos pagos". La Audiencia consideró que este documento constituía un "documento de contenido obligacional" en el que la entidad demandada se comprometía a "garantizar o afianzar la operación, comprometiéndose por la vía de la ampliación de capital de la patrocinada, a asegurar que disponga de los medios necesarios para satisfacer las deudas" mediante lo que la Audiencia consideraba un "inequívoco compromiso". Además, el Tribunal dispuso que, "puesto que la fórmula prevista de la ampliación de capital ya puede no resultar viable al estar la sociedad patrocinada en situación de concurso de acreedores y eventual liquidación, de cara a cumplir el compromiso adquirido han de asumir las propias patrocinadoras la responsabilidad, haciendo frente a la deuda, en la misma proporción pactada, en proporción a la participación que cada una tiene en el capital de la sociedad".

La Audiencia tuvo en cuenta, además, algunos factores adicionales que es interesante desgranar a continuación, como que (a) el compromiso de realizar ampliaciones de capital se asumía "para el caso de que los fondos de que dispone la sociedad participada y patrocinada no fueran suficientes para hacer frente a los créditos pendientes", (b) que, entre otras cosas, se trataba de una operación nueva destinada a refinanciar la anterior o, lo que es lo mismo, "un nuevo préstamo, tras las novaciones por no haberse satisfecho el primero, cuando el proyecto ya se había paralizado" lo que motivaba que pareciera "lógico que la acreedora exigiera un compromiso mayor") y (c) que dos de las tres cartas eran anteriores al otorgamiento del préstamo y la tercera de la misma fecha.

Además, el hecho de que las cartas posteriores fueran "redactadas algunas de ellas con posterioridad" al otorgamiento del préstamo excluía, a juicio de la Audiencia, que la decisión de prestar "estuviera condicionada por su emisión".

4.11. Otras sentencias que abordan la carta de patrocinio

La relevancia de las *Comfort Letters* en el marco de determinadas relaciones entre sociedades ha sido abordada por la jurisprudencia de forma fragmentaria y, en general, desde perspectivas funcionales o probatorias, más que desde un análisis sistemático de los presupuestos de imputación del vínculo obligacional a la sociedad emisora. Así, la SAP Madrid, Sección 11.ª, de 30 de junio de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:10108), al analizar un entramado de financiación compleja, subrayó que las operaciones debían ser concebidas en su conjunto, teniendo en cuenta, junto a préstamos, avales y derivados financieros, la existencia de una *Comfort Letter* como elemento integrado en la arquitectura negocial.

En una línea distinta, la SAP La Rioja, Sección 1.ª, de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APLO:2021:53A), valoró la emisión de una *Comfort Letter* a efectos de apreciar el peligro de mora procesal en el contexto de unas medidas cautelares, mientras que la SAP Huesca, Sección 1.ª, de 29 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:APHU:2007:360), admitió la prestación válida del consentimiento para la emisión de una *Comfort Letter* mediante correo electrónico. Por su parte, diversos autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 2 y 17 de octubre y 4 de noviembre de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:1737A; ECLI:ES:APM:2002:1846A; ECLI:ES:APM:2002:1949A), consideraron la *Comfort Letter* como un indicio relevante de cooperación societaria, en cuanto instrumento habitual en las relaciones entre una filial y su matriz extranjera.

La reciente SJPI n.º 62 de Madrid, de 8 de octubre de 2025 (ECLI:[**]), cuyo interés radica en que desplaza el foco del análisis desde la función económica o probatoria de la *Comfort Letter* hacia una cuestión previa y lógicamente anterior: la existencia misma de un consentimiento válidamente formado. En el caso quedó acreditado que las *Comfort Letters* no fueron emitidas por el órgano de administración de la sociedad patrocinadora, sino mediante la falsificación de la firma de su administradora única por un directivo que carecía de poder suficiente para obligar a la sociedad; asimismo, se constató que la administradora no tuvo conocimiento alguno de la existencia de dichas cartas hasta que la entidad financiera reclamó su cumplimiento, reaccionando entonces de forma inmediata y expresa en sentido negativo.

Por último, la SAP Barcelona (Sección 14.ª) 155/2026, de 19 de marzo, aborda las cartas de patrocinio desde una perspectiva distinta: la acción de regreso entre los obligados después de

que uno de ellos hubiera satisfecho al banco la deuda garantizada. Varias sociedades pertenecientes al mismo grupo habían asumido frente a Bankia obligaciones documentadas mediante cartas de patrocinio y uno de los obligados terminó soportando el pago. La Audiencia confirma la condena de los restantes sobre la base del art. 1145 CC, al considerar acreditada la existencia de obligaciones solidarias y recordar que el pago por uno de los codeudores extingue la obligación frente al acreedor, pero hace nacer un derecho autónomo de regreso frente a los demás. Particular interés presenta la afirmación de que las obligaciones incorporadas a las cartas se habían asumido frente a la entidad financiadora y en su beneficio: el eventual incumplimiento de determinadas condiciones establecidas en ellas —en el caso, el mantenimiento de una determinada ratio de recursos propios— perjudicaba al banco beneficiario, sin alterar por sí mismo las relaciones internas entre los restantes obligados.

5. Cuestiones problemáticas habituales en el tráfico y propuesta de solución

A continuación se contrastan algunos de los problemas que las Comfort Letters han suscitado de forma recurrente en la doctrina y jurisprudencia españolas con los planteados en la experiencia comparada, tratando, modestamente, de apuntar alguna reflexión adicional allí donde el contraste pueda resultar útil.

5.1. El mandato de crédito

Entre las posibles construcciones jurídicas de la Comfort Letter, merece particular atención el tratamiento de determinadas declaraciones como de mandato de crédito, invocado por el Tribunal Supremo como uno de los posibles fundamentos de la obligación asumida mediante una Comfort Letter, señaladamente en las SSTS 529/2005, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4375), y 96/2007, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1026), no sin dejar cuestiones no resueltas como las apuntadas por el profesor CARRASCO en el sentido de que "si toda declaración de patrocinio fuera mandato de crédito realmente no sería ni siquiera precisa la carta de patrocinio como tal ni cumpliría función"[128].

Sea como fuere, el mandato de crédito es una obligación que puede contener una Comfort Letter de forma expresa y no es algo novedoso y que surja como motivo de la Comfort Letter[129]. Es importante, en aquellos casos en los que se considere que existe una obligación equivalente a un mandato de crédito, tener en cuenta que:

- El tratamiento de determinadas obligaciones de la Comfort Letter como las propias de un mandato de crédito, le confiere notas distintivas de una simple garantía, puesto que el mandante "queda obligado, en virtud de las normas que disciplinan el contrato de mandato, a la reparación de los daños sufridos por el mandatario como consecuencia de

[128] CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, Tratado de los derechos de garantía, p. 438.

[129] Ya los romanos hacían uso del mandato de crédito, creado como un instrumento jurídico versátil y producto de la adaptación de figuras a nuevos usos distintos de los que en un principio habían motivado su creación. Véase GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, «Origen y evolución del *mandatum pecuniae credendae* en el derecho romano clásico: de instrumento para la promoción del crédito a instrumento de garantía», en *El mandato de crédito en el derecho romano y su proyección en el derecho actual. Estudio histórico-comparativo*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 18.

la ejecución del encargo" obligaciones distintas "de las propias de los negocios de garantía"[130].

- En los casos en que ese mandato haya sido determinante para la concesión del crédito, ello no convierte, por sí solo, el compromiso del mandante en una garantía del crédito concedido, como ya advertía DE CASTRO, pues "el hecho de ser inducido a cumplir el acto objeto del mandato por la intervención del mandato mismo, no ha de implicar necesariamente que el mandato vaya acompañado de una garantía y que sea solamente esa garantía la que motive el cumplimiento del encargo"[131]
- Es importante, como ha apuntado SANCHO MARTÍNEZ, tener en cuenta que el mandato de crédito deroga estructuralmente el mecanismo de indemnidad que, en su vertiente ex ante, prevé el artículo 1728.1 del Código Civil[132], esto es, la anticipación de los "gastos" a requerimiento del mandatario), como tampoco debe reponer de inmediato al mandatario las cantidades aplicadas a la ejecución del encargo como preceptúa el artículo 1728.2 CC[133], pues ello contradiría el interés pactado cual es que el mandatario conceda el crédito por cuenta propia. Del mismo modo, tampoco el artículo 1720 del Código Civil, que obliga al mandatario a abonar al mandante lo recibido en virtud del mandato[134], siendo que en el mandato de crédito el mandatario no debe transmitirle su crédito frente al tercero ni entregarle lo cobrado, y puede conservar los intereses de la financiación concedida, que en el mandato típico corresponderían al mandante[135].

5.2. Distinción entre compromisos de apoyo financiero y garantías de indemnidad

La cuestión más controvertida respecto al contenido habitual en la práctica de una *Comfort Letter*, especialmente cuando la operación no ha llegado a buen fin o se encuentra impagada, es la interpretación del alcance del compromiso asumido por el emisor. Concretamente, si el emisor ha asumido una garantía de indemnidad patrimonial del financiador.

En el fondo, se trata de decidir si el emisor debe asumir la condición de garante de la operación por recoger la *Comfort Letter* un mandato de crédito[136]. Hablamos de garante y no necesariamente fiador porque de la *Comfort Letter* podría derivarse únicamente el compromiso de indemnidad o venir alternativa o complementariamente acompañado de la forma en que este se debe

---

[130] DE CASTRO MARTÍN, *Las cartas de patrocinio*, 1994, p. 179.

[131] FUENTES NAHARRO/DE MIGUEL HERNANDO, en Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, t. IX, pp. 178-179.

[132] «El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato».

[133] «Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario».

[134] «Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo».

[135] En este sentido, nos remitimos a las interesantes reflexiones contenidas en el capítulo dedicado a dicha figura: SANCHO MARTÍNEZ, «El mandato de crédito: algunas consideraciones sobre su configuración a la luz del estudio de las cartas de patrocinio», en GALICIA AIZPURUA (dir.), *Algunas cauciones lindantes con la fianza: fiador "real", mandato de crédito, cartas de patrocinio, garantías por anticipos en la compraventa de viviendas en construcción*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 80.

[136] La figura no está expresamente regulada en el Código Civil común, pero sí en otros textos, como la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Su art. 526 dispone: «Mandato de crédito. Quien manda a otro que preste una cantidad o conceda un crédito a un tercero se hace fiador de la obligación contraída por éste. El mandatario podrá liberarse del mandato si las condiciones patrimoniales del mandante o del tercero se hubieren hecho tales que resulte más difícil la satisfacción de la deuda».

materializar: (i) como garante o responsable stricto sensu en cuyo caso sí que estaríamos ante un auténtico fiador (ii) como asumidor o promitente de la deuda en sustitución del deudor principal o (iii) como obligado a realizar cualquier otro negocio o prestación que generase la indemnidad del acreedor (compra del crédito contra el deudor, aportación de fondos en forma de capital o préstamo en cuantía suficiente para que el deudor principal cumpla).

Por contraposición, a la asunción de una garantía de indemnidad se encuentran los meros compromisos de mejores esfuerzos (políticas de cumplimiento regular y puntual, apoyo financiero, fondeo o capitalización adecuada). Como veremos más adelante, estas, a lo sumo, obligan a negociar de buena fe en el futuro una prestación coherente con lo manifestado.

Estamos ante una cuestión esencialmente interpretativa. Si el contenido de la carta genera dudas sobre la intención de emisor y financiador (art. 1281 CC), "deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato" (art. 1282 CC). Por ello, el criterio que proponemos a continuación debe entenderse sin perjuicio de estas pautas hermenéuticas.

Creemos que para distinguir entre compromisos de mejores esfuerzos y garantías de indemnidad debe aplicarse el **criterio de la idoneidad específica del compromiso para alcanzar la indemnidad patrimonial del financiador** o no.

Este criterio de la idoneidad se dará cuando el compromiso sea unívoco, incondicional y se concrete bien en un deber de indemnidad del financiador bien en acciones del emisor específicamente destinadas a dejar indemne al financiador ante las consecuencias patrimoniales de la operación.

Aplicando este principio, se pueden y deben considerar como débiles, por inidóneos para garantizar la indemnidad del acreedor de una operación, todos los compromisos relativos al patrimonio o la actividad de la sociedad patrocinada que pudiesen presumirse coherentes con el interés inicial del socio de control con el buen fin de la operación. Interés del socio que, como mínimo, al momento de contratar, compartido con el del financiador.

Por supuesto, este es el caso de los genéricos compromisos de mantener el curso ordinario de la actividad o de la sociedad como empresa en funcionamiento (*going concern*) o de realizar sus mejores esfuerzos para el buen fin de la operación. Ni tampoco su reiteración en forma de política o principio del emisor.

Pero también de los genéricos compromisos de mantener la sociedad suficientemente capitalizada o financieramente apoyada o sostenida. Incluso cuando el compromiso se conecte con la finalidad de que la sociedad atienda puntual, debida y regularmente sus obligaciones en general.

El financiador no puede obviar que el socio emisor ha concretado este compromiso en las aportaciones al patrimonio y capital social de la filial realizadas al momento de estudiar la operación. Por tanto, salvo que se asuman obligaciones concretas (aumentos de capital o nuevas aportaciones del patrimonio social en determinados escenarios), el emisor no se estará obligando más que a negociar con el financiador de buena fe en el futuro sobre el alcance de este deber.

En general, salvados los casos en que, tras concederse la financiación, la financiada externalice deliberadamente (con anuencia o conocimiento del socio de control emisor) el daño de su insolvencia sobre sus acreedores, el financiador no puede obviar que, al no exigir de manera incontrovertida una garantía patrimonial, está aceptando las aportaciones y el capital social como responsabilidad máxima del socio emisor.

Todos estos ejemplos de compromisos tendrían en común la ausencia de una actuación concreta relacionada con la operación patrocinada e idónea para dejar indemne al financiador (pagaremos, asumiremos, responderemos, entregaremos los fondos suficientes para que la sociedad cumpla con las obligaciones de la operación).

Tampoco son idóneos los compromisos de poner todos los medios y medidas para que la operación tenga buen fin, tal y como resolvió el Tribunal Supremo en la STS de 13 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1026), cuando no vienen acompañadas ni de la incondicional asunción de la indemnidad del financiador ni de actuaciones concretas idóneas para conseguirla.

Por el contrario, lo que sí que es admisible es que el compromiso unívoco de indemnidad del financiador se refiera no solamente a una operación sino a diversas (p.e. les aseguramos ante el daño que le pueda ocasionar el impago de cualquiera de las operaciones de crédito que concedan a nuestra filial).

5.3. ¿Actuación ultra vires?

Otro problema interesante planteado por la doctrina (CARRASCO PERERA): ¿Requiere el otorgamiento de la carta una facultad especial? Si el otorgamiento de la carta de patrocinio se considera un "acto neutro" en el sentido del artículo 117.2 del Reglamento del Registro Mercantil —esto es, un acto vinculado al objeto social y realizado en el ejercicio de las facultades de gobierno y gestión del órgano de administración—, no sería necesario que tal facultad estuviera expresamente incluida en el objeto social. ¿Puede el objeto social oponerse como límite a la actuación de los administradores frente a terceros? De acuerdo con el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dicho límite solo podrá hacerse valer cuando el tercero haya actuado de mala fe o con culpa grave»[137].

En la mayoría de los casos, el emisor de la Comfort Letter será el socio de control en forma de sociedad matriz de la patrocinada. Si esta sociedad matriz ostenta el control de la filial patrocinada, es que persigue su objeto social a través de la misma y si esto es así, parece meridianamente claro, que el otorgamiento de una Comfort Letter no podría ser, en ningún caso, un acto ultra vires. Mayor dificultad podrían presentar las cartas de sociedades del grupo que fuesen socias de la patrocinada sino "hermanas" o "primas".

Y, en principio, la doctrina coincide en que emisión de una Comfort Letter "debe ser considerada como un acto neutro, esto es, como un acto necesario para la realización de las actividades que integran el objeto social", siendo la regla general es que los administradores delegados de una

[137] Véase CARRASCO PERERA, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 91 ss. El autor trae a colación la jurisprudencia registral —RRDGRN de 16 de marzo de 1990 (RJ 1990/2301) y de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10492)— que afirma la que tales facultades son susceptibles de inscripción, aunque considera innecesaria su especificación.

Sociedad Anónima están legitimados para emitir una carta de patrocinio, sin necesidad de una previa deliberación del Consejo de Administración y siempre que su contenido se ajuste al objeto social[138].

5.4. Suficiencia de las facultades de los firmantes: un motivo de discusión cuando el emisor es una administración o entidad pública

Las Comfort Letters no suelen otorgarse en instrumento público, con lo que se pierde el juicio de capacidad al que viene obligado el notario por mor del Reglamento Notarial[139]. Ello deja a las partes el examen de estos requisitos que, en ocasiones, puede ser defectuoso. Precisamente en la reciente STS de 15 de julio de 2025 se producía un debate sobre las facultades del administrador que firmaba la Comfort Letter.

En el caso de las entidades públicas, el propio Tribunal de Cuentas ya ha indicado que "todas las entidades que integran el sector público empresarial tienen que informar en una nota de la memoria de sus cuentas anuales de los avales y otras garantías otorgadas a empresas vinculadas; lo que debe considerarse extensible a las cartas de compromiso, cartas de patrocinio, cartas de conocimiento o Comfort Letters emitidas por estas entidades con motivo de operaciones de diversa naturaleza" [140]. Lo anterior, en aplicación del principio de prudencia financiera, que afectará a las operaciones relacionadas con la prestación de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario, con lo que el otorgamiento de una Comfort Letter puede colisionar con la normativa pública de endeudamiento si no se siguen los trámites oportunos, creando la apariencia de una garantía sin que concurran los requisitos legales eludiendo además determinados controles contables[141].

Y, quizá como prueba de la importancia de estos asuntos, encontramos el hecho que, en los consistorios locales, los desacuerdos entre las partes han derivado, en ocasiones, en prolongadas disputas ante los tribunales de justicia, especialmente ante un cambio de alcalde. El caso de la Comfort Letter otorgada por el Ayuntamiento de Valladolid para garantizar determinadas obligaciones derivadas del cubrimiento de las vías del AVE derivó en una querella por prevaricación y falsedad documental desestimada finalmente mediante la STSJ Castilla y León, [Sala], de 26 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:3841)[142]. *Grosso modo*, se achacaba al

[138] Domínguez Pérez, «Problemática de las cartas de patrocinio. Comentarios a algunos recientes pronunciamientos jurisprudenciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, pp. 782-795.
[139] Véase el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, art. 145, conforme al cual «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación» y, a sensu contrario, que «el notario (…) deberá excusar su ministerio y (…) negar la (…) intervención (…) cuando a su juicio (…) la representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada», y art. 156.8.º, conforme al cual «la comparecencia de toda escritura indicará (…) el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación».
[140] Tribunal de Cuentas, «Informe de fiscalización de los avales, garantías y otros compromisos otorgados por las entidades del sector público empresarial estatal (2012-2014)», *BOE* núm. 299, de 9 de diciembre de 2017, p. 121337.
[141] Comellas Goberna, Los contratos de financiación bancaria con administraciones públicas: reflexiones sobre el principio de prudencia financiera y la interconexión del Derecho privado y el Derecho público, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017, pp. 471-472.
[142] Como resumen de aquel episodio, véase la noticia «De la Riva firmó las 3 "Comfort Letter" como si fueran "cartas de cortesía"», *Diario de Valladolid*, 4 de julio de 2018, disponible en:

alcalde a la sazón el no haber obtenido consentimiento expreso del pleno del Ayuntamiento para el preciso trámite de la firma de la Comfort Letter que apoyaba a una sociedad municipal. Como es de apreciar en la citada sentencia, la naturaleza de la Comfort Letter (otorgada en idénticos términos por otras tres entidades públicas) era de carácter más bien Fuerte. Por otra parte, el caso del Ayuntamiento de los Barrios, abordado en la STS 690/2017, Civil, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4613), que también traía causa de un litigio acerca de la invalidez del consentimiento prestado por el alcalde en la Comfort Letter, origen de la reclamación formulada, si bien en dicho litigio había una interesante discusión sobre la jurisdicción competente que se ventiló de forma contraria al Ayuntamiento que se había aquietado al control por la jurisdicción civil que, por otra parte, era el adecuado para enjuiciar la validez de este instrumento[143].

Creemos que, en estos casos, parece claro que un Ayuntamiento (o cualquier entidad del sector público) que no rechaza *ab limine* la financiación que se otorgase a una sociedad municipal o empresa pública patrocinada y posteriormente alega la insuficiencia de facultades del firmante de la Comfort Letter podría estar actuando contra la regla *nemo propriam causam turpitudinem allegare potest.* ¿Desconocen los órganos de una corporación pública cuando, por ejemplo, elaboran, debaten y aprueban el presupuesto municipal y de la sociedad municipal la existencia de los compromisos de la Comfort Letter? ¿Es verosímil que, en la mayoría de los casos, los alcaldes emitan en nombre de la corporación los compromisos de la Comfort Letter y la oculten deliberadamente a los órganos de gobierno de la corporación?

5.5. Modificación de los términos de la obligación inicial: novación modificativa y extintiva

Si la obligación principal a la que se refiere la Comfort Letter es objeto de novación modificativa, ésta no debe verse, en principio, afectada. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su STS 2100/2025, Civil, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2100), volvió a pronunciarse sobre el alcance de la novación de una obligación principal con respecto de las garantías otorgadas en relación a aquella, recordando el "mayor rigor en su apreciación" necesario para apreciar la concurrencia de los requisitos para que una novación se considere extintiva, mucho más restrictivos que el caso de la novación modificativa[144].

Por el contrario, de producirse una novación extintiva, dejarían de ser exigibles las obligaciones dimanantes de la Comfort Letter, ya que dichas "obligaciones o garantías accesorias, (…) sólo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC), y la *nova obligatio* no tiene otra antigüedad que la determinada por la fecha de su nacimiento".

---

https://www.diariodevalladolid.es/valladolid/180704/66146/riva-firmo-3-comfort-letter-fueran-cartas-cortesia.html; así como la nota del Ayuntamiento de Valladolid, «El alcalde afirma que el Ayuntamiento "no tiene más alternativa" que acudir a los tribunales con la carta de conformidad del soterramiento», de 19 de abril de 2016, disponible en: https://www.valladolid.es/fr/actualidad/noticias/alcalde-afirma-ayuntamiento-alternativa-acudir-tribunales-c.

[143] Véase MORALES [segundo apellido], «Caso: la carta de patrocinio del Ayuntamiento de Los Barrios», *Almacén de Derecho*, 10 de enero de 2018, disponible en: https://almacendederecho.org/caso-la-carta-patrocinio-los-barrios.

[144] A título de ejemplo de esta interpretación restrictiva, la STS 686/2011, Civil, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6569), precisó que «en la duda debe prevalecer el efecto más débil —modificativo—».

Téngase en cuenta que no siempre es así. Como ejemplo, la STS 77/2014, Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:737): si la modificación afecta al plazo de cumplimiento y resulta de aplicación el art. 1851 CC, la fianza sí que se extingue como consecuencia de la prórroga", interpretación que concurrirá en aquellos casos en los que "la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorará la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso"[145].

5.6. Inexactitud y falsedad de las manifestaciones

Es importante, en este punto, destacar las obligaciones de información, como la notificación de cualquier modificación en la participación en la sociedad patrocinada o de aportación de capital que suelen contener algunas de estas cartas[146], las más sofisticadas a juicio de los autores pues no todas las Comfort Letters son tan exhaustivas.

En el caso de falta de veracidad, inexactitud o, lo que es más grave, falsedad de las manifestaciones vertidas en la Comfort Letter, será la entidad de crédito la que deberá probar tal circunstancia, quedando el emisor de la carta exento de responsabilidad si se demuestra que el acreedor dio por exactas y verdaderas las manifestaciones, descuidando el deber de diligencia que le es exigible[147].

5.7. Ineficacia: nulidad y anulabilidad

En la STS 844/2023, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2538), el Alto Tribunal recordaba, con respecto del aval a primera demanda lo que "lo diferencia de la fianza en dos características típicas de la fianza que no lo son del aval a primera demanda: la subsidiariedad (reflejada en el beneficio de excusión del fiador que le permite negar el pago si el acreedor garantizado no ha intentado primero cobrarse del deudor) y la accesoriedad (según la cual, las vicisitudes de la relación garantizada afectan a la relación de garantía)".

Por este motivo y aunque no ha sido posible localizar jurisprudencia que aborde un caso similar en materia de Comfort Letters, debería entenderse que sí procedería excepcionar la ineficacia de la obligación principal.

En cuanto a la eventual nulidad del contrato de financiación en cuya consideración se hubiera emitido la Comfort Letter, CARRASCO, planteando en qué medida la conducta del patrocinador puede proyectarse sobre la formación de la voluntad de las partes de aquel contrato, consideraba que el dolo del emisor se consideraría como dolo del patrocinado también "cuando entre las sociedades vinculadas exista confabulación, o sea conocida por el contratante la existencia de

[145] Sobre ello, véase DAZA GONZÁLEZ/MARTÍNEZ ASENSI, «El Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre los efectos de una novación modificativa no extintiva de una obligación principal sobre la fianza que la garantiza», *Blog Uría Menéndez*, 23 de junio de 2025, disponible en: https://www.uria.com/es/publicaciones/9379-el-tribunal-supremo-vuelve-a-pronunciarse-sobre-los-efectos-de-una-novacion-modi.

[146] ESPIGARES HUETE, «La evolución doctrinal y jurisprudencial de las cartas de patrocinio», en CAMACHO DE LOS RÍOS/ESPIGARES HUETE/VELASCO FABRA (dirs.), Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 251-326.

[147] VALENZUELA GARACH, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 185, 1987, pp. 347-430.

dolo, o cuando se trata de sujetos materialmente coincidentes en el plano económico" [148]. Algunas Comfort Letters incluyen manifestaciones y garantías del emisor en dicho sentido (y es lo prudente hacerlo)[149].

5.8. Tratamiento concursal de la Comfort Letter

Aquí debemos distinguir entre el concurso de la sociedad emisora y de la sociedad patrocinada. En el primer caso, de derivarse algún crédito contra el emisor de la Comfort Letter, como podría suceder en las fuertes que tienen la naturaleza de garantía, el receptor ostentaría un crédito contingente con vocación de ordinario[150]. Ello, claro está, sin perjuicio del derecho del emisor concursado, si paga, de reembolsarse o, incluso, subrogarse en los derechos del acreedor contra el deudor (art. 1839 CC).

En caso de concurso de la patrocinada, al margen de la calificación que tenga el crédito por la financiación que ostente el financiador, lo más probable es que el crédito por el reembolso del emisor de la Comfort Letter, si ha dejado antes indemne (ha pagado) al financiador, sea subordinado[151]. Bien por pacto expreso de subordinación acordado con el acreedor bien porque la calificación más favorable para la masa pasiva, solución que impone la Ley Concursal (art. 310.2 3º y 4º LC), sea la subordinación en atención al carácter de persona especialmente relacionada con el concursado. Bien sea porque la emisora de la Comfort Letter sea socia (habitualmente de control) de la patrocinada concursada (art. 283.1 1º LC) bien por formar parte de su mismo grupo (art. 283.1 3º LC).

En cualquier caso, el concurso de la filial no debería, por sí solo, desencadenar el concurso de la matriz que la hubiera apoyado mediante una Comfort Letter, incluso cuando esta tenga carácter «Fuerte» y contenga compromisos jurídicamente vinculantes, dado que lo determinante será que la matriz pueda o no cumplir regularmente sus obligaciones exigibles[152].

---

[148] CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en MUÑOZ CERVERA/NIETO CAROL (coords.), Tratado de garantías en la contratación mercantil, Civitas, Madrid, 1996, pp. 623-764, esp. p. 683.

[149] Además, el contrato de crédito contiene su propio clausulado que aborda esta situación. Las manifestaciones y garantías del contrato de crédito suelen incorporar, casi siempre, cláusulas que aseveran que toda la información fáctica facilitada era veraz y exacta en todos sus aspectos relevantes en la fecha en que fue proporcionada y que no se ha producido ni omitido ningún hecho, ni se ha facilitado o retenido información alguna, que convierta dicha información en falsa o engañosa en algún aspecto relevante. Muchas de estas manifestaciones y garantías se repiten durante ciertos hitos del contrato de crédito.

[150] El crédito derivado de la Comfort Letter se calificaría como contingente por su función de garantía, exigible únicamente en defecto de cumplimiento por la patrocinada, y con vocación de crédito ordinario conforme al art. 269.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC). Solo si la Comfort Letter incorporase una garantía real —hipoteca, prenda u otro derecho real de garantía— podría plantearse un eventual privilegio, hipótesis que aquí cabe descartar.

[151] Antes del pago al financiador, el crédito de reembolso es contingente y no procede todavía determinar ni su importe ni su clasificación. Véase la STS [número]/2025, Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1533).

[152] Cabe, en este sentido, que sea un detonante, trasladando a la matriz una obligación patrimonial significativa para la que requerirá recursos suficientes y que, no olvidemos, ha concebido, si se permite la expresión, con cierta ligereza, probablemente sobre la premisa de que se trataba de un instrumento de apoyo de menor intensidad que una garantía propiamente dicha y, en particular, sin las consecuencias patrimoniales y contables asociadas a esta última.

5.9. Comfort Letter y grupos de sociedades

A renglón seguido del análisis concursal —con sus inevitables implicaciones para la matriz y, por extensión, para el grupo—, procede abordar la problemática que suscitan las Comfort Letters en el seno de los grupos de sociedades, cuestión que ha merecido particular atención por parte de la doctrina.

En materia de grupos de sociedades, la obra pionera de la profesora FUENTES NAHARRO abordó las Comfort Letters constatando que es un fenómeno que "excede el ámbito subjetivo de los grupos de sociedades", siendo que "la responsabilidad para el patrocinador propiamente derivada de la emisión de una carta de patrocinio debe deducirse de nuestro derecho común de obligaciones" aunque no debe descartarse la responsabilidad que pueda derivarse para la sociedad emisora de una carta, responsabilidad de derecho societario que "se le pueda exigir por el ejercicio legítimo de su poder de dirección unitaria sobre la filial", además de constituir una "prueba de la existencia misma del grupo y de que en la matriz es quien ejerce aquel poder de dirección en su seno" [153]

La Comfort Letter plantea una perspectiva particular en los grupos de sociedades, en los que "la integración de una sociedad en un grupo no supone la pérdida total de su identidad y autonomía" (véase por todas STS 695/2015, Civil, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5151). Pero caminamos hacia un derecho de grupos en el que, ante una decisión societaria, no se puede anteponer el interés del grupo sin más pues hay que tener en cuenta la obligación de lealtad de los administradores y el argumento de grupo debe ir siempre acompañado de una justificación[154], caso peculiar el de la Comfort Letter dado que no estamos ante una decisión de la dominante que condicione o sacrifique el interés de la filial, sino de un compromiso asumido por aquella para sostenerla, singularmente cuando atraviesa dificultades financieras.

Nos hallamos, pues, ante un fenómeno que "excede el ámbito subjetivo de los grupos de sociedades", siendo que "la responsabilidad para el patrocinador propiamente derivada de la emisión de una carta de patrocinio debe deducirse de nuestro derecho común de obligaciones" aunque no debe descartarse la responsabilidad que pueda derivarse para la sociedad emisora de una carta, responsabilidad de derecho societario que "se le pueda exigir por el ejercicio legítimo de su poder de dirección unitaria sobre la filial", además de constituir una "prueba de la existencia misma del grupo y de que en la matriz es quien ejerce aquel poder de dirección en su seno".[155]

Asimismo, lanzamos una pregunta difícil de abordar aquí, pues su tratamiento merece un trabajo de mayor profundidad: ¿cabe aplicar el levantamiento del velo en el marco de esta figura, aun existiendo una vía contractual directa frente a la matriz? Por lo general, el supuesto parece remoto, pues pasa insoslayablemente por sostener que la personalidad jurídica separada de filial

[153] FUENTES NAHARRO/DE MIGUEL HERNANDO, en Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, t. IX, pp. 85-86.

[154] Véase MARTÍN DE VIDALES GODINO, «Conflictos de interés en el seno de un grupo de sociedades: deber de lealtad del administrador de una filial nombrado por la sociedad dominante. Responsabilidad por seguir las instrucciones de la matriz», en [DIRECTOR] (dir.), *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 243-269, esp. p. 264.

[155] FUENTES NAHARRO/DE MIGUEL HERNANDO, en Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, t. IX, p. 85.

y matriz haya generado para el banco una apariencia susceptible de justificar, por sí misma, la extensión de responsabilidad a la dominante. Tal construcción resulta particularmente difícil cuando el acreedor es una entidad financiera sofisticada, conocedora de la estructura del grupo y que, además, ha negociado precisamente con la matriz el alcance de su respaldo mediante una Comfort Letter. En tales circunstancias, parece más natural exigir a la matriz aquello a lo que se comprometió contractualmente que desconocer la personalidad jurídica de la filial para alcanzar un resultado que, acaso, exceda de lo pactado.

5.10. Comfort Letter *ad incertas personas*

Si atendemos a la temprana advertencia de DUQUE DOMÍNGUEZ, la Comfort Letter es, ante todo, una "declaración referida a una operación individual y no a declaraciones públicas de patrocinio", descartando su carácter de proclamación general de respaldo ante diversos acreedores o de suerte de garantía frente al mercado[156].

; posibilidad que, sin un correlato jurisprudencial equivalente en nuestro Derecho, ha recibido entre nosotros una atención fundamentalmente doctrinal.

El hecho que no estén dirigidas a un acreedor determinado "no es óbice para poder incluir dentro del fenómeno del patrocinio y de su problemática jurídica también a ese tipo de declaraciones emitidas a una generalidad de sujetos (acreedores potenciales, clientes, etc.), que vendría a constituir una suerte de subtipo o clase de declaraciones de patrocinio"[157]

5.11. El *enforcement* de la Comfort Letter

Por si los problemas apuntados anteriormente no fueran suficientes, en el momento de ejecutar las obligaciones nacidas de una Comfort Letter, el acreedor puede encontrarse ante una miríada de escenarios. No olvidemos que estamos ante cartas que se suelen firmar en documento privado, sin elevación a público de ningún tipo y sin indicación de la ley y el fuero elegido por las partes para una eventual resolución de disputas. Algo natural, dada la naturaleza y finalidad de estas cartas discutidas en epígrafes anteriores.

En este sentido, la ejecución puede convertirse en un terreno particularmente resbaladizo comenzando por la determinación del fuero y de la ley aplicable. Un enfoque sensato en materia de estrategia procesal apunta, por lo menos, a considerar a la jurisdicción de la matriz emisora como la más idónea (y fuero, con los matices oportunos).

A continuación se esbozan algunas notas sin la profundidad que requeriría la cuestión, suficiente para motivar un nuevo artículo con un enfoque marcadamente interdisciplinar:

a. Comfort Letter emitida por una matriz española.

[156] DUQUE DOMÍNGUEZ, «Las cartas de patrocinio», en ALONSO UREBA/BONARDELL LENZANO/GARCÍA VILLAVERDE (coords.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990, p. 727.
[157] FUENTES NAHARRO/DE MIGUEL HERNANDO, en Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, t. IX, p. 474.

En un escenario puramente español, la cuestión del fuero se reconduce a las reglas generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 50.1 dispone que la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. Esta parece la solución más sensata, cabiendo no obstante considerar otros foros como el del artículo 51.1 de la LEC alegando como Tribunal competente el del "lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad". Más dudas presenta una posible aplicación del artículo 52.1º.3 de la LEC referido a las "demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores" en las que "será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren". Aun así ¿no deja de ser la Comfort Letter una garantía o complemento de la operación crediticia?

b. Comfort Letter emitida por una matriz extranjera.

En el ámbito de la Unión Europea, la problemática se articula en torno a los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I[158]. La relativa al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis, exige determinar si nos encontramos ante "materia contractual" o extracontractual[159] aunque parece que hablaríamos de contractual y quizá lo menos arriesgado fuera decantarse por la regla general de competencia del artículo 4 que se refiere al domicilio del demandado. Por su parte, el Reglamento Roma I presupone la existencia de una obligación contractual para la determinación de la ley aplicable y en ausencia de elección de ley, la ley aplicable deberá determinarse conforme a las reglas previstas en su artículo 4, cuya aplicación a una comfort letter exige identificar la naturaleza de la obligación contractual que, en su caso, resulte de la misma.

La complejidad se acentúa en matrices situadas en otros países como el Reino Unido o los Estados Unidos, con sistemas procesales muy garantistas pero costes muy elevados. Además, su eficacia en España (en el caso de que debiera despacharse ejecución contra bienes sitos en España) exigiría acudir al procedimiento de reconocimiento previsto en la Ley 29/2015, lo que reintroduce cuestiones relativas a la competencia internacional indirecta del tribunal de origen y al respeto de las garantías procesales.

c. Articulación de las pretensiones procesales.

[158] Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, respectivamente.

[159] La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha construido un concepto autónomo de «materia contractual» basado en la existencia de una obligación libremente asumida, al margen de la calificación nacional del negocio, pero esto solo parecería aplicar a las Comfort Letters Fuertes, siendo las Débiles (si es que cabe hablar de ejecución de las mismas) una cuestión que se dejaría al terreno de la reputación en el mercado y el honor. No se han hallado casos específicos sobre Comfort Letters. Destacamos la sentencia de 20 de enero de 2005, Engler, C-27/02, EU:C:2005:33, que, *grosso modo*, admitía que puede haber materia contractual sin contrato clásico, bastando un compromiso voluntario dirigido a una persona.

A continuación y como colofón, apuntamos algunos problemas, sustantivos y procesales, que pueden darse a la hora de preparar una demanda en materia de Comfort Letters:

i. Las menciones genéricas a "apoyar", el estándar jurídico indeterminado que suponen y, en última instancia, cómo se cuantifica y hasta dónde llega ese apoyo, además de la dificultad probatoria de ciertos extremos relativos a este punto.
ii. La elevada discrecionalidad judicial que generan dado que al final serán los Tribunales los que decidan, en función de las pretensiones ejercitadas por las partes (en aplicación del principio dispositivo), qué medidas de apoyo procede aplicar cuando éstas no estén especificadas.
iii. El valor que debe darse a la confianza del acreedor en la Comfort Letter (como hemos visto, de gran importancia en derecho alemán y también en nuestro ordenamiento) y las dificultades probatorias que ello puede entrañar, excepto cuando haya manifestaciones expresas al respecto.
iv. La obligación de mantener la solvencia de la filial u obligaciones similares financieras, por una relativa indeterminación de las mismas y las dificultades para determinar cuándo se activan.
v. La obligación de aportar capital a la filial y los trámites y acuerdos societarios que ello comportará, con un eventual riesgo de imposibilidad jurídica sobrevenida (o, cuanto menos, una maraña de cuestiones adicionales que discutir en un procedimiento) por una negativa de los órganos sociales a ejecutar el compromiso.
vi. En relación a las dos anteriores y en función del redactado, la determinación de si son obligaciones de medios o de resultado, como las obligaciones de "mejores esfuerzos", de pago o de otra índole.
vii. Eventuales problemas con las obligaciones de mantener la participación o no desinvertir, especialmente si se ha producido algún negocio dispositivo con relación a los títulos societarios que justifican esa participación.
viii. La falta de virtualidad y efectos prácticos de obligaciones como "no permitir el impago" cuando éste ya se ha producido.
ix. La determinación de indemnizaciones (daños y perjuicios) derivadas de la imposibilidad de ejecución de alguna de las obligaciones nacidas de la Comfort Letter.
x. El riesgo de invalidez parcial o total de la Comfort Letter (piénsese en supuestos como el *ultra vires*) y sus efectos prácticos.

6. Reflexiones finales

6.1. La Comfort Letter: un instrumento útil gracias a su plasticidad

La práctica y la jurisprudencia analizadas permiten afirmar que la Comfort Letter no es una figura anómala ni residual, sino un instrumento que responde de forma coherente a las necesidades del tráfico. Su aparente indeterminación no es tanto un problema como una consecuencia de su función: permitir a las partes modular el grado de compromiso sin asumir los costes —jurídicos, contables o reputacionales— de una garantía típica.

En este contexto, la distinción entre cartas Fuertes y Débiles adquiere un sentido que va más allá de la clasificación. No se trata de una diferencia de intensidad, sino de función. Las cartas fuertes

incorporan el patrimonio del patrocinador al esquema de responsabilidad y operan como verdaderas garantías de indemnidad. Las débiles, en cambio, no desplazan el riesgo, sino que lo hacen más visible y, en cierta medida, más controlable.

Esta diferencia puede reconstruirse a partir de dos criterios que permiten dotar de coherencia a la figura. En el caso de las Comfort Letters Fuertes, el criterio decisivo es el de la idoneidad del compromiso asumido para producir la indemnidad del acreedor. Solo cuando el contenido de la carta permite razonablemente alcanzar ese resultado —ya sea mediante el pago directo, la aportación de fondos o mecanismos equivalentes— cabe afirmar que existe una verdadera garantía, con independencia de la denominación empleada por las partes.

Por el contrario, en las Comfort Letters Débiles, la clave no está en la idoneidad para garantizar el resultado, sino en su valor informativo. La carta no añade patrimonio responsable, pero sí transmite información relevante para el financiador. El socio de control delimita, por un lado, el alcance de su compromiso —no asumirá más riesgo que el ya invertido— y, por otro, valida la operación, en la medida en que declara conocerla y aceptarla. Esta validación permite al financiador presumir que la operación responde al interés del grupo y que no será cuestionada desde dentro.

Este valor informativo no es irrelevante. Aunque no genere una acción directa contra el patrocinador, reduce la probabilidad de comportamientos oportunistas y de conflictos internos que puedan frustrar el contrato. La carta débil no garantiza el cumplimiento, pero contribuye a que el incumplimiento sea menos probable y, sobre todo, más previsible desde la perspectiva del acreedor.

Distinta es la situación cuando el contenido de la carta es inequívoco. Cuando el patrocinador asume compromisos idóneos para garantizar la indemnidad del acreedor, la calificación como garantía se impone sin necesidad de construcciones adicionales. En estos casos, la jurisprudencia acierta al atender al contenido real del compromiso y no a la denominación del instrumento, aplicando un criterio funcional que resulta plenamente coherente con el sistema.

Las principales dificultades interpretativas que se plantean en la práctica —en particular, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado o la relevancia de las limitaciones internas de poder— pueden reconducirse, en último término, a un problema de imputación del riesgo. La tendencia jurisprudencial a proteger al acreedor de buena fe responde a esta lógica: quien genera una apariencia razonable de compromiso debe soportar sus consecuencias en el tráfico.

Ahora bien, esa misma lógica exige preservar una frontera clara entre lo vinculante y lo meramente informativo. Si se diluye este límite y toda declaración relevante se transforma en garantía, el instrumento pierde su utilidad. El resultado sería previsible: o bien se abandona su uso, o bien se vacía de contenido para evitar riesgos, con el consiguiente aumento de la incertidumbre.

Por ello, el criterio decisivo no puede ser exclusivamente literal. Debe atenderse, de un lado, a la idoneidad del compromiso para producir la indemnidad del acreedor y, de otro, al valor informativo que la declaración aporta en el contexto de la operación. Esta doble aproximación permite distinguir con mayor precisión entre los distintos supuestos y evita tanto la sobreextensión de la responsabilidad como la banalización de la figura.

6.2. La Comfort Letter a la luz de la comparativa con otros ordenamientos

La comparación entre la doctrina y jurisprudencia española y extranjera permite advertir una coincidencia en la manera de abordar la Comfort Letter entre los ordenamientos examinados, cual es la cabal importancia de su contenido, de la intensidad del compromiso asumido y, con distintos matices, de la confianza que razonablemente generan en su destinatario[160]. España no parece constituir una excepción a esta regla: el Tribunal Supremo ha construido igualmente la figura desde la distinción entre cartas Débiles y Fuertes y desde la interpretación del compromiso concretamente asumido, con las limitaciones propias de nuestro ordenamiento (desde la perspectiva civil, societaria, procesal o concursal) y de cada uno de los casos que han conseguido llegar al alto Tribunal, no tan amplios como los múltiples supuestos que la doctrina es capaz de proyectar.

Pese a la brevedad de nuestra aproximación, una visión comparada del fenómeno aconseja cierta prudencia antes de presentar la experiencia española de la Comfort Letter como singular. Dejamos seis ideas a vuelapluma sobre el particular:

1. En Derecho inglés, destacar la importancia del redactado de la Comfort Letter, distinguiendo las simples declaraciones de política o intención de los verdaderos compromisos jurídicos, aun teniendo en cuenta el fuerte énfasis del *common law* en el tenor literal de los documentos y en la intención objetiva de crear relaciones jurídicas entre las partes.
2. En cuanto al Derecho de Nueva York, tampoco la intención de obligarse e interpretación objetiva del documento de sus tribunales parecen alejarse en demasía de nuestro caso (acaso quepa recordar el matiz de una posible mayor relevancia, bajo Derecho de Nueva York, de la confianza inducida por la promesa y de la conducta que esta razonablemente provoca en el acreedor) si bien es destacable la escasez de jurisprudencia en dicha plaza[161].
3. En el caso de Hong Kong y China (*Keepwell Deeds*), son de interés sus notas de Comfort Letter Fuerte dado que, pese a no ser garantías, contienen compromisos contractuales exigibles destinados a sostener financieramente a una filial. La especial dimensión regulatoria de la región le confiere unas notas muy peculiares pero la lección que se extrae es cómo los tribunales reconocen con facilidad la intensidad del compromiso de un instrumento con unos términos poco etéreos (a diferencia, pensemos, de lo que sucede en una Comfort Letter Débil).
4. El ejemplo de Alemania es probablemente el ordenamiento que ofrece el paralelismo más inmediato (empezando por la distinción entre *harte* y *weiche Patronatserklärungen*) pero con sus matices propios como los referidos al sobreendeudamiento de la filial y una particular tendencia al tratamiento de ciertas situaciones de grupo de sociedades, muy desarrolladas en derecho alemán, como las

[160] Dicho sea con la oportuna cautela, pues difícilmente puede condensarse en unas pocas páginas la riqueza de cada uno de estos ordenamientos.

[161] Quizá por su fascinante propensión a transaccionar los asuntos judiciales antes de tramitar un pleito completo y asumir sus (enormes) costes e incertidumbre. En este sentido, véanse unas interesantes reflexiones en FORTE COBO, «Some Important Causes for Settlement in American Civil Litigation», LLM Theses and Essays, núm. 163, University of Georgia School of Law, 2013.

cartas *ad incertas personas,* cuya traslación al ordenamiento español se desaconsejaría por su poca practicidad, o los PLTA.

5. Francia es otro país con una jurisprudencia madura que data de los años 80 y cuya experiencia ha desembocado en la incorporación de una figura construida por la jurisprudencia al Code Civil. Los autores no han observado una diferencia sustancial antes y después de esa positivización, lo que apoya los argumentos para no continuar con la propuesta de codificación de la Comfort Letter del ALCM, comentada más arriba.
6. Por último, el caso italiano, también cercano al español, con una jurisprudencia y doctrina muy desarrolladas y una *lettera di patronage* que, en suma, carece de regulación específica, no deja de ser interesante como un caso de algo que funciona sin positivizarse.

Hay, en definitiva, algo casi inevitable en la incertidumbre de las Comfort Letters: en todas partes terminan enfrentándose, bajo prismas jurídicos distintos, a problemas interpretativos derivados del propio litigio (p.e. imprecisiones en el redactado de la carta, problemas de ejecución sin resolver), a la propensión de un ordenamiento jurídico a poner el foco en determinadas cuestiones o a la formulación de escenarios problemáticos en el plano doctrinal, muy acertados pero a veces potenciales. No parece que ello responda tanto a una deficiencia de cada ordenamiento como a la propia naturaleza de la figura, imprecisa, maleable y quizá creadora de cierta inseguridad jurídica[162].

6.3. La Comfort Letter en España: *¿quo vadis?*

La Comfort Letter vive en una cierta ambigüedad y en la aceptación de las partes de dicho documento a falta de algo mejor. Pretender regularla puede tener el efecto no deseado de desnaturalizarla. Allí donde las garantías tradicionales resultan demasiado rígidas, la Comfort Letter permite graduar el apoyo del patrocinador. Y, cómo no, esa maleabilidad la hace más proclive a las disputas judiciales, aunque ello —si se nos permite la expresión— es parte de su encanto. Ese es el precio que pagan quienes hacen uso de ese instituto. Esa incertidumbre realza, además, el papel protagonista de los asesores legales (abogados) de una operación.

Desde esta perspectiva, no parece necesaria una regulación detallada de las Comfort Letters, menos la propuesta por el ALCM. Su atipicidad forma parte de su utilidad. Las reglas generales de interpretación contractual ofrecen un marco suficiente, siempre que se apliquen con criterios estables y atentos a la función económica del instrumento.

En definitiva, la Comfort Letter es una técnica de asignación del riesgo que permite soluciones intermedias entre la ausencia de garantía y la garantía plena. Su correcta comprensión exige atender a lo que las partes han querido hacer y, sobre todo, a lo que objetivamente han conseguido hacer en términos de distribución del riesgo.

[162] Tomamos la expresión de la profesora FUENTES NAHARRO.

7. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (y ii)», *Almacén de Derecho*, 14 de diciembre de 2015.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i)», *Almacén de Derecho*, 17 de noviembre de 2015.

ASHBY, Lana, «Formation of Contract: Comfort Letters», *Practical Law* (Thomson Reuters), 2018.

Association of Corporate Treasurers, «Briefing Note: Letters of Comfort. A Practical Guide», disponible en: https://www.treasurers.org/ACTmedia/loc.pdf.

Association of Corporate Treasurers/Slaughter and May, *The ACT Borrower's Guide to the LMA's Investment Grade Agreements*, 6.ª ed., 2022.

BARRAL [segundo apellido], Inma, «Cartas de patrocinio», *Hay Derecho* (blog), 6 de diciembre de 2016.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Cartas de patrocinio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. [**].

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier/CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, [editorial], [año].

CARRASCO PERERA, Ángel, «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4, 2006, pp. 91 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», en MUÑOZ CERVERA, Miguel/NIETO CAROL, Ubaldo (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 623-764.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Sentencia de 30 de junio de 2005: cartas de patrocinio. Obligaciones resultantes de las declaraciones de titularidad sobre el capital de la filial y de apoyo financiero en caso de insolvencia», *[revista]*, núm. [**], [año], pp. [**].

CARRASCO PERERA, Ángel Francisco/CORDERO LOBATO, Encarna/MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, 4.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022.

COMELLAS GOBERNA, Anna, *La financiación bancaria de las administraciones públicas*, Aranzadi, 2019.

COMELLAS GOBERNA, Anna, *Los contratos de financiación bancaria con administraciones públicas: reflexiones sobre el principio de prudencia financiera y la interconexión del Derecho privado y el Derecho público*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2017.

DAZA GONZÁLEZ, Pablo/MARTÍNEZ ASENSI, Eugenia, «El Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre los efectos de una novación modificativa no extintiva de una obligación principal sobre la fianza que la garantiza», *Blog Uría Menéndez*, 23 de junio de 2025.

DE CÁRDENAS SMITH, Carlos/ARLABÁN GABEIRAS, Blanca, «Los esquemas de garantía en una financiación sindicada», en MANZANARES SECADES, Alberto (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Aranzadi, 2017, pp. [**].

DE CASTRO MARTÍN, José Luis, *Las cartas de patrocinio*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

DIAGO DIAGO, María del Pilar, «*Gentlemen's agreements* y contratos de financiación internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 122 ss.

DIAGO DIAGO, María del Pilar, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DÍAZ MORENO, Alberto, «Comentario a la última normativa y jurisprudencia del sector: cajas de ahorro de Castilla y León y sentencia del TS sobre cartas de patrocinio», *Derecho de los Negocios*, núms. 202-203, 2007, pp. 35 ss.

DIÉGUEZ [segundo apellido], Rocío, «Cartas de patrocinio y delimitación con respecto a otras figuras afines: fianza solidaria, mandato de crédito», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 19, 2007, pp. 233-242.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.ª, «Problemática de las cartas de patrocinio. Comentarios a algunos recientes pronunciamientos jurisprudenciales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, pp. 782-795.

DROBNIG, Ulrich, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Sellier, 2007.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., «Las cartas de patrocinio», en ALONSO UREBA, Alberto/BONARDELL LENZANO, Rafael/GARCÍA VILLAVERDE, Rafael (coords.), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1990, pp. [**].

ELLAND-GOLDSMITH, Michael, «Comfort letters in English law and practice», *International Business Law Journal*, núm. 5, 1994, pp. 527-541.

ESPIGARES HUETE, José Carlos, «La evolución doctrinal y jurisprudencial de las cartas de patrocinio», en CAMACHO DE LOS RÍOS, Francisco Javier/ESPIGARES HUETE, José Carlos/VELASCO FABRA, Guillermo José (dirs.), *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 251-326.

ESPIGARES HUETE, José Carlos, «El desconcierto en la interpretación de las cartas de patrocinio: de una obligación de medios (antes) a una obligación de resultado (ahora)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, 2016, pp. [**].

FISHER, Jonathan, «Comfort letters and their legal status», *Journal of International Banking Law*, vol. 3, núm. 5, 1988, pp. 215-221.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. I, 2.ª parte, *Die juristische Person*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1983.

FONTAINE, Marcel/DE LY, Filip, *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publishers, Ardsley (NY), 2006.

FORTE COBO, Felipe, «Some Important Causes for Settlement in American Civil Litigation», *LLM Theses and Essays*, núm. 163, University of Georgia School of Law, 2013.

FRANKEN, Paul, «The Force of Comfort Letters under German Law», *International Financial Law Review*, vol. 4, 1985, p. 14.

FUENTES NAHARRO, Mónica/DE MIGUEL HERNANDO, Diego, «Las cartas de patrocinio», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/ALMUDÍ CID, José Manuel/MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel (coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. IX, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. [**].

GÁMEZ JIMÉNEZ, José Manuel, «Las cartas de intención en el comercio internacional: una aproximación a su régimen jurídico desde el Derecho privado español», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 52, 2003, pp. 1035 ss.

GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando, «Garantías independientes y cartas de patrocinio: las mejores alternativas para el comercio internacional», *Revista e-Mercatoria*, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 1 ss.

GISPERT PASTOR, María Teresa, *Los créditos sindicados: su integración en el sistema jurídico español*, Bosch, Barcelona, 1986.

GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, María Teresa, «Origen y evolución del *mandatum pecuniae credendae* en el derecho romano clásico: de instrumento para la promoción del crédito a instrumento de garantía», en *El mandato de crédito en el derecho romano y su proyección en el derecho actual. Estudio histórico-comparativo*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. [**].

GRIFFITHS, Jonathan, «Is there a Right to an Immoral Trade Mark?», en TORREMANS, Paul (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law International, 2008, pp. 309 ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Garantía personal o "carta de patrocinio" que no consta en el balance ni en la memoria», *Repertorio jurisprudencial Commenda*, [año].

KOCH, Jens, *Die Patronatserklärung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

LA CORTE, Nicola, *Die harte Patronatserklärung. Zugleich ein Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

LexisNexis, «Comfort letter from parent company», en *Encyclopaedia of Forms and Precedents*, vol. 7(2), *Commercial Contracts*, [año].

LIPTON, Jacqueline, «Good Faith and Letters of Comfort», en [APELLIDOS, Nombre] (ed.), *Perspectives on Commercial Law*, [editorial], 1999, pp. 43-60.

LÓPEZ URIEL, Santiago, «Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. [**], 1987, pp. 325-358.

LYCZKOWSKA, Karolina, «El banco nos aseguró que no era un aval: o la historia de una carta de patrocinio que resultó ser fuerte como un aval», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, 2016, pp. [**].

MANZANARES SECADES, Alberto (coord.), *Estudios sobre financiaciones sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

MANZANARES SECADES, Alberto/VILLORIA RIVERA, Íñigo (coords.), *Comentarios de jurisprudencia bancaria. Una selección de sentencias sobre contratos de financiación corporativa, sus garantías y el concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

MÄNTYSAARI, Petri, *The Law of Corporate Finance. General Principles and EU Law*, v. II, *Contracts in General*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2010.

MARKS, David, «Little comfort from letters of comfort», *New Law Journal*, vol. 141, núm. 6527, 1991, p. 479.

MARTÍN BAUMEISTER, Bruno, «Tema 10: Los contratos de garantía», en SÁNCHEZ GRAELLS, Albert ([ed./dir./coord.]), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, t. III, *Contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 2012, pp. [**].

MARTÍN DE VIDALES GODINO, Mónica, «Conflictos de interés en el seno de un grupo de sociedades: deber de lealtad del administrador de una filial nombrado por la sociedad dominante. Responsabilidad por seguir las instrucciones de la matriz», en [APELLIDOS, Nombre] (dir.), *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 243-269.

MCBAIN, Graham, «Comfort letters, contractual or moral obligations?», *International Banking Law*, vol. 5, núm. 5, 1986, pp. 69-71.

MORALES [segundo apellido], Emma, «Caso: la carta de patrocinio del Ayuntamiento de Los Barrios», *Almacén de Derecho*, 10 de enero de 2018.

QIAO, Shitong, «Finance Against Law: The Case of China», *Harvard International Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2022, pp. 1 ss.

RHEINSTEIN, Max, «Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 22, 1952, pp. 90-104.

RUIZ GÓMEZ, Ricardo, «Cartas de patrocinio fuertes y débiles a la luz de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 944/2025, de 16 de junio», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 68, 2025, pp. [**].

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, «Las cartas de patrocinio», en GADEA SOLER, Enrique/SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier ([dirs.]), *La contratación bancaria*, [editorial], 2007, pp. [**].

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «De nuevo, el valor obligacional de las cartas de patrocinio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 106, 2007, pp. [**].

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda», en GARCÍA VILLAVERDE, Rafael (dir.)/BONARDELL LENZANO, Rafael (coord.), *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. [**].

SANCHO MARTÍNEZ, Laura, «El mandato de crédito: algunas consideraciones sobre su configuración a la luz del estudio de las cartas de patrocinio», en GALICIA AIZPURUA, Gorka H. (dir.), *Algunas cauciones lindantes con la fianza: fiador "real", mandato de crédito, cartas de patrocinio, garantías por anticipos en la compraventa de viviendas en construcción*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. [**].

SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique, «La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano», *InDret*, núm. 1, 2022, pp. [**].

SANTIAGO [segundo apellido], Pilar/MÍNGUEZ [segundo apellido], Rafael, «El contrato de apoyo de los socios en financiaciones de proyecto: análisis de la figura y su evolución en un contexto de crisis crediticia», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 11, 2012, pp. [**].

TRICHARDT, Anton P., *Letters of Comfort. A Trans-Systemic Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.

TRICHARDT, Anton P., «Chameleonic Documents in Law: A Comfort Letter Trilogy», *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 10, 2001, pp. 416 ss.

VALENZUELA GARACH, Fernando, «La "seriedad" de las llamadas cartas de patrocinio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 185, 1987, pp. 347-430.

WANG, Fang, «Effectiveness of Keepwell Deeds Under Chinese Law and Consideration of the Public Interest: Part 1», *Asian Business Lawyer*, núm. 34, 2023, pp. 1 ss.

YUNG, Patrick K. H., «Credit-Enhancement Mechanisms for Dim Sum Bonds: Structures and Risks», *Capital Markets Law Journal*, vol. 10, 2015, pp. 7 ss.

8. Cuadro de sentencias

Sentencia	Tipo de Carta	Criterio aplicado
España		
STS 774/1985, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:1985:1643)	Débil	Afirmar que se sostiene financieramente a la sociedad patrocinada y se cree firmemente en su futuro no equivale a un compromiso de garantía.
STS 717/1995, Civil, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:1995:4058)	No se refiere a cartas	Admite margen de autonomía a las garantías que los contratantes acuerden a partir de la fianza típica.
STS 529/2005, Civil (Sala 1ª, Sec. 1ª), de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4375)	Fuerte	El compromiso de una sociedad matriz ante un banco para que conceda a su filial crédito de aumentar el capital de esta para devolver la deuda es un mandato de crédito del que debe responder.
STS 96/2007, Civil, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1026)	Débil	El compromiso de poner todos los medios y medidas para el buen fin de una operación de financiación no es una garantía si del resto de manifestaciones de la carta no se infiere inequívocamente esta naturaleza.
STS 197/2009, Civil, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1257)	Fuerte	Las cartas fuertes son contratos de garantía atípicos en contraposición a las débiles que "suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito"
STS 16 enero 2012 sec. 1 (ECLI:ES:TS:2012:525)	No se refiere a cartas	La omisión en las cuentas anuales de una garantía a favor de una sociedad participada puede fundamentar la culpabilidad del concurso de los administradores de la sociedad garante.
STS 77/2014, Civil, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:737)	No se refiere a cartas	La novación que agrava la responsabilidad del garante no le es oponible si no la consiente.
STS 731/2014, Civil, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5755)	Fuerte	No se condena al pago de la deuda que solicitaba el acreedor porque el compromiso de los firmantes de la carta fue el de aumentar el capital en el porcentaje y medida correspondiente para que los fondos propios de la patrocinada le permitiesen cumplir el contrato garantizado.
STS 440/2015, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2015:4276)	Fuerte	Dado el carácter atípico de la garantía asumida en una carta fuerte no cabe aplicar *in totum* o incondicionalmente el régimen legal de la fianza.
STS 424/2016, Civil, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3055)	Fuerte	El porcentaje de participación de la patrocinadora sobre la patrocinada no es relevante si hay compromiso inequívoco de garantía en la carta.

STS 690/2017, Civil, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4613)	Fuerte	Una Administración Pública patrocinadora no puede plantear la falta de competencia de sus órganos o autoridades firmantes de la carta cuando se reclama civilmente la garantía que contiene.
STS 844/2023, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2538)	No se refiere a cartas	El aval mercantil se diferencia de la fianza en que no le aplican los principios de subsidiariedad ni de accesoriedad.
STS 2100/2025, Civil, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2025:2100)	No se refiere a cartas	No extingue la fianza un acuerdo novatorio que, sin aumentar la responsabilidad del fiador, aumenta el repago de la deuda garantizada por el deudor principal.
STS 1117/2025, Civil (Sala 1ª, Sec. 1ª), de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3587)	Fuerte	La obligación de garantía de la carta es exigible aunque haya sido suscrita por un administrador u órgano que precisase de autorización de la sociedad si se trata de un acto comprendido en el objeto social.
SAP Huesca (Sección 1.ª), de 29 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:APHU:2007:360)		
SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 30 de julio de 2012 (ECLI:ES:APSA:2012:539)	Débil	El compromiso de amortizar la financiación para el caso de abandonar el accionariado de la patrocinada no es una garantía patrimonial del cumplimiento de las obligaciones de la operación principal.
SAP Madrid (Sección 11.ª), de 30 de junio de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:10108)	No se refiere a cartas	Una Comfort Letter para la operación se utiliza como documento coetáneo a la contratación para conocer la intención de los contratantes.
SAP Logroño (Sección 1.ª), de 18 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APLO:2021:53A)		
STSJ Castilla y León, [Sala], de 26 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:3841)	Fuerte	No hay delito de prevaricación del Alcalde que firma una Comfort Letter fuerte sin acuerdo del Pleno municipal garantizando las obligaciones de una sociedad participada por el Ayuntamiento para la realización de unas obras de transporte público.
SAP Barcelona (Sección 14.ª) 155/2026, de 19 de marzo, rec. 1194/2023, ECLI:ES:APB:2026:1348	Fuerte	Queda acreditado que las obligaciones contenidas en las cartas de patrocinio habían sido asumidas frente a la entidad bancaria beneficiaria y confirma, acreditadas la solidaridad, el impago y el pago realizado por uno de los obligados, la procedencia de la acción de regreso del art. 1145 CC.
Reino Unido	*Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corp. Bhd.* [1989] 1 All ER 785 *Simon Carves Ltd v. Hussain; Carillion Construction Ltd v. Hussain* [2013] All ER (D) 304 (Mar) *Associated British Ports v. Ferryways NV* [2009] EWCA Civ 189	

	Rose & Frank Co v. J. R. Crompton & Bros Ltd [1925] AC 445 *Edwards v. Skyways Ltd* [1964] 1 WLR 349 *Etihad Airways PJSC v Flöther* [2019] EWHC 3107 (Comm), [2020] QB 793, esp. [72]-[86] *IDBI Bank Limited v Axcel Sunshine Limited & Anor* [2025] EWHC 442 (Comm), esp. [67]-[76]
Estados Unidos (Nueva York)	*Cortec Industries, Inc. v. Sum Holding L.P.*, 858 F. Supp. 34 (S.D.N.Y. 1994) Banque de Paris et des Pays-Bas v. Amoco Oil Co. *Hotel Capital LLC v. Wells Fargo Bank, N.A.*, 2012 NY Slip Op 50735(U)
Hong Kong / China	CEFC Peking Founder, Hong Kong Court of Final Appeal, 19 de marzo de 2025 Tsinghua Unigroup
Alemania	BGH, *Urteil* de 19 de mayo de 2011, IX ZR 9/10 BGH, *Beschluss* de 12 de enero de 2017, IX ZR 95/16 BGH, *Urteil* de 13 de julio de 2021, II ZR 84/20
Francia	Cour de Cassation, Chambre commerciale, 21 décembre 1987, n.º 85-13.173 Cour de Cassation, Chambre commerciale, 4 octobre 1994, n.º 92-15.330 Cour de Cassation, Chambre commerciale, 26 février 2002, n.º 99-10.729 Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 décembre 2019, n.º 18-12.287
Italia	Corte di Cassazione civile, Sez. I, n.º 10235, 27 de septiembre de 1995 Corte di Cassazione civile, Sez. III, n.º 4888, 3 de abril de 2001 Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, n.º 30174, 30 de diciembre de 2011 Corte di Cassazione civile, Sez. III, n.º 27547, 6 de noviembre de 2014 Corte di Cassazione civile, Sez. I, n.º 28932, 23 de octubre de 2025
TJUE	STJUE de 20 de enero de 2005, *Engler v Janus Versand*, C-27/02

InDret
4.2026

Saúl González García
Universidad de Granada
-

La subjetivación del juicio de transparencia y la crisis estructural del modelo de enjuiciamiento en las acciones individuales y colectivas

El llamado juicio de transparencia de Schrödinger

Sumario

-

El presente trabajo analiza la evolución jurisprudencial del juicio de transparencia en el Derecho español de consumidores y usuarios, poniendo de manifiesto la progresiva desviación respecto del modelo originario configurado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Partiendo de la premisa de que la transparencia material constituye un concepto unitario —la posibilidad real de comprender el alcance económico del contrato—, examina cómo su aplicación ha oscilado entre criterios objetivos y subjetivos, generando una dualidad de enjuiciamiento particularmente visible en la distinción entre acciones individuales y colectivas.

El estudio identifica las principales disfunciones del modelo actual, entre las que destacan la inseguridad jurídica, la incoherencia estructural del sistema —expresada en la que denominamos como "paradoja de la transparencia Schrödinger"— y sus efectos procesales, especialmente en relación con el pleito testigo y la extensión de efectos de las sentencias colectivas.

Frente a ello, se propone una reconstrucción del juicio de transparencia sobre la base de la doctrina de las cláusulas sorpresivas, orientada a recentrar el enjuiciamiento en parámetros objetivos vinculados al contenido contractual y a la información predispuesta, desplazando el foco desde el conocimiento efectivo del adherente hacia la idoneidad estructural del contrato para ser comprendido. Este modelo permitiría restaurar la coherencia del sistema, reforzar la seguridad jurídica y alinear el juicio de transparencia con el estándar objetivo del consumidor medio desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract

-

This paper analyses the jurisprudential evolution of transparency control in Spanish consumer law, highlighting the progressive departure from the original model established by the Spanish Supreme Court in its judgment of 9 May 2013. Starting from the premise that material transparency constitutes a unitary concept —namely, the real possibility of understanding the economic implications of the contract—, it examines how its application has oscillated between objective and subjective criteria, generating a dual model of judicial review particularly visible in the distinction between individual and collective actions.

The study identifies the main dysfunctions of the current model, among which legal uncertainty, the structural incoherence of the system —expressed through what we describe as the "Schrödinger transparency paradox"— and its procedural consequences stand out, especially regarding test case procedures and the extension of the effects of collective judgments.

In response, the paper proposes a reconstruction of transparency review based on the doctrine of surprising clauses, aimed at refocusing judicial scrutiny on objective parameters linked to the contractual content and the pre-formulated information provided to the consumer, shifting the focus away from the adherent's actual knowledge toward the structural suitability of the contract to be understood. Such a model would make it possible to restore the coherence of the system, strengthen legal certainty, and align transparency control with the

objective standard of the average consumer developed by the Court of Justice of the European Union.

Title: The subjectivization of transparency review and the structural crisis of judicial scrutiny in individual and collective actions

-

Palabras clave: Control de transparencia, acciones colectivas, consumidor medio, cláusulas sorpresivas, condiciones generales de la contratación, transparencia material, cláusulas abusivas.

***Keywords*:** *Transparency review, collective actions, average consumer, surprising clauses, standard contract terms, material transparency, unfair contract terms.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.04

InDret

4.2026

Recepción
14/05/2026
-
Aceptación
05/07/2026
-

Índice

-

1. Introducción

2. El control de transparencia: concepto y construcción doctrinal

3. El juicio de transparencia y su configuración jurisprudencial inicial

3.1. Fase previa. La transparencia latente

3.2. Fase inicial: el originario control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013

a. El concepto de transparencia y la estratégica ubicación de su control fuera del juicio de incorporación

b. Los parámetros de enjuiciamiento del control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013: entre la cognoscibilidad y la objetivación

4. La expansión material del juicio de transparencia

4.1. Cláusula suelo

a. Fase de continuidad objetiva

b. Del examen de la cláusula al examen del proceso de contratación

c. La proyección del conocimiento efectivo en los acuerdos novatorios

4.1. Hipotecas multidivisa: del examen del proceso de contratación a la comprensión del riesgo contractual y su aproximación al error vicio

5. La contracción del modelo de transparencia

5.1. Contratos de permuta financiera o SWAP

5.2. Acciones colectivas en materia de hipotecas multidivisa

6. La STJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C 450/22) como punto de quiebra

7. Fase de corrección interna y consolidación del doble modelo de enjuiciamiento

8. Crítica al actual sistema de enjuiciamiento de la transparencia

8.1. Inseguridad jurídica

8.2. La incoherencia del sistema

8.3. Efectos procesales indeseados derivados de la actual configuración del juicio de transparencia

9. Propuesta de mejora: el juicio de transparencia basado en las cláusulas sorpresivas. Posibilidades y límites

10. Conclusiones

11. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El control de transparencia en la contratación con consumidores se ha consolidado en los últimos años como una de las categorías centrales en sede del Derecho de protección de los consumidores y usuarios, hasta el punto de erigirse en un instrumento clave para garantizar la efectividad del principio de protección del adherente en mercados caracterizados por la contratación seriada. Sin embargo, la aparente unidad conceptual de la denominada transparencia material —entendida como la posibilidad real de que el consumidor comprenda el contenido económico y jurídico del contrato— contrasta con la progresiva complejidad de su aplicación jurisprudencial debido a su estrecha relación con otras categorías previas existentes en el ordenamiento, especialmente con el error vicio.

En este sentido, desde su formulación inicial en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el juicio de transparencia, que no el concepto, ha experimentado una evolución que, lejos de producir una sistematización coherente de sus parámetros de enjuiciamiento, ha dado lugar a una pluralidad de modelos aplicativos que oscilan entre criterios de carácter objetivo y otros claramente subjetivos. Esta oscilación se manifiesta con especial intensidad en ámbitos como las cláusulas suelo, los préstamos multidivisa o los productos financieros complejos, en los que el enjuiciamiento ha tendido progresivamente a desplazarse desde el análisis del contenido contractual hacia la valoración del conocimiento efectivo del adherente.

El problema que se plantea no es meramente terminológico ni responde a divergencias interpretativas puntuales, sino que presenta una dimensión estructural: la coexistencia de distintos modelos de enjuiciamiento bajo un mismo concepto de transparencia material ha generado una profunda incoherencia interna del sistema, particularmente visible en la divergencia entre el tratamiento de las acciones individuales y colectivas, llegando en algunos casos a limitar la tutela colectiva. Así, las relaciones entre acciones individuales y colectivas es uno de los puntos de mayor fricción dado que en las primeras el conocimiento efectivo del consumidor puede operar como factor determinante del juicio de transparencia, mientras que en las segundas dicho elemento resulta irrelevante, abriendo la puerta a soluciones contradictorias respecto de una misma condición general de la contratación.

El verdadero problema no radica únicamente en la coexistencia entre acciones individuales y colectivas, sino en una alteración progresiva del propio objeto del juicio de transparencia. En efecto, mientras el modelo originario se proyectaba sobre la configuración objetiva de la cláusula y sobre la aptitud estructural de la información predispuesta para permitir la comprensión del contrato, la evolución jurisprudencial ha desplazado progresivamente el centro del enjuiciamiento hacia la acreditación del conocimiento efectivo del adherente, aproximando funcionalmente el control de transparencia a categorías propias del error vicio. Las dificultades procesales que actualmente presenta la tutela colectiva constituyen, en realidad, la consecuencia de esa mutación conceptual previa.

* Saúl González García: (saul@ugr.es). El presente artículo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Propio de la Universidad de Granada: *la protección de los intereses económicos de los consumidores en el proceso civil*. *PP2024-EI-01*

A partir de este planteamiento, el presente trabajo persigue un doble objetivo. En primer lugar, realizar un análisis teleológico de la jurisprudencia del control de transparencia en los distintos ámbitos materiales en los que ha sido aplicado, identificando así los parámetros de enjuiciamiento empleados en cada uno de ellos y poniendo de manifiesto las tensiones sistemáticas que se derivan de dicha evolución. En segundo lugar, formular una propuesta de reconstrucción del juicio de transparencia que permita superar las disfunciones detectadas, tomando como punto de partida la doctrina de las cláusulas sorpresivas, reorientando el juicio de transparencia hacia un control basado en parámetros objetivos vinculados al contenido contractual y a la información predispuesta como el que acaba de ser impuesto por el TJUE en sede de acciones colectivas.

Desde esta perspectiva, la tesis central del trabajo es que la progresiva subjetivación del juicio de transparencia —cuyo máximo exponente es su reconducción hacia el conocimiento efectivo del adherente— no solo desnaturaliza el propio concepto de transparencia material, sino que compromete la coherencia del sistema y proyecta efectos procesales no deseados, especialmente en el ámbito de las acciones colectivas. Frente a ello, se postula la necesidad de volver a centrar el enjuiciamiento en la idoneidad objetiva del contrato para ser comprendido por un consumidor medio, en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como vía para llevar a la práctica la unidad conceptual de la transparencia y reforzar la seguridad jurídica.

2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: CONCEPTO Y CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL

Si bien, como tendremos ocasión de examinar, parte de la doctrina civilista relativa a la falta de transparencia era anterior a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, hemos de principiar el análisis por la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, dada su gran trascendencia, en el plano jurídico y en la práctica judicial, al reconocer la posibilidad de examinar la abusividad de los elementos esenciales del contrato, revisando su doctrina previa del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.[1]

En síntesis, el Tribunal Supremo abandona su interpretación de la transparencia como un requisito formal propio del control de incorporación,[2] introduciendo una nueva concepción fundada en la comprensibilidad real del contenido económico del contrato y más próxima a la lógica del error vicio.[3]

1 La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

2 En la jurisprudencia anterior a 2013, la transparencia quedaba esencialmente vinculada al control de incorporación, de modo que la claridad y comprensibilidad de la cláusula determinaban su consideración como transparente, presumiéndose con ello el conocimiento por el adherente de su carga económica. En consecuencia, las eventuales deficiencias en la comprensión del contrato no daban lugar a un control autónomo de la cláusula, sino que debían reconducirse, en su caso, al ámbito del error vicio del consentimiento. En este sentido, vid. STS 406/2012, de 18 de junio (ECLI: ES:TS:2012:5966).

3 La STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916) introduce un control de transparencia material que supera la concepción meramente formal vinculada al control de incorporación, exigiendo que las cláusulas no solo sean claras y comprensibles desde un punto de vista gramatical, sino que permitan al consumidor conocer su carga económica y jurídica, así como las consecuencias que se derivan para su posición contractual. Este nuevo enfoque implica la posibilidad de enjuiciar la abusividad de elementos esenciales del contrato y aproxima el

Sin embargo, el mencionado control de transparencia no constituye una creación jurisprudencial *ex novo* de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sino que dicho concepto enlaza con una determinada concepción doctrinal previa, si bien no de forma absolutamente coincidente, especialmente en cuanto a los efectos de la abusividad se refiere.

Los efectos de dicho pronunciamiento supusieron un punto de inflexión en un doble plano. Desde una perspectiva jurídica, la sentencia contribuyó decisivamente a la configuración del control de transparencia como categoría propia de nuestro ordenamiento de protección al consumidor. Desde el punto de vista práctico, fue el origen de un verdadero tsunami en términos de litigación: la litigación masiva, fenómeno caracterizado por la interposición de cientos de miles de demandas de consumidores ejercitando acciones de nulidad de determinadas cláusulas impuestas en la contratación por las entidades de crédito, en su inmensa mayoría fundadas en la falta de transparencia.

Para abordar un examen detallado de la doctrina del Tribunal Supremo resulta necesario realizar previamente un análisis de la doctrina civilista relativa a la naturaleza jurídica del control de transparencia, tanto la anterior como la coetánea y posterior, cuestión que, lejos de ser pacífica, ha dado lugar a planteamientos muy diversos. Las diferentes posiciones doctrinales pueden sistematizarse en torno a varias líneas interpretativas que difieren en la naturaleza jurídica y, por ende, en los efectos derivados de la falta de transparencia.

Atendiendo a un criterio temporal, el punto de partida lo constituye la tesis de PERTÍÑEZ VÍLLCHEZ, quien ya señalaba en el año 2004 que la transparencia conllevaba un doble juicio: el primero relativo a si las cláusulas eran claras y comprensibles y, cuando el resultado de ese primer examen fuese negativo, procedería un análisis de la posible abusividad.[4] El mencionado autor definía de este modo la teoría del doble juicio, posteriormente acogida por el Tribunal Supremo, primero *óbiter dicta* en algún pronunciamiento anterior y, después, en la *ratio decidendi* de su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Dicho pronunciamiento establecía que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si dicha cláusula no es transparente.

La anterior construcción doctrinal fue posteriormente secundada y matizada por varios autores, quienes con diferentes matices, asumieron la necesidad de articular un doble nivel de control en materia de transparencia.[5]

---

control de transparencia a la lógica propia del error vicio, en la medida en que se aproxima a la efectiva comprensión por el consumidor del contenido económico del contrato.

[4] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004, p. 135.

[5] Vid., en esta línea, MORENO GARCÍA, Lucía, *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, 2015; CASADO NAVARRO, Antonio, «El control de transparencia como "llave" del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas», *La Ley Mercantil*, febrero 2015; AGÜERO ORTIZ, Alicia, «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017; FENOY PICÓN, Nieves, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica

Tras el fallo del Tribunal Supremo, autores como CASADO NAVARRO[6] o AGÜERO ORTÍZ[7] elaboran la teoría del "control de transparencia como llave de la abusividad", conceptuándolo como el presupuesto que habilita el control jurisdiccional del contenido del objeto principal del contrato, posibilidad vedada hasta ese momento.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo y la aportación de estos autores, el desconcierto que dicha doctrina generó dio lugar a un intenso debate de la doctrina civilista acerca de la naturaleza jurídica y el alcance del control de transparencia, cuyas principales aportaciones expondremos *infra*.

Un sector doctrinal negó la posibilidad misma de este control. En esta línea, CARRASCO PERERA lo rechazó —llegando a calificarlo como "espurio"— y sostuvo que no cabe un tertium genus entre el control de incorporación y el control de abusividad por desequilibrio. En su opinión, no existe una exigencia autónoma de transparencia cuya infracción pueda determinar, por sí sola, la nulidad de la cláusula.[8]

Otro sector doctrinal postula que la falta de transparencia constituye, en realidad, un problema de consentimiento viciado en la medida en que la insuficiente comprensibilidad del contenido contractual genera un error relevante en el adherente. En este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL señala que el control de las cláusulas predispuestas relativas al objeto del contrato es un control de consentimiento del adherente.[9] De opinión semejante es PANTALEÓN PRIETO quien entiende que la fórmula de la transparencia resulta inadecuada tratándose de una cuestión de consentimiento viciado del consumidor. [10] Es más, este último reconduce expresamente la falta de transparencia material al ámbito del dolo del predisponente, separándola así del régimen jurídico propio de las cláusulas abusivas.

Dicha concepción se aprecia en la propia Sala Primera del Tribunal Supremo con anterioridad a la sentencia de 9 de mayo de 2013. Así, la STS 406/2012, Civil, de 18 de junio (ECLI: ES:TS:2012:5966) señala que el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él, así como la prestación que va a obtener de la otra parte. Ahora bien, la eventual falta de comprensión del contenido económico no se articula como un problema de control de la cláusula, sino que se reconduce al ámbito del error vicio del consentimiento.

española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXI, 2018; MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 2014

[6] CASADO NAVARRO, Antonio, «El control de transparencia como "llave" del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas», *La Ley Mercantil*, febrero 2015.

[7] AGÜERO ORTIZ, Alicia, «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017.

[8] CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna, «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013

[9] ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho*, 21.3.2017

[10] PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12.3.2017

Otra parte de la doctrina sostiene que el control de transparencia debe reconducirse al ámbito de la incorporación, de modo que su falta no da lugar a un ulterior juicio de abusividad, sino a la exclusión directa de la cláusula. En esta línea, CÁMARA LAPUENTE entiende que, tratándose de estipulaciones relativas al objeto principal del contrato, la falta de transparencia determina su no incorporación, al considerar que este control se acomoda mejor a la lógica de la incorporación, sin necesidad de un examen posterior de abusividad.[11]

En este mismo sector doctrinal se sitúa GONZÁLEZ PACANOWSKA, quien señala que, sin perjuicio de la eventual aplicación de los vicios del consentimiento, cuando se trata de cláusulas lícitas cuyo reproche radica en la falta de conocimiento por el consumidor —como sucede con la cláusula suelo—, la consecuencia no debería ser su nulidad, sino su no incorporación al contrato.[12]

Junto a las posiciones anteriores, una parte de la doctrina ha configurado el control de transparencia como expresión de un especial deber del predisponente de configurar contractualmente el clausulado de forma que permita la comprensión real por el adherente de la carga jurídica y económica asumida. En esta línea se sitúa ORDUÑA MORENO, para quien la transparencia se vincula menos a un canon autónomo de validez que a un deber cualificado de configuración contractual cuya infracción incide en la tutela del consumidor. Se trata, por tanto, de una construcción que no se identifica plenamente ni con el control de incorporación, ni con el control de contenido, ni con la teoría del error vicio, sino que presenta una autonomía conceptual propia.[13]

Por último, hay un sector doctrinal que entiende que la directiva 93/13, en su artículo 4.2, lo que hace es incorporar la doctrina alemana de las *überraschende Klauseln*. MIRANDA SERRANO expone esta teoría y señala cómo se basa en dos premisas fundamentales: la primera de ellas es que el objeto principal del contrato o parte económica no es susceptible de control, debido a que es la parte en la que los consumidores centran su atención y su regulación corresponde al mercado. Partiendo de la exclusión de control sobre el objeto principal del contrato —el precio— cobra una mayor importancia su transparencia efectiva, de tal forma que los consumidores puedan adquirir un conocimiento real.

La segunda premisa se refiere a la existencia de legítimas expectativas del adherente, construidas a partir de la normativa aplicable, la práctica bancaria, la publicidad y el contexto global de la negociación entre las partes, expectativas que, precisamente por su origen, revisten carácter razonable y constituyen el parámetro central del enjuiciamiento.
Partiendo de ambas premisas, el mencionado autor define las cláusulas sorpresivas como aquellas estipulaciones que, atendiendo a la naturaleza del contrato y su contexto, resultan tan

[11] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 2015

[12] GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Artículo 80 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015

[13] ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y contratación bancaria seriada», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014

insólitas o inesperadas que frustran de forma flagrante las legítimas expectativas del consumidor.[14]

Para el mencionado autor, la determinación del carácter sorpresivo de una cláusula se articula mediante un juicio de razonabilidad orientado a determinar si, atendiendo al contenido de la estipulación y a las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, podía razonablemente esperar un adherente de la misma condición que aquella formara parte de este. A tal efecto, deben considerarse, entre otros elementos, la normativa aplicable, la práctica bancaria y las negociaciones precedentes.

De cuanto llevamos expuesto se deducen cuatro conclusiones:

La primera de ellas es que el control de transparencia, si bien es muy controvertido en la doctrina civilista —en la medida en que no existe acuerdo sobre su contenido—, presenta una característica común. En efecto, entre aquellos autores que defienden su existencia, todas las construcciones doctrinales parten de la idea de un único concepto de transparencia en materia de consumidores y usuarios, derivado de las exigencias del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. De este modo, para unos se reconduce al ámbito de los vicios del consentimiento, para otros al control de incorporación y para otros a la comprensión de la carga económica del contrato, a la función de presupuesto del control de abusividad o al incumplimiento del principio de buena fe; ahora bien, todas las tesis examinadas operan con un único concepto de transparencia, coherente con la calificación jurídica que cada una de ellas adopta.

No existen, en consecuencia, varios conceptos de transparencia dentro de una misma construcción doctrinal, sino diferentes concepciones acerca de su contenido.
En este sentido, dejando al margen aquellas posiciones doctrinales que niegan la existencia misma del control de transparencia como categoría autónoma, puede afirmarse que el resto de la doctrina, pese a sus divergencias, se construye sobre un mismo marco normativo: la exigencia de transparencia derivada del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

La segunda conclusión que alcanzamos es que el concepto de transparencia se configura en torno a una intensa fricción estructural derivada de la proyección sobre dicho concepto de dos instituciones jurídicas propias del derecho contractual: el control de incorporación y los vicios del consentimiento. Así, el primero se satisface con el conocimiento formal de la cláusula, mientras que el segundo atiende a la correcta formación de la voluntad contractual.

En nuestra opinión, la transparencia se configura así como un criterio intermedio, o tertium genus, en la medida en que exige que el adherente pueda formarse una representación adecuada del alcance económico del contrato, sin que resulte relevante, a efectos del enjuiciamiento, la concreta percepción que efectivamente haya llegado a formarse en el adherente.

Se trata de un estándar que supera el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, pero sin llegar a exigir la verificación de que la representación que el consumidor se forma del

[14] MIRANDA SERRANO, Luis María, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2/2018, abril 2018. En términos muy próximos, reitera esta construcción en «¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?», *La Ley Mercantil*, núm. 87, enero 2022.

contenido económico del contrato sea exacta. Lo relevante a efectos del enjuiciamiento es que exista la oportunidad de comprender el alcance de sus efectos económicos. En este sentido, la transparencia lo que exige es una posibilidad real y efectiva de comprensión, y no una comprensión efectiva acreditada, cuya exigencia conduciría, en la práctica, a una verdadera *probatio diabólica*. Esta concepción se encuadra entre aquellas construcciones doctrinales que configuran el juicio de transparencia en términos objetivos, particularmente en la línea marcada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ y desarrollada posteriormente por otros autores.[15]

La tercera conclusión es que el concepto de control de transparencia incide directamente en la determinación de sus efectos. En efecto, desde dicha perspectiva, las distintas construcciones doctrinales pueden agruparse en dos grandes categorías: de un lado, aquellas que atribuyen a la falta de transparencia una ineficacia directa de la cláusula; de otro, aquellas que la configuran como un presupuesto que habilita un ulterior control jurídico —ya sea de abusividad o de vicio del consentimiento—, sin determinar por sí misma la ineficacia de la cláusula.

En cuarto lugar, constatamos que el concepto de transparencia determina la estructura del enjuiciamiento. En efecto, la concreta concepción que se adopte condiciona tanto los efectos jurídicos derivados de su infracción como los parámetros conforme a los cuales esta ha de ser enjuiciada, de modo que el enjuiciamiento se articulará sobre parámetros propios de la lógica del control de incorporación o del error vicio, si bien con las adaptaciones y matices que resultan de su específica configuración.

De este modo, las divergencias doctrinales analizadas no se agotan en una discusión conceptual, sino que se proyectan directamente sobre la configuración del control jurisdiccional y afectan, de lleno, al tipo de acción ejercitada, individual o colectiva, determinando, en último término, los resultados del proceso.

3. El juicio de transparencia y su configuración jurisprudencial inicial

Una vez delimitado el marco teórico de la transparencia, procede abordar su proyección práctica a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se examinará a la luz de las conclusiones extraídas del estudio doctrinal precedente.

Ahora bien, el análisis que proponemos no responde a un criterio meramente cronológico ni sectorial, sino a una aproximación de carácter teleológico y funcional. De este modo, el objetivo no es tanto reconstruir la evolución externa de la jurisprudencia, sino identificar la función que el Tribunal Supremo atribuye al juicio de transparencia —en particular, si se orienta al control del conocimiento efectivo o a la posibilidad real de comprensión— en cada uno de los contextos en los que se proyecta, así como los distintos criterios de enjuiciamiento que utiliza en atención a dicha finalidad. Desde esta perspectiva, la transparencia no se examina como un concepto estático, sino como una categoría funcional, el juicio de transparencia, cuya configuración varía

[15] En este sentido, aunque la doctrina no formula expresamente en estos términos la distinción entre posibilidad de comprensión y comprensión efectiva, esta conclusión se desprende de las construcciones que configuran el control de transparencia en clave objetiva. Así, en la línea iniciada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, el juicio de transparencia no se orienta a verificar la efectiva comprensión del adherente, sino a determinar si la cláusula permite formarse una representación adecuada de su alcance económico. En términos semejantes, ORDUÑA MORENO vincula la transparencia a un deber de configuración contractual del predisponente que garantice la comprensibilidad del contenido contractual, sin desplazar el análisis hacia la percepción subjetiva del consumidor.

en función del tipo de control que se pretende realizar —individual o colectivo— y del papel que desempeña en la estructura del enjuiciamiento.

A nuestro modo de ver, esta aproximación resulta necesaria porque la reconstrucción jurisprudencial del control de transparencia no puede realizarse mediante una exposición lineal ni estrictamente sectorial si lo que se pretende es explicar su evolución y analizar su coherencia sistemática. Su carácter transversal, unido a la diversidad de funciones que el Tribunal Supremo le ha atribuido, exige atender no solo a su formulación conceptual a lo largo del tiempo, sino también a los distintos criterios de enjuiciamiento que se proyectan en su aplicación práctica.
Desde esta perspectiva, el análisis se orientará, en primer lugar, a determinar si la jurisprudencia del Tribunal Supremo responde a un concepto unitario de transparencia. En segundo lugar, se examinará si el juicio de transparencia se articula a partir de parámetros homogéneos o, por el contrario, presenta una pluralidad de criterios, diferenciando, en particular, entre aquellos orientados a verificar la posibilidad efectiva de conocimiento de la cláusula y aquellos dirigidos a acreditar su conocimiento efectivo.

Este enfoque permite identificar la evolución interna del modelo y poner de manifiesto las tensiones que progresivamente se generan en su seno. A estos efectos, y con una finalidad meramente sistematizadora, pueden distinguirse cinco grandes etapas en su desarrollo: una fase previa, una fase de configuración originaria, una doctrina expansionista que convive con otra de contracción, una crisis del sistema y una etapa final de escisión. Esta sistematización no responde a una evolución lineal y homogénea, sino que pone de relieve la coexistencia de criterios de enjuiciamiento parcialmente superpuestos, cuya articulación constituye uno de los principales problemas del modelo.

Sobre esta base, la hipótesis que se pretende corroborar es que el Tribunal Supremo, partiendo de un concepto unitario de transparencia, oscila en su aplicación entre distintos parámetros de enjuiciamiento. En efecto, aunque en su formulación teórica el control de transparencia se configura como un estándar autónomo —situado más allá del mero control de incorporación pero sin llegar a identificarse plenamente con el conocimiento efectivo propio del error vicio—, en su aplicación práctica el Tribunal tiende a desplazarse hacia uno u otro de estos polos, adoptando en unos casos criterios de naturaleza objetiva, próximos a la cognoscibilidad de la cláusula, y en otros criterios de carácter subjetivo, situados en la órbita del error vicio.

3.1. Fase previa. La transparencia latente

La relevancia de la transparencia ya podía inferirse antes de la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, pues, hasta ese momento, la configuración jurisprudencial del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 operaba como un verdadero límite al control de determinadas cláusulas que, aun siendo potencialmente abusivas —en cuanto susceptibles de generar un desequilibrio relevante entre las obligaciones de las partes—, quedaban sustraídas al juicio de abusividad por referirse al objeto principal del contrato. Este resultado se veía reforzado por la identificación de la transparencia con los requisitos de incorporación previstos en la LCGC, de modo que, una vez superado este control formal, quedaba vedado cualquier ulterior examen del contenido de la cláusula, más allá de su eventual reconducción al ámbito del error vicio.

Este era, por ejemplo, el caso de las cláusulas suelo que, pese a establecer un desequilibrio evidente a favor del empresario —al fijar techos meramente nominales frente a suelos próximos

al tipo de interés aplicable—, quedaban excluidas del control de abusividad en la medida en que determinaban el precio y, por ende, el contenido esencial del contrato, no en vano el TS desarrollaría su doctrina sobre la transparencia, precisamente, para salvar este problema.

Esa primera interpretación de la transparencia se podría equiparar con la cerradura del control de abusividad que, posterior y paradójicamente, pasaría a convertirse, para determinados autores, en la llave del posterior juicio de abusividad.

Esta situación se manifiesta de forma particularmente ilustrativa en dos pronunciamientos, próximos en el tiempo, en los que puede apreciarse, con distinto grado de intensidad, la estructura del sistema que acabamos de exponer y las primeras tensiones que acabarán conduciendo a su reformulación.

En primer lugar, la STS 75/2011, Civil, de 2 de marzo (ECLI: ES:TS:2011:1244) pone de relieve cómo el Tribunal Supremo accede al control de abusividad sobre el presupuesto de que la cláusula enjuiciada no forma parte del objeto principal del contrato. De este modo, aun sin existir una doctrina expresa, el enjuiciamiento se articula sobre un presupuesto previo: la posibilidad de controlar la abusividad de la cláusula depende de su calificación como elemento no esencial. Solo a partir de esta exclusión se abre paso el análisis de su eventual carácter abusivo, confirmando así que el control no opera directamente sobre el contenido de la estipulación, sino que queda condicionado por la naturaleza esencial o accesoria de la cláusula objeto de enjuiciamiento.

No obstante, en este mismo pronunciamiento se introduce, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la afirmación de que incluso las cláusulas relativas al precio podrían ser objeto de control, lo que pone de manifiesto una primera tensión interna en el modelo, en la medida en que se reconoce la posibilidad normativa de dicho control pero sin que el Tribunal Supremo lo lleve a cabo, introduciendo dicha afirmación como un argumento de refuerzo en la apreciación del carácter accesorio de la cláusula.

Esta dualidad también se manifiesta con especial claridad en la STS 886/2011, Civil, de 12 de diciembre (ECLI: ES:TS:2011:8850) en la que, tras la declaración de abusividad de la cláusula que establecía el cargo por emisión de los billetes, la aerolínea cuestiona que se haya enjuiciado una estipulación relativa a un elemento esencial del contrato como es el precio. En su razonamiento, la Sala Primera no se limita a enjuiciar el carácter abusivo de la cláusula, sino que realiza expresamente un juicio previo relativo a su integración en el objeto principal del contrato y solo tras excluir dicha condición procede a examinar si concurren los presupuestos de la norma que tipifica la abusividad, poniendo así de manifiesto de forma especialmente nítida la estructura del sistema.

Igualmente, en esta sentencia la propia Sala Primera reconoce, también en términos de *obiter dicta*, la posibilidad de someter a control las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, señalando la viabilidad legal de este control, aunque sin llegarlo a emplearlo.

En este contexto, la transparencia se encontraba en un estado latente, aún no articulada como categoría autónoma de enjuiciamiento, pero ya presente como problema subyacente, especialmente en aquellos supuestos en los que la comprensión real del contenido económico

del contrato resultaba determinante para justificar o, en su caso, cuestionar la exclusión del control.

Otra sentencia determinante del posterior desarrollo de la doctrina jurisprudencial del control de transparencia es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. Su relevancia viene dada porque en ella ya se introduce el concepto de transparencia material que posteriormente desarrollará en su sentencia de 9 de mayo de 2013, y lo hace en los siguientes términos: «En efecto, el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.»

El problema radica en que la Sala Primera sitúa dicho concepto de transparencia claramente en la órbita del error vicio: «conviene puntualizar que en el presente caso aunque aplicáramos la legislación de consumo y aunque admitiéramos, como hemos aceptado, que el control de inclusión y de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93) no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de interpretación contractual conforme a los principios y reglas del Código Civil»

De la argumentación del Tribunal Supremo se infiere la incardinación del juicio de transparencia en el ámbito del vicio del consentimiento, no solo por remitir expresamente a las reglas de interpretación contractual, sino por emplear como parámetro nuclear del enjuiciamiento el conocimiento que tiene o pueda tener el consumidor.

Asimismo, la sentencia introduce, aunque sin un mayor desarrollo argumental, una idea que no debe pasar desapercibida, como es la inclusión de las cláusulas sorpresivas como una modalidad de los supuestos de no incorporación, con fundamento en el artículo 7.6 de la LCGC, lo que evidencia la proximidad conceptual entre los problemas de transparencia y las categorías propias del control de incorporación.

La jurisprudencia inmediatamente anterior a la sentencia de 9 de mayo de 2013 examinada muestra un patrón que permanece inalterado: el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de controlar elementos esenciales del contrato al amparo del artículo 4.2 de la Directiva. Sin embargo, también es constante que, pese a afirmar dicha posibilidad, el Tribunal Supremo se resiste a llevar a efecto dicho control.

En este contexto, la referida sentencia de 18 de junio de 2012 presenta un elemento especialmente relevante, pues, sin llegar tampoco a efectuar dicho control,[16] expresa la viabilidad de someter a enjuiciamiento la transparencia de los elementos esenciales del contrato, si bien lo hace reconduciéndola a la órbita propia del error vicio y no en la de las cláusulas abusivas.
Es decir, en esta sentencia no se produce todavía la quiebra del sistema previo, pero sí se anticipa de forma inequívoca, en la medida en que el Tribunal Supremo afirma la posibilidad de controlar

[16] El control de transparencia no llega a ser objeto de enjuiciamiento en el supuesto, al no haber acreditado la parte recurrente su condición de consumidor y haberse declarado probado que las estipulaciones del préstamo carecían de la naturaleza de condición general de la contratación.

los elementos esenciales del contrato a través del criterio de transparencia, sin llegar aún a llevar a efecto dicho control, lo que pone de manifiesto la inminencia de su reformulación.

3.2. Segunda fase. El originario control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013

Sobre esta sentencia la doctrina ha escrito profusamente pero nuestro análisis, como ya se expuso *supra*, tiene un enfoque diferente; lo que pretendemos con nuestro examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la transparencia material es corroborar o refutar nuestra hipótesis de trabajo. Dicha hipótesis consiste en que el Tribunal Supremo, al igual que la doctrina, parte de un único concepto de control de transparencia, pero oscila en su aplicación entre distintos parámetros de enjuiciamiento, de modo que en unas resoluciones adopta criterios objetivos —más próximos al control de incorporación— y en otras criterios de carácter subjetivo, situados en la órbita del error vicio.
Esta oscilación no se agota en el plano del enjuiciamiento, sino que se proyecta también en el plano procesal, dando lugar a posibles inadecuaciones entre el modelo de control aplicado y la acción ejercitada.
A tal fin, confrontaremos nuestro concepto de transparencia —entendida como la posibilidad real de comprender el alcance económico de la cláusula— con los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, a fin de determinar si estos se mantienen dentro de dicho concepto o, por el contrario, tienden hacia alguna de las dos categorías clásicas sobre las que se construye el sistema: el control de incorporación —lo que dice la cláusula— o el error vicio —la representación efectiva del adherente—.

a. El concepto de transparencia y la estratégica ubicación de su control fuera del juicio de incorporación

La sentencia de 9 de mayo de 2013 supone, ahora sí, la ruptura del que podemos denominar como el "tabú del control del precio", ámbito respecto del cual la Sala venía anunciando su facultad de control, pero que hasta ese momento no había llegado a ejercitar. Justifica el Tribunal Supremo que «[…] que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Este control incluye, por una parte, el control de incorporación […] y, por otra, un control de transparencia que exige que el adherente conozca o pueda conocer la carga jurídica y económica del contrato».

Como puede apreciarse, la sentencia es continuista en el concepto pero innovadora en el modelo de enjuiciamiento, pues introduce el mecanismo para ese control de transparencia y lo ubica al margen del control de incorporación. La no incardinación en el control de incorporación, lejos de ser una cuestión baladí, presenta una relevancia decisiva, pues de ella dependen, en gran medida, tanto el ámbito de aplicación del propio control de transparencia como los efectos de la falta de esta.

Comenzando por el ámbito de aplicación, hemos de tener en cuenta que el TRLGDCU no establece un régimen propio de incorporación, sino que remite a la LCGC que es donde se establecen los requisitos de incorporación y el correspondiente juicio o control de incorporación. Configurar el control de transparencia como un elemento propio de dicho control permitiría la extensión de dicho control a relaciones entre profesionales, lo cual excedería, a todas luces, del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, relativa a los consumidores y usuarios, sin perjuicio

del debate doctrinal existente sobre la eventual extensión de este control, cuestión que no abordaremos por no resultar relevante para el objeto del presente trabajo.

Al margen de lo anterior, la creación de un control de transparencia autónomo, desvinculado del control de incorporación, constituye un presupuesto necesario para la articulación del modelo instaurado por el Tribunal Supremo, caracterizado por su configuración bicéfala o, en expresión de parte de la doctrina, como la "llave del control de abusividad", pues de lo contrario la falta de transparencia habría determinado la no incorporación de la cláusula, imposibilitando someter dichas cláusulas a un posterior juicio de abusividad.

b. Los parámetros de enjuiciamiento del control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013: entre la cognoscibilidad y la objetivación

A nuestro modo de ver, en la estructura de doble juicio creada por el Tribunal Supremo estos parámetros constituyen el elemento esencial, no solo porque estructuran el juicio de transparencia, sino porque determinan su configuración como un verdadero control autónomo o, por el contrario, su aproximación —e incluso su confusión— con el control de incorporación o con el ámbito del error vicio.

Es en este punto donde el análisis de nuestro esquema revela su utilidad. El examen de estos criterios permitirá determinar si el objeto del control se sitúa en la comprensibilidad de la cláusula —propia del control de incorporación— o en la comprensión efectiva del adherente —propia del error—. En un plano ideal, los parámetros del juicio de transparencia aplicados por el Tribunal Supremo deberían situarse a medio camino entre ambas categorías, configurando así una figura autónoma, extremo que trataremos de verificar a continuación.

El juicio de transparencia del Tribunal Supremo se lleva a cabo atendiendo a 5 parámetros, todos ellos determinantes del posible conocimiento real del alcance económico de la cláusula suelo y que son los siguientes:

- Información sobre el carácter esencial: «[…] falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato». Nos encontramos ante un parámetro de carácter objetivo que no se limita a la mera comprensibilidad formal propia del control de incorporación, sino que se proyecta sobre la identificación de la cláusula como elemento esencial del contrato. Su función es permitir que el adherente advierta que se encuentra ante una estipulación determinante del objeto principal y, en particular, de la configuración económica de la operación.

- Ocultación de la cláusula: «Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas». Desde la perspectiva de su naturaleza, este criterio se sitúa igualmente en el plano objetivo, al no proyectarse sobre la efectiva comprensión del adherente, sino sobre la forma en que la cláusula se presenta dentro del contrato. En concreto, atiende a si su integración conjunta con otras estipulaciones puede diluir su relevancia, generando una apariencia de reciprocidad que dificulte la percepción de su verdadero alcance económico.

- Ausencia de simulaciones: «No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar».

Nos encontramos ante un parámetro de carácter objetivo que, sin embargo, presenta una singularidad relevante: su carácter transversal, al operar simultáneamente como criterio del control de transparencia y como instrumento para el enjuiciamiento del error vicio, en la medida en que permite trasladar al plano objetivo cuestiones tradicionalmente vinculadas a la esfera interna del consentimiento.

En efecto, dado que la comprensión efectiva del consumidor constituye un elemento de naturaleza subjetiva cuya acreditación supondría un supuesto paradigmático de *probatio diabólica*, la exigencia de este tipo de simulaciones permite objetivar el enjuiciamiento, desplazando el foco desde lo que el adherente efectivamente comprendió hacia las condiciones que le fueron proporcionadas para comprender. Esta objetivación no se produce en el marco propio del control de transparencia, sino que responde a una lógica distinta, vinculada a la necesidad de hacer enjuiciable, en términos probatorios, la formación del consentimiento, de modo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no examina la comprensión efectiva del adherente, sino la idoneidad de la información suministrada para permitir la formación de una representación adecuada del comportamiento económico del contrato.[17]

Ello explica que este tipo de parámetros, aun formulados en términos objetivos, operen en la práctica como instrumentos de valoración de la representación que pudo formarse el adherente, mostrando una clara proximidad funcional con el enjuiciamiento del error vicio.

- Información precontractual comparativa: «No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad». Se trata de un elemento de contraste en clave comparativa, de naturaleza objetiva, que permite evaluar el grado de transparencia de la cláusula en un contexto económico más amplio, coadyuvando a que el adherente valore su alcance en relación con otras alternativas contractuales ofrecidas por la propia entidad.

- Análisis del enmascaramiento del resultado económico del contrato «[…] lo elevado del suelo fijado hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente concertado a interés variable, se convierte en un préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza». Este parámetro, igualmente de naturaleza objetiva, permite examinar si las condiciones económicas del contrato han podido quedar ocultas mediante la creación de una apariencia artificiosa o tras un "trampantojo jurídico".

Pese a formularse en términos objetivos, se trata de un elemento de juicio que incide directamente en la representación que el adherente puede formarse del resultado económico del contrato, en la medida en que pone de manifiesto la posible divergencia entre la apariencia

[17] STS 177/2026, de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2026:421), que, en el marco del enjuiciamiento del consentimiento prestado en la contratación de un producto financiero complejo, aprecia la insuficiencia de la simulación suministrada al señalar que «la simulación (o escenario) que se indicaba en la contratación telefónica era, cuando menos, incompleta. Es decir, sobre el tipo del 4,82% se simula una subida del 4,90% (menos de medio punto porcentual), y se dice que, en ese caso, la diferencia la asume el Banco, y, a la inversa, sobre ese mismo tipo, se simula una diferencia del 4,75% (también menos de medio punto porcentual), y se dice que, en ese caso, la diferencia la asume el cliente. Se trata de un escenario no solo ausente de la realidad, sino que no sucedió; siendo de destacar que, en ningún momento se dice al cliente qué es lo que le supone, en euros, la subida o la bajada del Euribor a tres meses, ni se indica la existencia de situaciones más extremas que implicaran que la diferencia que hubiera de asumir el cliente fuera de cuantía notable»

formal de la cláusula y su funcionamiento efectivo. En este sentido, desde un plano abstracto, se trata de un criterio idóneo para sustentar la apreciación de un eventual error del adherente, en la medida en que evidencia la capacidad de la cláusula para generar una representación inexacta.

Ahora bien, en el ámbito específico del control de transparencia, su carácter objetivo impide que opere como instrumento de acreditación del error, al quedar desplazado este del objeto del enjuiciamiento, actuando más bien como un criterio para valorar la idoneidad de la cláusula para generar una representación inexacta del resultado económico del contrato.

Tras el examen de los criterios del juicio de transparencia podemos afirmar, en primer lugar, que todos ellos proceden de datos objetivos, lo que es una consecuencia lógica del hecho de que la sentencia de 9 de mayo de 2013 se dicte en el marco de un proceso colectivo en el que se ejercita una acción de cesación.

En segundo lugar, podemos observar que tres de los parámetros han sido configurados ex novo por el Tribunal Supremo para este control —información sobre el carácter esencial de la cláusula, ocultación de la cláusula e información precontractual comparativa—, situándose en una posición intermedia entre la lógica del control de incorporación y la del error vicio.

Por el contrario, la falta de simulaciones y el enmascaramiento del resultado económico del contrato no constituyen criterios de nueva creación, sino parámetros que el Tribunal Supremo traslada desde el ámbito del error al control de transparencia.[18] Esta traslación explica su ambivalencia, al permitir valorar tanto la posibilidad real de conocer el alcance económico del contrato como apreciar las condiciones que pueden incidir en la formación del consentimiento, recayendo en ambos casos sobre un elemento esencial del contrato.

Asimismo, estos parámetros configuran una estructura inicial que sirve de base a la posterior subjetivación del juicio de transparencia, en la medida en que permiten enjuiciar la comprensión efectiva del adherente, configurando así un espacio de confluencia funcional entre el juicio de transparencia y el enjuiciamiento del error vicio. De este modo, la evolución de la jurisprudencia hacia la subjetivización del control en el marco de las acciones individuales no constituye una ruptura, sino el desarrollo de una lógica ya presente en la configuración originaria del modelo, como veremos *infra*.[19]

---

[18] En este punto debe precisarse que los parámetros relativos a la ausencia de simulaciones y al enmascaramiento del resultado económico del contrato no constituyen una innovación introducida por la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916), sino que encuentran su antecedente en la jurisprudencia previa sobre error vicio.

Así, la STS 683/2012, Civil, de 21 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7843), pone ya de manifiesto la relevancia de la información relativa al comportamiento futuro del tipo de interés como presupuesto necesario para que el cliente pueda formarse una representación adecuada del resultado económico de la operación, evidenciando que el Tribunal Supremo empleaba ya criterios de carácter objetivo para valorar la suficiencia de la información y su incidencia en la formación del consentimiento.

De este modo, podemos afirmar que la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916) no crea ex novo tales parámetros, sino que los traslada desde el ámbito del error vicio a un modelo de enjuiciamiento autónomo, lo que explica su versatilidad funcional y su aptitud para operar tanto en el control de transparencia como en el enjuiciamiento del consentimiento

[19] En el mismo sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ ha puesto de manifiesto cómo la propia STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916), pese a calificar su pronunciamiento de nulidad como abstracto, afirmó simultáneamente el carácter no retroactivo de dicha nulidad, modulando en la práctica el fallo según la incidencia concreta en cada consumidor; ello evidencia que la tensión entre abstracción e individualización se hallaba ya

Esta fricción —entre el control abstracto propio de la acción colectiva y el conocimiento efectivo del adherente como base del juicio de transparencia— fue expresamente planteada ante el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo apenas seis meses después de dictada la sentencia fundacional en un incidente de nulidad de actuaciones. El Tribunal buscó entonces un equilibrio ciertamente difícil entre ambas exigencias, recurriendo para ello a la ficción objetiva del consumidor medio.[20]

4. La expansión material del juicio de transparencia

El carácter transversal de la Directiva 93/13/CEE, unido al incremento de la litigiosidad en materia de condiciones generales de la contratación, propició una progresiva expansión del ámbito de aplicación del control de transparencia. Este movimiento resulta clave, pues es en este momento cuando comienzan a manifestarse de forma más nítida las tensiones internas del modelo previamente configurado.

En particular, la extensión del control de transparencia a nuevos ámbitos contractuales se traduce en una diferenciación de los criterios de enjuiciamiento aplicables en función del tipo de acción ejercitada, así como en la introducción de parámetros de enjuiciamiento diferenciados en función del ámbito material.

Al mismo tiempo, esta expansión viene acompañada de una dinámica de contención, en la medida en que el Tribunal trata de evitar que el juicio de transparencia invada ámbitos tradicionalmente resueltos a través de las categorías del error vicio, especialmente en aquellos supuestos en los que la naturaleza abstracta de las acciones colectivas resulta difícilmente compatible con un enjuiciamiento basado en la comprensión efectiva del adherente.

---

larvada en la propia sentencia fundacional del modelo. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, «Los retos de la justicia civil ante los litigios en masa», en JIMÉNEZ CONDE, F., BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 337. En el mismo sentido, y desde la doctrina civilista, CÁMARA LAPUENTE identificó ya en 2017 esta misma deriva, calificando el proceso como una evolución «hacia la transparencia subjetiva». Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las seis SS.T.S. posteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, junio 2017.

[20] Las entidades bancarias promotoras del incidente de nulidad de actuaciones contra la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916) alegaron que de su fundamentación se derivaría la necesidad de analizar la transparencia caso por caso, lo que resultaría incompatible con una declaración general de nulidad. El Pleno calificó esta cuestión de «mera legalidad ordinaria sin trascendencia constitucional» y precisó que el control abstracto de validez de las condiciones generales opera tomando en consideración al «consumidor medio» (apartados 148, 152 y 253 de la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916)). Añadió que «negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar [...] supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos [...] mediante procedimientos eficaces».

El Tribunal recondujo hacia un parámetro objetivo un juicio de transparencia estrechamente vinculado al conocimiento efectivo del adherente. Esta concepción, que superaba el precedente entonces todavía aislado de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), sería respaldada mayoritariamente por la doctrina civilista en los años posteriores y suponía, además, recuperar la órbita del error vicio, categoría tradicionalmente aplicada por la Sala Primera y estrechamente relacionada —como se ha expuesto *supra*— con el conocimiento efectivo del contratante. La construcción objetiva del consumidor medio permitía, de este modo, hacer viable el control colectivo sin abandonar formalmente aquella concepción de la transparencia. Su estabilidad, sin embargo, resultaría precaria: la posterior recuperación de parámetros individualizados en la jurisprudencia dictada en sede de acciones individuales acabaría generando la crisis estructural aquí denunciada. ATS de 6 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:10482A), FD Quinto.2.

Con el fin de analizar esta evolución y los distintos parámetros de enjuiciamiento que la articulan, el examen se llevará a cabo atendiendo a los principales ámbitos en los que el control de transparencia ha sido aplicado, no con una finalidad meramente sectorial, sino como instrumento para identificar las distintas lógicas de enjuiciamiento que subyacen a su configuración.

4.1. Cláusulas suelo

El análisis de la jurisprudencia posterior a la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916) revela que, en materia de cláusulas suelo, el control de transparencia atraviesa dos momentos claramente diferenciados: una primera fase de aplicación predominantemente objetiva de los parámetros fijados en 2013 y una segunda fase en la que el juicio comienza a desplazarse hacia el proceso de contratación y, de forma más matizada, hacia el conocimiento efectivo del consumidor.

a. Fase de continuidad objetiva

El examen de la jurisprudencia recaída en este ámbito revela cómo los parámetros, principalmente objetivos y examinados supra, en un primer momento se trasladan íntegramente desde la acción colectiva a la acción individual. Así, el control de transparencia se centra en la aptitud de la cláusula para ser comprendida, sin deslizarse hacia el efectivo conocimiento del adherente sobre sus consecuencias económicas ni hacia la consideración de sus circunstancias personales, propias del ámbito del error vicio.

La sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 es concluyente a tal respecto pues, pese a tratarse de una acumulación de acciones individuales, el juicio de transparencia se articula íntegramente sobre los parámetros objetivos establecidos en la sentencia de 9 de mayo de 2013.[21] Sobre el carácter objetivo del juicio de transparencia resulta muy ilustrativa la STS 222/2015, Civil, de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2015:2207), al desvincular dicho control de las circunstancias personales del consumidor y configurarlo como una exigencia estructural del contrato, orientada a garantizar la posibilidad real de comprensión de sus

[21] STS 464/2014, Civil (Pleno), de 8 de septiembre (ECLI: ES:TS:2014:3903) «la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia. En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013»

elementos esenciales sin trasladar al adherente la carga de un examen exhaustivo del contenido contractual.[22]

b. Del examen de la cláusula al examen del proceso de contratación

Un adagio jurídico señala que los votos particulares de hoy son la jurisprudencia de mañana y, en este caso, hemos de examinar un voto particular a la STS 464/2014, Civil (Pleno), de 8 de septiembre (ECLI: ES:TS:2014:3903) vista *supra* y que ya anunciaba la rotura de esta línea jurisprudencial. Dicho voto particular, formulado por, el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo sostiene, con apoyo en la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, la necesidad de ampliar el enjuiciamiento de la transparencia a elementos relativos al contexto de la contratación, como la forma en que fue presentada la información o el conocimiento generalizado existente sobre este tipo de cláusulas.

En la STS 171/2017, Civil (Pleno), de 9 de marzo (ECLI: ES:TS:2017:788) el Magistrado Sancho Gargallo, ponente de la sentencia, ve la tesis de la expansión del control de transparencia al proceso de contratación de su voto particular de 2014 confirmada por el pleno de la Sala. De este modo, el control de la transparencia, que hasta ese momento era el mismo para acciones colectivas y para acciones individuales se escindió al señalar el Tribunal Supremo que «en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.»

Y por si se albergaban dudas acerca de que esos "otros medios" para acreditar la transparencia se encaminaban directamente a la prueba testifical, la propia sentencia lo explicitaba, aunque en relación con el notario.
La consecuencia de este cambio es el desplazamiento desde un control del contrato, basado en un soporte documental objetivo, hacia un enjuiciamiento sobre el proceso de contratación, que incorpora elementos de difícil o imposible estandarización, introduciendo un factor de distorsión en la medida en que el cumplimiento del deber de transparencia pasa a depender de la acreditación de lo ocurrido en la contratación. Es decir, el juicio de transparencia ya no es solo lo que se contrata, sino también cómo se contrata. Este desplazamiento introduce en el juicio de

[22] STS 222/2015, Civil, de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2015:2207): «Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.

En lo que se refiere a la exigencia de que las condiciones generales no causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe, no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus opciones de consumo mediante un examen minucioso y una comparación entre los diversos condicionados generales de los contratos. Lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella. Por eso el ordenamiento jurídico exige que las cláusulas que regulan los elementos esenciales sean especialmente transparentes, para que el consentimiento contractual que se preste sea plenamente informado, al ser la prestación (en sus aspectos fundamentales) y el precio los elementos básicos que determinarán la opción del consumidor y sobre los que prestará su pleno consentimiento»

transparencia elementos propios del ámbito del consentimiento y aproxima progresivamente su lógica a la del error vicio, en la medida en que el análisis deja de centrarse exclusivamente en la aptitud objetiva de la cláusula para ser comprendida y comienza a incorporar consideraciones relativas a la formación de la representación del adherente.

De hecho, en las resoluciones en las que el Tribunal Supremo desestima las pretensiones del consumidor, el enjuiciamiento revela que la apreciación de la transparencia se apoya, en gran medida, en la constatación de que el adherente llegó a conocer, por distintas vías, el alcance económico de la cláusula.[23]

c. La proyección del conocimiento efectivo en los acuerdos novatorios

Mención aparte merece la jurisprudencia relativa a los acuerdos novatorios[24] posteriores a la incorporación de la cláusula suelo, en la medida en que introduce elementos —como el conocimiento efectivo del consumidor o la existencia de una negociación— que, prima facie, podrían parecer ajenos al modelo objetivo del control de transparencia.

Un examen más detenido de esta línea jurisprudencial evidencia que tales elementos no se proyectan sobre el juicio de transparencia de la cláusula originaria, que se mantiene inalterado, sino sobre el plano del acuerdo posterior, cuya validez radica en su carácter negociado y, en consecuencia, a su exclusión del régimen de las condiciones generales de la contratación, quedando así sometido al régimen general del consentimiento, lo que determina que dichos elementos subjetivos permanezcan al margen del control de transparencia.

Dentro del ámbito de la validez de los acuerdos novatorios puede apreciarse una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que introduce un matiz relevante. Esta se manifiesta en aquellos supuestos en los que la sentencia no explicita la existencia de una negociación como elemento determinante de la exclusión del régimen de protección al consumidor, centrando el análisis en el conocimiento efectivo que el consumidor tenía de la cláusula suelo. Aunque esta omisión no resulte decisiva para el resultado, pone de manifiesto una lógica implícita —que se proyecta también en otras materias, como se verá *infra*—: cuando el consumidor concreto conoce los efectos de la cláusula, el Tribunal tiende a excluir la falta de transparencia, aproximando así el juicio de transparencia a los parámetros propios del error vicio.[25]

4.2. Hipotecas multidivisa: del examen del proceso de contratación a la comprensión del riesgo contractual y su aproximación al error vicio

El conocimiento efectivo al que aludíamos en el apartado precedente adquiere una relevancia aún mayor en la jurisprudencia relativa a las hipotecas multidivisa. Nos encontramos ante una materia que, aun sin haber alcanzado el volumen de litigiosidad de otras —dada la temprana clarificación introducida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[26]—, resulta especialmente útil para nuestra tesis.

[23] Los principales motivos son el carácter de no consumidor del prestatario (STS 587/2017, Civil, de 2 de noviembre (ECLI: ES:TS:2017:3802) o la inexistencia de falta de transparencia

[24] Véase la STS 489/2018, Civil, de 13 de septiembre (ECLI: ES:TS:2018:3098).

[25] Véase STS 363/2018, Civil, de 15 de junio (ECLI: ES:TS:2018:2209)

[26] Sentencia del TJUE de 20 Sep. 2017, C-186/2016, Asunto *Andriciuc,* ECLI: EU:C:2017:703

En ella puede apreciarse una confluencia casi total entre el error vicio y la falta de transparencia, al proyectarse esta última no ya sobre la mera comprensión de una cláusula concreta, sino sobre la posibilidad real del consumidor de representarse adecuadamente el riesgo económico del conjunto del contrato. Pese a que la transparencia, tal y como la concibe el TJUE, opera en un plano objetivo, entra en una zona de confluencia con el error vicio en la medida en que, en este tipo de supuestos, el juicio sobre su existencia se construye a partir de parámetros externos objetivados —fundamentalmente la información suministrada y la propia configuración del contrato—, lo que aproxima funcionalmente ambos controles.

En este ámbito es el propio Tribunal de Justicia quien introduce de forma expresa la exigencia de que el consumidor comprenda no solo el contenido de la cláusula multidivisa —esto es, que recibe una cantidad en moneda extranjera que debe devolver en esa misma divisa, realizando los correspondientes cambios en cada cuota—, extremo que un consumidor medio —aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz según el propio TJUE— puede comprender.

Ahora bien, la mera comprensión de esta mecánica no permite, por sí sola, inferir las repercusiones económicas del pacto multidivisa, lo que explica que el Tribunal de Justicia no se limite a exigir la inteligibilidad formal de la cláusula, sino que vincule la transparencia a la comprensión del funcionamiento del contrato en su conjunto y a la posibilidad de evaluar sus consecuencias económicas a lo largo del tiempo, exigiendo para ello un deber cualificado de información: «las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero».

Este es el motivo de que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las cláusulas suelo, donde el control de transparencia se proyecta sobre la cláusula en sí misma considerada —la posibilidad de comprender cómo puede limitar el interés—, en los préstamos multidivisa dicho control no pueda quedar circunscrito a la obligación de devolución en moneda extranjera, sino que deba extenderse a la comprensión de los riesgos económicos derivados de dicha configuración contractual: «el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos».

Ello conlleva la necesidad de llevar a cabo un control sobre si el consumidor resultó debidamente informado de los riesgos que este tipo de contrato entraña, examen que, por el objeto en el que recae, presenta una clara proximidad funcional con el llevado a cabo en supuestos de error vicio, en la medida en que en ambos casos la validez del contrato depende de la existencia de una adecuada representación de sus consecuencias económicas, lo que condiciona la posibilidad de adoptar una decisión contractual fundada y prudente.

La anterior doctrina fue asumida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017. Antes de entrar en dicho análisis, existe una cuestión de interés a los fines de nuestro trabajo en la que merece la pena que nos detengamos. En la mencionada sentencia, la Sala modifica la doctrina de su Sentencia de 30 de junio de 2015 en la que establecía la sujeción de los

préstamos multidivisa a la normativa MIFID. Aunque dicha cuestion, *prima facie,* no guarde relación con la transparencia, dicho pronunciamiento contiene una síntesis de los parámetros interpretativos del Tribunal Supremo relativos al efecto de un incumplimiento de las obligaciones de información derivados de dicha normativa, cuya principal consecuencia es la existencia de una presunción de falta de compresión real y, por ende un error vicio: «Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.»

El anterior pronunciamiento muestra con absoluta nitidez cómo, en materia de préstamos multidivisa, el Tribunal Supremo se encontraba claramente posicionado en la lógica del error vicio, situando el centro del enjuiciamiento en el conocimiento efectivo del cliente acerca de los riesgos del producto contratado.

En este contexto, la cuestión que se plantea es si, al incorporar la doctrina del Tribunal de Justicia en su sentencia de 2017, el Tribunal Supremo supera dicho enfoque hacia un modelo de enjuiciamiento de carácter objetivo —basado en la suficiencia de la información y en la posibilidad de comprensión por parte de un consumidor medio— o si, por el contrario, mantiene el juicio de transparencia en la acreditación del conocimiento efectivo del adherente.

En nuestra opinión, la respuesta a la anterior cuestión es clara: el Tribunal Supremo, en materia de hipotecas multidivisa, mantiene el juicio de transparencia radicado en el conocimiento efectivo y no sobre la suficiencia de la información contractual suministrada al cliente . Se trata de una jurisprudencia continuista respecto a la lógica del error vicio que venía aplicando con anterioridad a la recepción de la doctrina del TJUE (asunto Andriucic) en la que la Sala hace un examen del resultado de la información suministrada en lugar de hacerlo sobre la suficiencia o insuficiencia de la misma respecto a un consumidor medio.

Como ejemplo para fundar nuestra tesis podemos citar la reciente sentencia de 1 de julio de 2025 27 en la que señala que «Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (sentencias 509/2020, de 6 de octubre, 564/2020, de 27 de octubre y 642/2020, de 27 de noviembre) no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

[27] STS 1037/2025, Civil, de 1 de julio (ECLI: ES:TS:2025:3128).

Solo desde esta lógica es posible encontrar pronunciamientos como el contenido en la sentencia de 9 de febrero de 2021[28] en la que concluye que: «Con tales hechos probados, mal puede fundarse una supuesta falta de transparencia que pueda desembocar en una declaración de abusividad cuando consta que el prestatario conocía perfectamente el funcionamiento del préstamo en divisas y sus riesgos.»

Llegados a este punto nuestra investigación alcanza una conclusión interesante: al margen de que el juicio de transparencia se produzca atendiendo a criterios objetivos o subjetivos — que es lo que venimos analizando— , en sede de hipotecas multidivisa, el objeto del propio juicio de transparencia se encuentra claramente subjetivado en la medida que su finalidad es constatar el «adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato».[29]

Ahora bien, ello no impide que dependiendo del objeto litigioso fijado por las partes y la prueba practicada por estas este juicio pueda articularse sobre parámetros externos y objetivos o sobre parámetros internos y subjetivos. De hecho, un examen de la jurisprudencia permite apreciar cómo en un principio había más sentencias que se basaban en una conducta del actor que evidenciaba su conocimiento — por ejemplo, porque operaba cambios en divisas cuando el tipo de cambio le era ventajoso — mientras que la jurisprudencia más reciente se basa en la detallada información facilitada por las entidades con ejemplos y explicaciones detalladas que permiten presumir el efectivo conocimiento del consumidor.

En nuestra opinión, el problema radica en el referido enfoque del juicio de transparencia, debiendo este quedar circunscrito a si la información contractual o el contrato en su conjunto — no ya la cláusula multidivisa— permitían a un consumidor medio comprender el riesgo de este tipo de contrato, juicio de transparencia que nunca debería permitir examinar las conductas del cliente como prueba de un conocimiento efectivo.

Esta conclusión se ve reforzada por la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, que ha insistido en el carácter objetivo del estándar de transparencia, desvinculándolo del conocimiento efectivo del consumidor. Así, en la sentencia de 21 de septiembre de 2023 (asunto C-139/22), el Tribunal de Justicia afirma que el profesional debe cumplir con los deberes de información exigibles incluso en aquellos supuestos en los que el consumidor dispone de conocimientos en la materia, señalando que «la circunstancia de que el consumidor tenga determinados conocimientos o experiencia en el ámbito financiero no exime al profesional de su obligación de facilitarle la información necesaria para que pueda comprender las consecuencias económicas del contrato».

[28] STS 69/2021, Civil, de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:379): «El demandante, tras la contratación del préstamo multidivisa, realizó siete cambios de la divisa en la que operaba el contrato, de conformidad con lo establecido en el propio contrato. Así se constituye el préstamo el 9 de marzo de 2007 en francos suizos, y se producen cambios de divisa: el 11 de diciembre de 2007 a yenes japoneses, el 25 de agosto de 2008 a dólares americanos, el 25 de septiembre de 2008 se vuelve a los yenes, el 12 de diciembre de 2008 a francos suizos, el 16 de marzo de 2010 a yenes, el 9 de noviembre de 2011 a euros, y el 9 de mayo de 2012 a libra esterlina. Solo estas operaciones evidencian que el demandante conocía perfectamente el producto contratado y la dinámica del mismo, así como los riesgos derivados de la fluctuación de la moneda a que estuviera referenciado el préstamo.»

[29] STS 1037/2025, Civil, de 1 de julio (ECLI: ES:TS:2025:3128).

La anterior doctrina pone de manifiesto que el juicio de transparencia no se construye sobre la efectiva comprensión del adherente en el caso concreto, sino sobre la suficiencia objetiva de la información suministrada, lo que resulta difícilmente conciliable con aquellas líneas jurisprudenciales que hacen posible el control sobre la acreditación del conocimiento real del consumidor.

5. La contracción del modelo de transparencia

En este apartado se examinan diversos pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo restringe el alcance expansivo de su propia doctrina sobre la transparencia, bien reconduciendo el enjuiciamiento a categorías tradicionales —singularmente el error vicio—, bien subrayando la necesidad de un examen individualizado incompatible con fórmulas abstractas de control. La fijación de límites materiales a dicha expansión resultaba, sin embargo, particularmente compleja, al asentarse la transparencia en una cláusula normativa de alcance general y vocación transversal, lo que acabaría sentando las bases de la posterior crisis del modelo.

5.1. Contratos de permuta financiera o SWAP

Un ejemplo paradigmático de esta dinámica restrictiva se aprecia en la jurisprudencia relativa a los contratos de permuta financiera (SWAP). En dicha materia, con anterioridad a la STS 241/2013, Civil (Pleno), de 9 de mayo (ES:TS:2013:1916), existía ya una jurisprudencia consolidada conforme a la cual el incumplimiento de los deberes de información en la contratación de productos financieros complejos podía determinar la existencia de un error invalidante del consentimiento.

Conviene advertir, no obstante, que, a los efectos de este trabajo, el análisis de los concretos parámetros del juicio de transparencia en este ámbito presenta un interés secundario, en la medida en que la relevancia de esta línea jurisprudencial no reside tanto en la configuración de tales criterios —vinculados esencialmente a la información precontractual y a la comprensión de los riesgos del producto— sino en su reconducción a la lógica del error vicio y, especialmente, en la negativa del Tribunal Supremo a proyectar dicho control en el ámbito de las acciones colectivas.

Esta circunstancia explica que el control de transparencia material no operara en este ámbito como un parámetro autónomo de enjuiciamiento, en la medida en que el déficit informativo relevante encontraba su cauce natural en la categoría del error vicio, siempre que afectara de manera esencial y excusable a la formación del consentimiento. De hecho, la propia Sala ha señalado que la cuestión relativa a la suficiencia de la información sobre las características y riesgos del producto financiero no encuentra su sede genuina en el control de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores y en su proyección sobre la validez del consentimiento contractual.[30]

[30] ATS de 31 de octubre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:11485A): Aunque el recurrente tuviera la condición de consumidor, como esta sala ya ha tenido ocasión de advertir en recursos precedentes sobre la contratación de productos financieros complejos, lo que realmente se plantea en estos casos es un problema conexo con la transparencia, como es la suficiencia de la información ofrecida al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero ofertado por la entidad de servicios de inversión, pero dicha cuestión no tiene su genuino campo de tratamiento en sede de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores, si bien, en este caso, la caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio impide su examen.

En relación con este tipo de contratos hay dos cuestiones trascendentes para nuestro análisis. La primera es que el mero hecho de que estos contratos puedan anularse por vicio del consentimiento no debería impedir que pudieran también ser objeto de una declaración de abusividad fundada en la falta de transparencia, pues, aplicando en sentido inverso la lógica del Tribunal Supremo en el ámbito de las acciones individuales —conforme a la cual el conocimiento efectivo del adherente excluye la falta de transparencia—, cuando el error vicio tiene su origen en una información deficiente sobre los elementos esenciales del contrato, difícilmente puede sostenerse que el proceso de contratación haya sido transparente.

Este problema no es meramente teórico, sino que presenta una doble virtualidad práctica. De un lado, la eventual caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento —cuyo plazo de caducidad es de cinco años— contrasta con el carácter imprescriptible de la acción de abusividad fundada en la falta de transparencia. Y, de forma especialmente significativa, por la imposibilidad de acudir a la tutela colectiva, pues el conocimiento efectivo y el examen de las circunstancias concretas de cada caso son incompatibles con un enjuiciamiento abstracto propio de este tipo de acciones.

De este modo, el modelo jurisprudencial construido por el Tribunal Supremo en materia de contratos de permuta financiera —caracterizado por la incardinación del control de transparencia en la lógica del error vicio— no tardó en enfrentarse a una de sus principales limitaciones: su difícil encaje con los mecanismos de tutela colectiva.

Lejos de aprovechar esta fricción, puesta de manifiesto con ocasión del ejercicio de una acción de cesación, el Tribunal Supremo desaprovechó la oportunidad de reconfigurar el papel autónomo de la transparencia material y optó por una suerte de enroque en su planteamiento inicial. Así, en la STS 408/2020, Civil, de 7 de julio (ECLI: ES:TS:2020:2228), consolida una interpretación que, al exigir un análisis centrado en la información precontractual y en las circunstancias individuales del cliente, resulta estructuralmente incompatible con el control abstracto propio de las acciones colectivas y, [31] en última instancia, con las exigencias derivadas

En esta misma línea, la STS 47/2021, de 2 de febrero (ECLI: ES:TS:2021:269), identifica como elementos relevantes del juicio la información precontractual suficiente y anticipada, la comprensión de la naturaleza, riesgos y efectos del contrato, el riesgo de liquidaciones negativas, el coste de cancelación anticipada y la prueba de la información efectivamente suministrada. Aunque formalmente integrados en el control de transparencia, tales elementos operan materialmente como criterios de enjuiciamiento del consentimiento, lo que explica tanto su difícil encaje en el sistema de condiciones generales como su incompatibilidad con el enjuiciamiento abstracto propio de las acciones colectivas.

[31] STS 408/2020, Civil, de 7 de julio (ECLI: ES:TS:2020:2228S: «Es cierto que en la sentencia que se invoca en el recurso de casación, 241/2013, de 9 de mayo, y en alguna otra, como la 138/2015, de 24 de marzo, hemos mantenido que, respecto de las cláusulas suelo, no es incompatible el control abstracto propio de las acciones colectivas con la ponderación de circunstancias concretas relativas al grado de consciencia del consumidor sobre la carga jurídica y económica de dicha cláusula […]». Sin embargo, añade que «las conclusiones de tales sentencias 241/2013 y 138/2015 no son extrapolables a clausulados más complejos, como los que son objeto de este litigio». A continuación precisa que «el enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y también de contenido», pero «no sucede lo mismo cuando la acción colectiva pretende que se realice un control de transparencia», pues «la insistencia del TJUE en la necesidad de atender a las concretas circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas de quien contrata, que puedan incidir en la comprensibilidad material de la cláusula, y, lo que es más importante, la trascendencia de la información precontractual, reducen considerablemente los supuestos en que pueda apreciarse la falta de transparencia en una acción colectiva». Y concluye que, dado que «esta información no es sólo documental» y puede influir «un

del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, como la propia jurisprudencia posterior vendría a reconocer.[32]

Efectivamente, la idea de que no es posible realizar un control de transparencia en abstracto en el ámbito de los contratos de permuta financiera, dada la exigencia de examinar las circunstancias concretas de la contratación y el perfil del cliente, limitaba de facto la posibilidad de acudir a la tutela colectiva. Esta interpretación, que el Tribunal Supremo trató de fundamentar en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, revela, sin embargo, una más que aparente contradicción con el modelo de protección diseñado por la Directiva 93/13, cuya plena dimensión se pondrá de manifiesto a la luz de la jurisprudencia posterior.

5.2. Acciones colectivas en materia de hipotecas multidivisa

La anterior doctrina fue asumida, *mutatis mutandis,* por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales y aplicada a las acciones de cesación que inicialmente se interpusieron en materia de hipotecas multidivisa. Ún ejemplo de esta situación lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de junio de 2022[33] en la que dicho tribunal señalaba cómo «pretendiéndose en nuestro caso el examen abstracto, que es el único propio de la acción de cesación, acción a la que hemos de reducir nuestro examen, la conclusión es que no es posible determinar la falta de transparencia de forma abstracta, lo que debe conducir a la íntegra desestimación de la acción ejercitada en relación con los pactos multidivisa.»

La Audiencia señala cómo no es posible «el examen de la transparencia material exige un análisis, caso a caso, de todas las circunstancias concretas de la contratación, que desborda el clausulado de la escritura y se extiende a otros elementos, como la documentación precontractual, las explicaciones proporcionadas por el personal de la entidad financiera y el perfil del contratante, entre otros. Así lo ha venido sosteniendo asimismo el Tribunal Supremo en su abundante jurisprudencia en la materia.»

En similares términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 6 de mayo de 2020 [34] cuando hace suyo el razonamiento del juez de lo mercantil que, en su sentencia recurrida, señalaba cómo «el objeto y alcance de una acción colectiva de cesación, que es de naturaleza abstracta, es incompatible con el ámbito particular y concreto en el que únicamente puede desarrollarse el control de transparencia material en el que la actora funda sus pretensiones impugnatorias con carácter principal, tal y como se desprende de manera rotunda de su escrito de *demanda*»

determinado perfil del cliente», «resulta muy difícil llegar a concluir que con carácter general una determinada entidad financiera comercializó con falta de transparencia un producto».

[32] Sobre la abstracción como rasgo definitorio del control ejercido en las acciones de cesación, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, 2020, págs. 1290-1323, esp. p. 1307, donde se explica que la acción de cesación implica «un control abstracto sobre la licitud o ilicitud de una práctica», lo que justifica precisamente que no se exija participación individual del consumidor. La formulación coincide con la premisa aquí sostenida —la incompatibilidad estructural entre control abstracto y enjuiciamiento individualizado—, aunque alcanzada desde la doctrina general de acciones de representación europeas y no desde el ámbito específico del juicio de transparencia.

[33] SAP de Barcelona de 7 de julio de 2022, ECLI: ES:APB:2022:6629

[34] SAP de Valencia de 6 de mayo de 2020, ECLI: ES:APV:2020:855

En materia de cláusulas multidivisa, como se desprende de los anteriores pronunciamientos, el problema no radica en la coexistencia de distintos estándares de transparencia en función del tipo de acción ejercitada, sino en la propia configuración del juicio de transparencia, que impide su proyección en abstracto. De este modo, el control se articula en torno a extremos que exceden la mera cognoscibilidad de las obligaciones contractuales y se adentran en la comprensión efectiva del contrato, lo que obliga a valorar elementos como el perfil del cliente, sus conocimientos financieros o la información concretamente suministrada en el proceso de contratación.

La incompatibilidad progresivamente apreciada entre determinadas acciones colectivas y el control de transparencia no deriva tanto de una insuficiencia estructural de la tutela colectiva cuanto de la propia transformación del juicio de transparencia operada por la jurisprudencia. El problema aparece en el momento en que el objeto del control deja de residir en la configuración objetiva del contrato y pasa a depender de circunstancias vinculadas al concreto estado cognoscitivo del adherente. Desde ese momento, el juicio deja de ser plenamente abstracto y comienza a aproximarse funcionalmente a un enjuiciamiento propio del error vicio.

Esta dependencia de circunstancias individualizadas determina la imposibilidad de realizar un enjuiciamiento abstracto de la cláusula, lo que, en la práctica, cercenaba la operatividad de la tutela colectiva en este ámbito. De este modo, la jurisprudencia menor no introduce una restricción autónoma del alcance de las acciones colectivas, sino que pone de manifiesto un límite estructural del modelo de transparencia tal como ha sido configurado por el Tribunal Supremo.

6. La STJUE de 4 de julio de 2024 (Asunto C 450/22) como punto de quiebra

La forma en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve la pretendida incompatibilidad de las acciones colectivas con el control de transparencia en su sentencia de 4 de julio de 2024 constituye el punto de inflexión en el que el enjuiciamiento de la transparencia previamente construido entra en crisis.

La cuestión subyacente a este pronunciamiento, lejos de ser meramente casuística, es estructural: cómo es posible que un concepto con vocación unitaria, como el de la transparencia material —cuya formulación inicial se produce precisamente en el marco de una acción colectiva— haya evolucionado hasta el punto de dar lugar a formas de enjuiciamiento que resultan incompatibles con el enjuiciamiento, en determinados ámbitos, a través de dicho cauce procesal. En particular, en sectores como los contratos de permuta financiera o los préstamos multidivisa, el propio desarrollo jurisprudencial había terminado por impedir, de forma paradójica, el enjuiciamiento en abstracto de la transparencia, evidenciando una clara tensión estructural entre la unidad del concepto y la pluralidad de sus formas de enjuiciamiento.

Esta es la cuestión que el TJUE vino a resolver y que la propia Audiencia Provincial que conocía del procedimiento del que dimanó la sentencia del TJUE ya tenía perfectamente identificada: «cuando este examen de transparencia, tan apegado a lo singular, tan penetrado en su esencia natural de esos factores de lo particular, relativos a cada relación contractual concreta y al perfil de cada consumidor, se traslada al ámbito del control abstracto, como el del presente litigio, para su implementación en el proceso donde se sustancian acciones colectivas, se produce una fuerte

tensión entre la naturaleza de la vía procesal utilizada, para la acción colectiva, y el vehículo que por ella transita para su aplicación sustantiva, el examen de transparencia.»

La respuesta del TJUE se fundamentaba en la siguiente premisa: si no es posible prescindir del enjuiciamiento a través de la acción colectiva, pues se trata de una tutela expresamente prevista en la Directiva 93/13/CEE [35] y en la legislación española, será necesario prescindir de aquellos extremos que, por su naturaleza individual o subjetiva, no pueden ser objeto de alegación y prueba en un proceso colectivo, resolviendo la cuestión en los siguientes términos: «por lo que respecta, en segundo lugar, al control de transparencia de una cláusula contractual que el juez nacional debe llevar a cabo en el marco de una acción colectiva, debe señalarse que, por su propia naturaleza, ese control no puede tener por objeto circunstancias que caractericen situaciones individuales, sino que se refiere a prácticas estandarizadas de profesionales.»

Este pronunciamiento, de facto, invalidaba de plano la doctrina existente tanto del propio TS respecto a los contratos de permuta financiera, como la que, por extensión de la anterior, venía aplicando la jurisprudencia menor en materia de hipotecas multidivisa, en la medida en que ambas resultaban incompatibles con el estándar de enjuiciamiento impuesto por el Tribunal de Justicia que garantiza el enjuiciamiento vía acción colectiva, obligando al Supremo a un cambio estructural del juicio de abusividad en materia de acciones colectivas.

Este pronunciamiento, de facto, invalidaba de plano la doctrina existente tanto del propio TS respecto a los contratos de permuta financiera, como la que, por extensión de la anterior, venía aplicando la jurisprudencia menor en materia de hipotecas multidivisa, en la medida en que ambas resultaban incompatibles con el estándar de enjuiciamiento impuesto por el Tribunal de Justicia, configurado precisamente para permitir su proyección en el marco de la acción colectiva, obligando al Supremo a un cambio estructural del juicio de abusividad en materia de acciones colectivas.

7. Fase de corrección interna y consolidación del doble modelo de enjuiciamiento

Tal y como vaticinábamos en un comentario de la citada sentencia publicado en 2025, [36] el Tribunal Supremo no podía seguir vedando la tutela a través de las acciones colectivas en ámbitos como las hipotecas multidivisa o los contratos de permuta financiera. Y es precisamente en este ámbito donde han tenido lugar algunas de las primeras resoluciones en las que el Alto Tribunal comienza a corregir su doctrina, al margen, claro está, del proceso en el que, con carácter prejudicial, recayó la sentencia del Tribunal de Justicia.

Especialmente significativa resulta la sentencia de 17 de marzo de 2026, en la que la Sala de lo Civil reconoce la posibilidad de enjuiciar, a través de una acción colectiva, un contrato financiero complejo como es el préstamo multidivisa —en clara ruptura con lo que venía afirmando respecto

[35] Vid. apartados 30 y 31 de la Sentencia de 4 de julio de 2024, *Caixabank y otros*, C-450/22, EU:C:2024:577en los que afirma que la consideración de las circunstancias concretas propias de las acciones individuales no puede obstaculizar el ejercicio de acciones colectivas, cuya finalidad preventiva y disuasoria exige su independencia respecto de litigios individuales.

[36] GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, "doctrina de la STJUE en el Asunto C-450/22 o cómo el Tribunal Supremo ha acabado convertido en Cronos y su control de transparencia en el Zeus que lo ha derrocado" en La protección del cliente en los contratos bancarios, Coordina ALBIEZ DOHRMANN, J.K., Atelier, 2025, p. 912

de los contratos de permuta financiera—, señalando al respecto que: «en el seno de la acción colectiva el enjuiciamiento sobre la transparencia de la cláusula discutida se basará en dilucidar si un consumidor medio pudo comprender el impacto económico de la estipulación a la luz de las prácticas precontractuales y contractuales estandarizadas de cada entidad de crédito. El juez ha de analizar si el consumidor medio está en condiciones, en el momento de la celebración del contrato, de comprender el funcionamiento de la cláusula y sus consecuencias económicas, y para ello «debe tomar en consideración el conjunto de las prácticas contractuales y precontractuales estándar seguidas por cada profesional en cuestión», entre las que figuran la redacción, su ubicación, la publicidad de los tipos de contratos, la difusión de las ofertas precontractuales generalizadas y cualesquiera otras circunstancias.» [37]

Hasta aquí, al menos en apariencia, no se aprecia disfunción alguna. El Tribunal Supremo, en sede de acciones colectivas, asume la doctrina del Tribunal de Justicia y articula el juicio de abusividad a partir de parámetros objetivos y externos, tales como el contenido de la cláusula, las prácticas estandarizadas del predisponente y la referencia al consumidor medio, extrayendo de la combinación de estos elementos la posibilidad de que dicho consumidor pueda comprender el alcance económico del contrato y los riesgos inherentes al mismo.

Sin embargo, el problema no radica en la introducción de un nuevo parámetro de enjuiciamiento, sino en la posibilidad de que este estándar objetivo coexista con el modelo previamente consolidado en el ámbito de las acciones individuales, basado en la comprensión efectiva del consumidor concreto y en las circunstancias específicas del proceso de contratación. De este modo, no nos encontraríamos ante una mera ampliación del juicio de transparencia, sino ante su escisión en función del cauce procesal empleado, dando lugar a la coexistencia de dos modelos diferenciados: uno abstracto y objetivado en sede colectiva, y otro concreto y fuertemente individualizado en sede individual.

Esta posibilidad que acabamos de exponer no se trata de una mera hipótesis sino que se trata de un hecho puesto de manifiesto por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de septiembre de 2024, apenas dos meses posterior a la del TJUE, y en la que el Alto Tribunal señala lo siguiente: «el juez podrá resolver en un sentido diferente al de la sentencia que estima la acción colectiva y negar el carácter abusivo de la cláusula cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio»

La consecuencia de esta doctrina es la aparición de un modelo de enjuiciamiento en el que el resultado del control de transparencia deja de depender exclusivamente de la cláusula y pasa a estar condicionado por el tipo de acción ejercitada. Nos encontramos así ante lo que hemos dado en llamar el juicio "Schrödinger" de transparencia, en el que una misma cláusula puede ser considerada transparente o no en función del cauce procesal a través del cual se articule su enjuiciamiento.

8. Crítica al actual sistema de enjuiciamiento de la transparencia

[37] STS 422/2026, Civil, de 17 de marzo (ECLI: ES:TS:2026:1127) ; que reitera la doctrina de las SSTS 257/2026, Civil, de 17 de febrero (ECLI: ES:TS:2026:594) y 943/2025, Civil (Pleno), de 16 de junio (ECLI: ES:TS:2025:2620)

Tras el extenso examen que hemos realizado en el apartado precedente, procede abordar su análisis crítico, que se asienta sobre cuatro pilares: la inseguridad jurídica, la falta de coherencia estructural y la generación de dos problemas procesales derivados, como son la inoperancia del pleito testigo y los más que previsibles problemas que pueden plantearse en el futuro en sede de extensión de efectos de las sentencias dictadas en procedimientos colectivos.

8.1. Falta de seguridad jurídica

Si algo ha quedado patente del estudio precedente es la existencia de tantos parámetros del juicio de transparencia como ámbitos materiales examinados. Así, en materia de cláusulas suelo, el juicio de transparencia, en un primer momento, quedó circunscrito al contenido de la estipulación relativa a los límites a la variabilidad del tipo de interés, articulándose sobre parámetros principalmente objetivos, aunque permeable a criterios de carácter subjetivo.

Posteriormente, este primer modelo experimenta una expansión ampliando el objeto del juicio de transparencia —desde de la cláusula hacia sobre el proceso contratación — lo que introduce nuevos parámetros —en particular, la información facilitada al cliente por cualquier medio en la fase precontractual— y, con ello, elementos probatorios que abren la puerta a valoraciones de carácter subjetivo, ajenas al esquema inicial basado en el análisis documental del contrato.

En materia de préstamos multidivisa, el desplazamiento es aún más intenso. En un primer momento, el Tribunal Supremo sitúa el enjuiciamiento fuera del ámbito del control de transparencia, reconduciéndolo a la lógica del error vicio, de modo que el objeto del juicio pasa a ser el conocimiento efectivo del adherente. Este planteamiento presenta una dificultad estructural evidente: la imposibilidad práctica de acreditar de forma directa dicho conocimiento.

Para salvar este obstáculo, la jurisprudencia articula un sistema probatorio basado en la combinación de documentación contractual y presunciones, de modo que el incumplimiento de un deber reforzado de información permite inferir la falta de conocimiento del cliente. Este esquema, propio del error vicio, es posteriormente trasladado al ámbito del juicio de transparencia.

De este modo, el enjuiciamiento pasa a depender de factores claramente subjetivos —como el perfil del cliente, su experiencia o su comportamiento durante la ejecución del contrato—, configurando un modelo de análisis prácticamente idéntico al aplicado en otros productos financieros complejos.

El elemento nuclear en este ámbito radica en que el propio objeto del juicio de transparencia se redefine en términos coincidentes con el error vicio, al orientarse a determinar si el cliente comprendió los riesgos del contrato. Se produce así un solapamiento funcional entre ambas categorías, tanto en su objeto como en sus criterios de enjuiciamiento.
Por último, y como consecuencia de la sentencia del TJUE, de 4 de julio de 2024, se establece, con independencia de la materia, un juicio de transparencia especifico para las acciones colectivas en el examen del contrato sobre elementos objetivos, muy próximo en esencia a la primigenia configuración del juicio de transparencia creado en la sentencia de 9 de mayo de 2013. La principal diferencia es que mientras el control originario recaía sobre la cláusula, este nuevo control se proyecta sobre la información contractual en su conjunto pero en lugar de evaluar las

concurrentes en el caso concreto se evalúa la práctica generalizada a la hora de informar u ofertar el producto. A nuestro modo de ver, esta complejidad tiene dos causas fundamentales:

La primera de ellas es que conceptualmente, como ha podido comprobarse en el análisis de los antecedentes, el Tribunal Supremo anclaba la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva no como una categoría autónoma sino como un supuesto de error vicio, lógica que se aprecia en acciones individuales y especialmente en productos financieros complejos.

La segunda causa es que el Tribunal Supremo, cuando configura el juicio de transparencia, pese a que crea un concepto con vocación sistemática — la transparencia material— no hace lo mismo con el juicio de transparencia de tal manera que eso originó la posterior evolución donde el objeto y los parámetros se desarrollaron de forma dispar atendiendo a la materia.

El resultado es un sistema de extraordinaria complejidad en el que, partiendo de un único concepto de transparencia material, coexisten múltiples objetos de enjuiciamiento y, a su vez, diversos criterios para dicho enjuiciamiento —unos de carácter objetivo y otros claramente subjetivos—. Esta diversidad compromete la previsibilidad del resultado, en la medida en que introduce elementos de valoración vinculados a medios de prueba dependientes de la percepción personal —como la prueba testifical—, frente a otros de carácter documental, más estables y objetivables, lo que termina por erosionar la seguridad jurídica. En definitiva, el modelo presenta una paradoja: el instrumento diseñado para garantizar la transparencia se ha convertido en un sistema complejo, a imagen y semejanza del modelo de contratación que pretendía corregir.

8.2. La incoherencia del sistema

A nuestro parecer, se trata de la principal crítica que merece el sistema, especialmente tal y como ha quedado configurado tras la recepción de la doctrina de la sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024. Es en este contexto donde adquiere pleno sentido lo que hemos denominado como el juicio de transparencia "Schrödinger", en el que una misma cláusula puede ser declarada transparente y no transparente dependiendo de la acción ejercitada.

En síntesis, el hecho de que el enjuiciamiento de las acciones individuales permita acreditar el conocimiento efectivo del adherente como causa de exclusión de la falta de transparencia, descansando dicho juicio sobre circunstancias tales como su experiencia previa o su dedicación profesional, da lugar a un resultado en el que la declaración de transparencia no depende tanto de la idoneidad objetiva del contrato para permitir una contratación informada, sino del grado de comprensión efectiva del sujeto concreto.

Ese desplazamiento del juicio de transparencia hacia el conocimiento efectivo, obviamente, no tiene cabida en las acciones colectivas, por lo que la cláusula que había sido declarada transparente para un determinado consumidor —llamémosle superior al consumidor medio en cuanto a conocimientos— podría no superar el control de transparencia en abstracto, dando lugar así a una evidente incoherencia del sistema.[38]

[38] En sentido convergente, aunque desde la doctrina civilista y con ocasión de la propia STJUE de 4 de julio de 2024, CÁMARA LAPUENTE defiende que el canon objetivo del «consumidor medio» debe regir tanto en las acciones individuales como en las colectivas, con independencia del número de contratos o consumidores afectados. Vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del "consumidor medio" para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16,

Un análisis somero de la cuestión podría considerar correcta esta dualidad, al menos en términos de justicia material, cuando el consumidor, con conocimiento de causa, se obligó en esos términos. Y esa es, precisamente, la lógica sobre la que descansa el objeto del juicio de transparencia en acciones individuales del Tribunal Supremo cuando señala que, si se conoce lo que se contrata, no puede existir falta de transparencia.

Sin embargo, este planteamiento, a nuestro juicio, incurre en una confusión conceptual relevante. Si se parte del propio concepto de transparencia, el objeto del juicio no puede ser la constatación del conocimiento efectivo del adherente, sino la valoración de si la cláusula o, en su caso, la información contractual, es idónea para permitir una contratación informada. El conocimiento efectivo del cliente puede operar, en su caso, como un elemento más de juicio en las acciones individuales, pero desde luego no puede erigirse en el objeto mismo del control de transparencia.

En realidad, la aparente dualidad del sistema no responde a la coexistencia de dos modalidades legítimas de un mismo juicio, sino a una alteración del propio objeto del control de transparencia en función del tipo de acción ejercitada. No estamos, por tanto, ante una adaptación procesal del enjuiciamiento, sino ante una mutación del criterio de control, que pasa de un parámetro normativo —la idoneidad de la información— a un parámetro fáctico —el conocimiento efectivo del adherente—. [39]

Por consiguiente, es este desplazamiento —desde la adecuada información contractual hacia la comprensión efectiva— el que permite que el sistema funcione de forma incoherente y que una misma cláusula pueda ser declarada transparente en una acción individual y no transparente en una acción colectiva.

8.3. Efectos procesales indeseados derivados de la actual configuración del juicio de transparencia

El principal efecto procesal derivado de la configuración del juicio de transparencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo —en particular, de la introducción del conocimiento efectivo del consumidor como objeto del control y no como mero parámetro del mismo— es la práctica ineficacia del denominado pleito testigo para los fines que motivaron su incorporación al proceso civil desde el ámbito contencioso-administrativo.[40]

núm. 2, 2024, pp. 186-231. Se trata, sin embargo, de una toma de posición de lege lata que aboga precisamente por la solución contraria a la deriva subjetivizadora aquí criticada, lo que no empece sino que refuerza el diagnóstico crítico sostenido en este trabajo.

[39] Esta conclusión resulta especialmente relevante frente a la posición de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ —recogida por LÓPEZ SÁNCHEZ, «Los retos de la justicia civil ante los litigios en masa», cit., p. 337—, quien defiende que los pronunciamientos estimatorios por falta de transparencia dictados en un proceso colectivo despliegan cosa juzgada en su vertiente prejudicial respecto de las acciones individuales. Dicho plnteamiento presupone la identidad del objeto enjuiciado en ambos procesos; sin embargo, si, como aquí se sostiene, la STJUE de 4 de julio de 2024 ha determinado una mutación del criterio de control aplicable a las acciones colectivas —la práctica generalizada de información, frente al conocimiento efectivo del adherente propio de las acciones individuales—, el presupuesto lógico de la prejudicialidad se debilita considerablemente si se sigue manteniendo la subjetivación en sede de acciones individuales.

[40] En un trabajo anterior analizamos con detalle el diseño técnico del procedimiento testigo proyectado por el entonces Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (art. 438 *ter*) y su articulación con la extensión de efectos del art. 519 LEC, identificando ya entonces disfunciones relevantes en la remisión normativa entre ambos

En efecto, el pleito testigo se configura como un instrumento dirigido a racionalizar la respuesta jurisdiccional en supuestos de litigación masiva, permitiendo proyectar los efectos de una sentencia sobre procesos sustancialmente idénticos y evitando así la reiteración innecesaria de enjuiciamientos. Su introducción en el proceso civil responde, precisamente, a la situación de colapso de los órganos judiciales provocada por la multiplicación de litigios en materia de condiciones generales de la contratación.

Sin embargo, en la medida en que el juicio de transparencia en las acciones individuales se articula en torno al conocimiento efectivo del adherente —lo que implica atender a elementos tales como su perfil, su experiencia, sus conocimientos financieros o incluso su conducta durante la ejecución del contrato—, el enjuiciamiento queda necesariamente vinculado a circunstancias individualizadas del caso concreto.

Ello impide, en la práctica, la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el pleito testigo a otros procesos, en la medida en que el fallo no se fundamenta en una valoración susceptible de generalización, sino en una apreciación probatoria casuística e intransferible. Por el contrario,

preceptos —singularmente en materia de firmeza, competencia territorial y régimen de costas— que comprometían su eficacia práctica como instrumento de racionalización de la litigación masiva [véase GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia. ¿Una solución jurisdiccional a la litigación en masa?», en SCHUMANN BARRAGÁN, G. (coord.); JIMÉNEZ CONDE, F., BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 359 ss.] En ese trabajo sosteníamos, además, que la exclusión de los supuestos de vicio del consentimiento y falta de transparencia del ámbito de aplicación del procedimiento testigo no estaba justificada, en la medida en que la jurisprudencia entonces vigente sobre transparencia (SSTS de cláusula suelo, SAP de multidivisa) se articulaba sobre parámetros objetivos y documentales —perfil de cláusula, información precontractual, simulación de escenarios— perfectamente susceptibles de generalización a través de una sentencia-testigo. La posterior evolución jurisprudencial hacia un juicio de transparencia centrado en el conocimiento efectivo e individualizado del adherente —analizada en el presente trabajo— es, precisamente, lo que ha convertido en inviable aquella extensión que entonces se consideraba posible: el procedimiento testigo no ha fracasado por un defecto de diseño insalvable, sino porque el objeto mismo sobre el que debía operar —un juicio de transparencia originariamente objetivable— ha mutado hacia un enjuiciamiento casuístico e intransferible. La pérdida de eficacia práctica de la sentencia colectiva en el proceso individual posterior ha sido igualmente denunciada por PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 54, 2021. NEIRA PENA señala cómo la exclusión del juicio de transparencia se trata de una de las principales objeciones a la regulación del pleito testigo toda veaz que ello comportaría dejar fuera de su ámbito de aplicación a la mayoría de los asuntos judicializados para los que podría emplearse. NEIRA PENA, Ana María, «El procedimiento testigo ¿Una alternativa a las acciones colectivas?» en SCHUMANN BARRAGÁN, G. (coord.); JIMÉNEZ CONDE, F., BANACLOCHE PALAO, J., GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 374. En el mismo sentido, SCHUMANN BARRAGÁN advierte que la exclusión del control de transparencia material limita severamente la eficacia práctica del procedimiento testigo. Vid. SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, «Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil», en PEREIRA PUIGVERT, S. y PESQUEIRA ZAMORA, M. J. (dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 9. En el mismo sentido se pronuncia ARMENGOT VILAPLANA, para quien «resulta más razonable entender que el control de transparencia que excluye la aplicación del art. 438 bis LEC viene referido a la falta de transparencia material, cuya apreciación exige un control individualizado del modo en que se contrató, y la práctica de pruebas personales que mal se avienen con la técnica del pleito testigo». El propio Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, advirtió en términos similares que «el juego de la excepción relativa al control de transparencia hará inaplicable el procedimiento testigo en la medida en que dicho control sea exigible siempre y en todo caso [...], la eficacia de esta medida puede ser más aparente que real». 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.

dicha extensión sí sería posible si el control se proyectara sobre elementos objetivables, como el contenido del contrato o la información precontractual suministrada de forma estandarizada. [41]

De este modo, la configuración del juicio de transparencia adoptada por el Tribunal Supremo vacía de contenido la funcionalidad del pleito testigo en uno de los ámbitos en los que mayor justificación presenta su existencia: la litigación masiva en materia de condiciones generales de la contratación. En términos prácticos, ello determina que un instrumento diseñado para evitar la reiteración de procesos sustancialmente idénticos resulte inaplicable precisamente en el contexto en el que fue concebido para operar.

En consecuencia, puede afirmarse que el modelo actual no solo genera problemas de coherencia dogmática, sino que proyecta efectos disfuncionales en el plano procesal, al impedir la utilización eficaz de mecanismos de gestión de litigiosidad masiva. En este sentido, el pleito testigo queda reducido, en buena medida, a un instrumento inoperante en el ámbito donde debería desplegar su mayor utilidad, lo que permite calificar su recepción en el proceso civil —en los términos en que actualmente se articula el juicio de transparencia— como un resultado legislativamente frustrado.

El segundo efecto procesal potencialmente disfuncional de la actual configuración del juicio de transparencia no cuenta aún con un reflejo consolidado en la práctica jurisdiccional, pero no resulta en absoluto descartable que pueda plantearse en un futuro próximo.

Nos referimos a la eventual controversia en torno a la extensión de los efectos de una sentencia dictada en un proceso colectivo —en particular, en el marco de una acción de cesación— a determinados consumidores cuyas características personales los sitúan por encima del estándar de consumidor medio, proyectando así sobre el plano procesal la incoherencia estructural previamente identificada.[42]

En este sentido, resulta perfectamente plausible que consumidores con un elevado grado de cualificación jurídica o económica —por ejemplo, notarios, catedráticos de Derecho o abogados— que hubieran suscrito contratos de préstamo multidivisa con una entidad como CaixaBank, tras una sentencia del Tribunal Supremo que declare la nulidad de dichas cláusulas por falta de transparencia en el marco de una acción colectiva, insten la extensión de los efectos restitutorios al amparo del artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Frente a ello, es igualmente previsible que la entidad demandada articule oposición a dicha extensión, alegando que tales consumidores no pueden considerarse comprendidos en el ámbito

[41] Esta misma tensión ha sido advertida, desde la óptica de la extensión ultra partes del art. 221.1.2ª LEC, por ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas», *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 79-127, p. 106, quien constata que dicha extensión «ha estado mediatizada por el casuismo» del juicio de abusividad cuando este se condiciona a la falta de transparencia y la insuficiencia de información, frente a los supuestos de ilicitud objetivable donde cabría una aplicación objetiva y menos relativa» del precepto.

[42] Desde la teoría general de la cosa juzgada, ARMENTA DEU explica que la inexistencia de identidad entre una acción de cesación y una acción de indemnización o nulidad por los hechos derivados del acto que debe cesar «impedirá de entrada la preclusión, pero puede adquirir relevancia desde el punto de vista de la determinación de los hechos a efectos de incluirlos en el segundo proceso» —zona intermedia que explica, desde la teoría general de la cosa juzgada, el problema aquí planteado. ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 90.

subjetivo del pronunciamiento colectivo, en la medida en que su perfil se aparta significativamente del estándar de consumidor medio sobre el que se construyó el juicio de transparencia en abstracto. Este escenario situaría a los tribunales ante una disyuntiva de notable complejidad:

Por un lado, podrían rechazar tal oposición sobre la base de que la tutela colectiva no admite modulaciones en función de las circunstancias individuales de los beneficiarios, reconociendo así la extensión de efectos incluso respecto de consumidores cualificados. Sin embargo, esta solución pondría de manifiesto, de forma especialmente intensa, la incoherencia del sistema, al proyectar los efectos de una declaración de falta de transparencia sobre sujetos que, desde la lógica del enjuiciamiento individual, podrían haber sido considerados plenamente informados.

Por otro lado, podrían acoger la oposición, limitando la extensión de efectos en atención al perfil concreto del solicitante. No obstante, esta alternativa resultaría difícilmente conciliable con la propia naturaleza y finalidad de la tutela colectiva, en la medida en que introduciría un control individualizado en una fase —la de ejecución— que, por definición, debería operar sobre la base de criterios abstractos previamente fijados en la sentencia.[43]

En definitiva, la eventual aparición de este tipo de controversias pone de manifiesto que la fractura existente entre el modelo de enjuiciamiento individual y colectivo no constituye únicamente un problema conceptual de naturaleza sustantiva, sino que responde a una auténtica disociación estructural en la configuración del propio juicio de transparencia. Dicha disociación proyecta consecuencias procesales de notable relevancia, en la medida en que traslada la incoherencia del sistema al plano de la ejecución, pudiendo comprometer el funcionamiento de la extensión de efectos y generando tensiones en la delimitación subjetiva de los beneficiarios de la cosa juzgada colectiva

Cuanto llevamos expuesto pone de manifiesto que, cuando el Tribunal Supremo estructuró la lógica del juicio de transparencia en las acciones individuales en torno al conocimiento efectivo del adherente, no solo incrementó la inseguridad jurídica mediante el empleo de parámetros heterogéneos, sino que, al ampliar el objeto del enjuiciamiento más allá del contrato para incluir las circunstancias del sujeto —sin que el primero desaparezca, pero quedando funcionalmente subordinado a las segundas—, terminó configurando un modelo que, en la medida en que resulta incompatible con su proyección en el proceso colectivo, permite que ambos planos de

[43] El precedente más cercano a esta disyuntiva se encuentra en la doctrina fijada por la STS 367/2017, Civil (Pleno), de 8 de junio (ECLI: ES:TS:2017:2244), y reiterada en la STS 53/2018, Civil, de 1 de febrero (ECLI: ES:TS:2018:219) conforme a la cual el juez del proceso individual debe seguir la apreciación de abusividad realizada en la sentencia colectiva, salvo que consten «circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto» — formulación que ya introduce, en sede de vinculación prejudicial, el mismo elemento subjetivo cuya proyección sobre la ejecución del art. 519 LEC anticipamos aquí. Véase ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas», *Justicia*, 2019, núm. 1, pp. 79-127, pp. 117-119. COROMINAS BACH, Sergi, «El nuevo modelo alemán de acción declarativa (MFKG): ¿una tutela colectiva efectiva del Dieselgate?», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49 (2019), p. 13, sugiere articular la reparación de daños masivos homogéneos combinando una acción colectiva de indemnización de tipo *opt-out* con «una fase ejecutiva también colectiva con un cauce previo como… el artículo 519 de la LEC», en la que el consumidor se limita a personarse «para la determinación del tanto indemnizatorio» — esto es, sin reabrir el juicio sobre la ilicitud ya declarada. La disfunción que identificamos en el ámbito de la transparencia surge precisamente cuando esa lógica de cuantificación pura se ve contaminada por un juicio de fondo que, a diferencia del daño homogéneo que analiza Corominas, no es igual para todos los consumidores.

enjuiciamiento alcancen resultados divergentes respecto de una misma condición general de la contratación, dando lugar a lo que hemos denominado el efecto "Schrödinger" del juicio de transparencia. Ello genera, a su vez, una incoherencia estructural del sistema que se proyecta en el plano procesal, impidiendo la operatividad del pleito testigo y generando tensiones en la delimitación subjetiva de la cosa juzgada colectiva.[44]

En síntesis, la crisis actual del juicio de transparencia no constituye exclusivamente un problema de articulación procesal entre acciones individuales y colectivas, sino la consecuencia de una progresiva mutación del propio objeto del juicio. Allí donde el modelo originario se proyectaba sobre la estructura objetiva del contrato y sobre la aptitud de la información predispuesta para permitir su comprensión, la evolución jurisprudencial ha terminado desplazando el enjuiciamiento hacia la acreditación del conocimiento efectivo del adherente. La incompatibilidad creciente entre transparencia y tutela colectiva no sería, desde esta perspectiva, el origen de la crisis del sistema, sino el síntoma más visible de una transformación conceptual mucho más profunda

9. Propuesta de mejora: el juicio de transparencia basado en las cláusulas sorpresivas. Poibilidades y límites

Cuando estudiábamos el concepto de transparencia material en la doctrina hicimos alusión a aquellas posiciones que propugnaban su aproximación al control basado en las cláusulas sorpresivas, idea que consideramos oportuno retomar en este punto, no como una mera alternativa teórica, sino como una posible vía de reconstrucción del modelo a la vista de las disfunciones que hemos puesto de manifiesto.

En efecto, si algo ha revelado el análisis precedente es que la progresiva subjetivación del juicio de transparencia —particularmente en el ámbito de las acciones individuales— ha desplazado el centro del enjuiciamiento desde el contenido contractual hacia las concretas circunstancias personales del adherente, sin que dicho desplazamiento resulte plenamente coherente ni con la lógica de la contratación seriada ni con la propia función del control de transparencia.

En primer lugar, porque nos encontramos ante un modelo de contratación en masa en el que tanto las cláusulas como la información precontractual presentan un elevado grado de uniformidad, de modo que hacer depender el juicio de transparencia de elementos tales como la información oral facilitada en el caso concreto, el nivel de formación del cliente, su experiencia previa o su comportamiento durante la ejecución del contrato no solo introduce un casuismo difícilmente compatible con este tipo de contratación, sino que desdibuja el objeto mismo del control.

[44] Desde una perspectiva distinta —la de la trasposición de la Directiva (UE) 2020/1828 y la ambigüedad del sistema español entre los modelos opt-in y opt-out—, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, llega a un diagnóstico convergente sobre la insuficiencia del régimen de extensión de efectos y cosa juzgada colectiva, advirtiendo que «las normas vigentes sobre litispendencia y prejudicialidad pueden no resultar adecuadas» para coordinar procesos individuales y colectivos, y señalando cómo la STS 123/2017, Civil, de 24 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:477), restringió los efectos de cosa juzgada a los consumidores identificados individualmente en la sentencia. Aunque no se trata de una confirmación de nuestra tesis, su trabajo coincide en las fricciones existentes en sede de extensión de efectos de la cosa juzgada de la acción colectiva a la individual. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la trasposición de la Directiva 2020/1828», en ROMERO PRADAS, M. I. (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 704-705.

Este desplazamiento no responde únicamente a una evolución conceptual del modelo, sino también a una determinada praxis procesal que, ante la previsibilidad de un resultado desfavorable en un control objetivo, ha incentivado la acreditación del conocimiento efectivo del consumidor como eje del enjuiciamiento, con la consiguiente aquiescencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que ha terminado por consolidar un modelo en el que el juicio de transparencia se aproxima funcionalmente al error vicio.

En segundo lugar, este enfoque entra en tensión con la concepción del consumidor elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que insiste en su carácter objetivo y en la irrelevancia de los conocimientos concretos del sujeto, de modo que un enjuiciamiento orientado a la comprensión efectiva del adherente —y sustentado en parámetros abiertamente subjetivos— resulta difícilmente conciliable con el estándar europeo de transparencia.[45]

En este sentido, nuestra argumentación coincide con la tesis de CÁMARA LAPUENTE, quien advierte que la progresiva subjetivación del juicio de transparencia —al hacerlo depender de la efectiva comprensión individual del adherente— corre el riesgo de desdibujar la naturaleza objetiva del control de las condiciones generales y aproximarlo indebidamente a categorías propias de los vicios del consentimiento.[46]

Partiendo desde esta perspectiva de consumidor medio, la aproximación al control de las cláusulas sorpresivas permite replantear el objeto del juicio de transparencia, no en términos de verificación del conocimiento efectivo del adherente, sino en torno a la idoneidad objetiva del contenido contractual y de la información predispuesta para permitir una comprensión adecuada de las consecuencias económicas del contrato.

En este sentido, resulta especialmente significativo que la propia Sala Primera haya afirmado que «lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella», añadiendo que es precisamente respecto de estos elementos esenciales donde el ordenamiento impone una especial exigencia de transparencia para garantizar que el consentimiento contractual sea plenamente informado.[47]

---

[45] Sentencia de 21 de septiembre de 2023, *AM y PM (mBank)*, C-139/22, EU:C:2023:692 «Por otra parte, el concepto de «consumidor», en el sentido en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2019, Pouvin y Dijoux, C-590/17, , apartado 24 y jurisprudencia citada)»

[46] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, Curso 2014, 2015.

[47] STS 222/2015, Civil, de 29 de abril (ECLI: ES:TS:2015:2207): «Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.

En lo que se refiere a la exigencia de que las condiciones generales no causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe, no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus opciones de consumo mediante un examen minucioso y una comparación entre los diversos condicionados generales de los contratos. Lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella. Por eso el ordenamiento jurídico exige que las cláusulas que regulan los elementos esenciales sean especialmente

El anterior razonamiento pone de manifiesto que el núcleo del juicio de transparencia no debe situarse en la acreditación *ex post* del conocimiento efectivo del adherente, sino en la cognoscibilidad del contenido contractual para permitir, *ex ante*, una adecuada representación de las consecuencias económicas del contrato, lo que conecta directamente con la lógica subyacente al control de las cláusulas sorpresivas.

De este modo, más que introducir un criterio nuevo, se trataría de reconducir el juicio de transparencia a una lógica ya presente en el ordenamiento, en la que el objeto de enjuiciamiento se sitúa en la previsibilidad y comprensibilidad del contenido contractual desde la perspectiva de un adherente medio, evitando así que las circunstancias subjetivas del caso desplacen el núcleo del enjuiciamiento. Llegados a este punto, la referencia a la doctrina de las cláusulas sorpresivas no será meramente retórica, sino que desarrollaremos *infra* el objeto y los parámetros del juicio de transparencia inspirados en dicha lógica.

La doctrina de las cláusulas sorpresivas hace depender su calificación no tanto de su falta de comprensibilidad formal, sino de su aptitud para generar una representación inexacta o incompleta del contenido económico del contrato, ya sea porque su diseño diluye su relevancia, o porque introduce efectos que no se corresponden con la expectativa razonable que el adherente puede formarse a partir de la información suministrada.

Así, la cláusula no resulta sorpresiva por el mero hecho de no haber sido comprendida en el caso concreto, sino porque, atendiendo a parámetros objetivos —como la normativa aplicable, la práctica del sector o la propia configuración del contrato—, no resulta previsible para un adherente medio atento y perspicaz.

En esta línea, cabe identificar diversas manifestaciones de esta categoría, tal y como ha sido sistematizada por la doctrina —especialmente por RUIZ ARRANZ—, entre las que destacan aquellas cláusulas que, mediante su propio diseño, ocultan o diluyen sus efectos económicos, las que introducen elementos de indeterminación susceptibles de ser explotados por el profesional en su favor, o aquellas que generan una percepción errónea del equilibrio económico del contrato.[48]

MIRANDA SERRANO, por su parte, articula el denominado juicio de razonabilidad sobre la base de parámetros como la normativa aplicable, la práctica del sector y las propias condiciones en que se presenta la contratación, todos ellos puestos en relación con la figura del consumidor medio. Desde esta perspectiva, la calificación de una cláusula como sorpresiva no depende de la efectiva comprensión del adherente en el caso concreto, sino de su falta de previsibilidad atendiendo a dichos parámetros objetivos. Ello no quiere decir que el efectivo conocimiento del adherente no tenga relevancia alguna para el mencionado autor, quien configura dicho conocimiento como una excepción material cuya alegación y prueba correspondería al profesional que emplee la cláusula sorpresiva y que vendría a sanar la falta de transparencia. [49]

transparentes, para que el consentimiento contractual que se preste sea plenamente informado, al ser la prestación (en sus aspectos fundamentales) y el precio los elementos básicos que determinarán la opción del consumidor y sobre los que prestará su pleno consentimiento»

[48] RUIZ ARRANZ, Álvaro, «Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas», *Almacén de Derecho*.

[49] MIRANDA SERRANO, Luis María. «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria». InDret. Revista para el Análisis del Derecho, núm. 2/2018, Barcelona, abril 2018.

Aplicada la anterior doctrina al ámbito que nos ocupa, no se requiere un mayor esfuerzo intelectual para advertir que buena parte de las cláusulas que han sido objeto de litigación en materia de transparencia pueden ser reconducidas a esta lógica, en la medida en que, pese a su corrección formal, introducen una alteración sustancial del resultado económico del contrato que no se corresponde ni con la expectativa generada por la información precontractual ni con la configuración aparente del propio contrato; este sería el caso paradigmático de las cláusulas suelo, pero también de la referencia del préstamo al IRPH, e incluso de determinados productos financieros complejos como los contratos de permuta financiera (SWAP) o las hipotecas multidivisa.

Resta por último referirnos a una cuestión de vital relevancia y que con la reconducción del juicio de transparencia al modelo de las cláusulas sorpresivas superaría uno de los mayores problemas de la actual juicio de transparencia. La cuestión tiene que ver con relación entre la falta de transparencia y el error vicio, en la medida en que una información contractual clara, completa y comprensible —especialmente cuando recae sobre los elementos esenciales del contrato y permite representarse adecuadamente sus consecuencias económicas— excluye la posibilidad de que el adherente incurra en un error relevante sobre el contenido del negocio.

Llegados a este punto, puede afirmarse que, en el ámbito que nos ocupa, difícilmente puede existir error sin una previa falta de transparencia material, pues un consentimiento formado sobre la base de una información suficiente y adecuada apenas deja margen para una representación inexacta del contenido económico del contrato. [50] Ahora bien, esta relación no opera en sentido inverso, tal y como el Tribunal Supremo sostiene cuando razona que el conocimiento efectivo excluye la falta de transparencia, pues la misma puede concurrir aun cuando el adherente haya alcanzado, por otras vías, un conocimiento efectivo del contrato, lo que pone de manifiesto que ambas categorías no se identifican, sino que responden a lógicas distintas.

Desde el punto de vista sustantivo, este modelo presenta un desafío importante, que se proyecta en una doble dirección. Por un lado, la objetivación permite que determinados consumidores con un conocimiento superior al del estándar medio puedan verse beneficiados por una declaración de abusividad en la que, pese a existir una falta de transparencia, la misma no fue determinante de su consentimiento, pues conocían perfectamente el funcionamiento económico del contrato —punto este que es, precisamente, el que se evita con la actual subjetivación del juicio de transparencia por vía de la excepción—. Por otro, esa misma objetivación puede resultar insuficiente para aquellos consumidores especialmente vulnerables, cuya capacidad real de comprensión se sitúa por debajo del estándar medio tomado como referencia. Examinamos a continuación cada uno de estos extremos, para justificar después por qué, pese a ambos, el modelo objetivo debe mantenerse como criterio general.

En cuanto al primer supuesto descrito, el mismo puede dar lugar a situaciones materialmente injustas. Pensemos, por ejemplo, en un catedrático de economía que solicita un préstamo multidivisa y que, tras intentar obtener una ventaja con los cambios de divisa, si finalmente ve

[50] La prueba de esta relación es el "examen" al que los firmantes de un préstamo hipotecario son sometidos en la actualidad para dar cumplimiento a las nuevas exigencias de la legislación hipotecaria y que son una garantía para ambas partes: para el cliente de que comprende el contenido económico del contrato y para la entidad financiera que no tiene cabida ni la falta de transparencia ni el error vicio.

que el contrato le resulta más perjudicial que otra modalidad contractual, alega la falta de transparencia del contrato, sin que el empresario pueda introducir elementos subjetivos tales como el conocimiento efectivo o incluso la mala fe, pues el juicio de transparencia, en los términos expuestos *supra*, no podría atender a dichas cuestiones al no afectar a la idoneidad *ex ante* de la información facilitada.

En el extremo opuesto, la objetivación puede privar de una tutela sencilla a los consumidores especialmente vulnerables, para quienes lo que resulta transparente para un consumidor medio puede no serlo en absoluto —piénsese en una persona con dificultades para leer y comprender un contrato ya sea por su avanzada edad o por dificultades culturales o del idioma—. Estas circunstancias, precisamente por su carácter individual, tampoco podrían alegarse ni probarse en un sistema objetivo como el propuesto, lo que privaría a este colectivo de una vía de tutela más accesible que la que ofrece el régimen general del error vicio.

Llegados a este punto, no está de más recordar que estamos ante una contratación seriada y en masa, donde las especiales circunstancias o conocimientos del adherente en nada influyen en el tipo de información que se facilita ni en la forma en que la misma se facilita —facilitando la misma información a un magistrado de una audiencia provincial que a un peón agrícola—. Por lo que, si estas circunstancias no influyen en la información que se suministra ni en su forma, cuál sería el fundamento de que, a la hora de valorar la transparencia, haya que hacerlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso. Esta adecuación tendría sentido si el nivel de exigencia de información variase atendiendo al concreto perfil del consumidor, como sucede con la normativa MiFID, en cuyo caso sí vendría justificado un examen —si no caso a caso, al menos un examen graduado por grupos de consumidores, distinguiendo, por ejemplo, entre consumidores medios, por encima de la media y vulnerables—. Sentado lo anterior, cada uno de los dos extremos descritos permite una respuesta específica que no exige alterar la objetividad del juicio de transparencia.

Frente al consumidor por encima de la media, no podemos olvidar que esta situación vendría directamente determinada por el previo incumplimiento del empresario de sus deberes de transparencia, de tal forma que si hubiera cumplido esa elemental obligación de informar adecuadamente sobre el precio del contrato, esta injusticia material ya no podría tener lugar. Operaría así, *mutatis mutandis*, una lógica próxima a la de la *exceptio non adimpleti contractus*, en la medida en que el deber de transparencia constituye un presupuesto instrumental para la válida asunción de la obligación por parte del adherente: el empresario que ha incumplido su obligación esencial de ser transparente en la contratación no podría alegar, dentro del propio juicio de transparencia, que el consumidor conocía la cláusula por otros medios o que actuó de mala fe. Ello conlleva una importante función correctora del sistema de protección de los consumidores, de tal forma que el profesional que no cumple con el estándar de transparencia queda "desprotegido" ante consumidores por encima de la media que podrán obtener con ello una ventaja. Esta situación, que puede considerarse injusta desde una perspectiva individual, tiene como finalidad última salvaguardar un interés colectivo superior: que no se empleen cláusulas no transparentes.

Lo dicho no impide, sin embargo, que dicho conocimiento efectivo y esa eventual mala fe puedan hacerse valer por el empresario en un proceso distinto y posterior, cuyo objeto sería

necesariamente distinto del propio del juicio de transparencia.[51] En efecto, mientras la primera sentencia se limita a declarar la falta de transparencia objetiva de la cláusula a partir de su contenido y de la información contractual suministrada, sin entrar a valorar si el consumidor concreto la comprendió o no, la segunda acción versaría sobre un hecho distinto y hasta entonces no enjuiciado: el conocimiento real y la eventual mala fe de ese consumidor. No existiría, por tanto, identidad de objeto a efectos de cosa juzgada, pues aquello que la primera sentencia declara irrelevante para su propio enjuiciamiento —el conocimiento efectivo— es justamente lo único que constituiría el objeto del segundo proceso.

Se trata de una construcción sin apoyo jurisprudencial actual, de *lege lata*, que la vigente interpretación no precisa al incorporar ya el elemento subjetivo dentro del propio juicio de transparencia por vía de la excepción; su necesidad surgiría, precisamente, como consecuencia de la objetivación que aquí se propone. Con todo, sería esperar que esta vía se emplease de forma marginal, quedando circunscrita a los supuestos de mala fe flagrante, pues el coste de alegar y acreditar el conocimiento efectivo del consumidor en un litigio autónomo —frente al simple coste de oponerse a la acción de nulidad, que recae ahora sobre el empresario— desincentivará su uso generalizado por la banca, pero la amenaza de esa posibilidad también disuadirá a los consumidores por encima del estándar medio de tratar de aprovecharse de forma injustificada.

Ello se logra no solo con la aplicación del criterio objetivo en el juicio de transparencia, sino que coadyuva también la consecuente modificación de la posición procesal de las partes: mientras que en el modelo actualmente vigente al empresario le basta con oponerse a la acción de nulidad, en el modelo propuesto es el empresario quien debe asumir la posición activa, instando una acción autónoma y soportando el consiguiente desgaste procesal, con el resultado incierto que ello comporta. Este cambio de la oposición pasiva a la demanda activa no es un simple matiz procesal, sino un elemento disuasorio adicional que, por sí solo, contribuye a que esta vía se reserve a los supuestos de mala fe verdaderamente flagrante, preservando intacta la función disuasoria del criterio objetivo para el grueso de las reclamaciones y sirviendo, para ese reducido número de supuestos, como válvula de escape del sistema frente a posibles situaciones materialmente injustas.

Precisamente por lo expuesto, aunque su ejercicio efectivo pudiera ser infrecuente, la mera disponibilidad de esta vía debería bastar para desincentivar, ya en sede extrajudicial, que el consumidor sofisticado sostuviera una reclamación oportunista, lo que explica que, en la práctica, esta acción rara vez llegase a materializarse.

Frente al consumidor vulnerable, en cambio, la vía del vicio del consentimiento sería el remedio adecuado, pues se trataría ya de supuestos en los que deben evaluarse unas circunstancias concretas que son introducidas y acreditadas por el propio consumidor, y que por su naturaleza exigen un enjuiciamiento individualizado ajeno a la lógica objetiva del juicio de transparencia. Esta distinta intensidad de respuesta frente a uno y otro extremo no constituye, en realidad, una

[51] Sin ánimo de agotar la cuestión, que excede de los límites de este trabajo, esta acción autónoma podría eventualmente articularse por la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), en relación con el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC), o, alternativamente, mediante una acción de enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de las dificultades dogmáticas que esta última plantea en relación con la subsidiariedad de la acción y la existencia de causa en el desplazamiento patrimonial derivado de la sentencia de nulidad. Se trata, en todo caso, de posibilidades que quedan aquí simplemente apuntadas, cuya concreta articulación técnica requeriría un desarrollo autónomo.

asimetría consecuencia de nuestra propuesta. Al contrario, tanto la tutela del consumidor vulnerable como la corrección frente al empresario que se beneficia de la buena fe de un consumidor sofisticado ya se encontraban presentes, de facto, en el actual juicio subjetivo de transparencia, en la medida en que este atiende, sin distinguirlas, tanto a la falta de comprensión real del adherente como al conocimiento efectivo que este pudiera haber alcanzado. Lo que ocurre es que, al residir ambas dentro de una misma valoración –el juicio de transparencia– ninguna de las dos operaba de forma consistente.

Nuestra propuesta no crea, por tanto, una desigualdad de trato donde antes no la había, sino que separa dos mecanismos que ya coexistían, dotando a cada uno de una vía autónoma y coherente con su propia naturaleza. El juicio de transparencia, así entendido, controla la comprensibilidad en abstracto del contrato para un consumidor medio. Para quienes se sitúan fuera de ese estándar, la transparencia puede operar teóricamente, pero de facto dejaría de ser invocada por ambos extremos: el consumidor por encima del umbral medio, previsiblemente, no accionaría —salvo mala fe manifiesta— ante el riesgo de una acción autónoma del empresario que le privaría de la ganancia obtenida con la declaración de abusividad; y el consumidor situado por debajo del umbral tampoco la alegaría, al no encontrarse realmente en esa situación, sino en otra distinta para la que el error vicio ofrece el remedio adecuado.

De este modo, nuestra construcción conseguiría un equilibrio razonable. En el centro del sistema, el grueso de las reclamaciones quedaría comprendido y sería resuelto aplicando el criterio objetivo, que además serviría como elemento disuasorio en materia de protección de los consumidores y usuarios. Este enjuiciamiento propiciaría un enjuiciamiento más simple y permitiría un adecuado encaje entre la cosa juzgada de la acción colectiva y la individual. En los extremos del sistema —un número necesariamente inferior de supuestos— entraría en juego el conocimiento efectivo, pero siempre por vía de acciones individuales y separadas de la propia acción de nulidad: por parte del consumidor vulnerable, mediante una acción por vicio del consentimiento; y por parte del empresario, frente al consumidor sofisticado de mala fe, mediante una acción autónoma y posterior en la que hacer valer dicho conocimiento efectivo.

Una reobjetivación del juicio de transparencia como la que nosotros postulamos tampoco está exenta de consecuencias procesales que exigen una articulación especialmente cuidadosa. En particular, la reconducción del juicio de transparencia a parámetros objetivos plantea, como principales cuestiones procesales, la relación de la cosa juzgada positiva, hasta ahora inexistente, entre acción colectiva y acción individual, que es donde se podría resolver, o no, la crisis del sistema haciendo que ambas acciones confluyan en un mismo sentido en vez de que puedan ofrecer soluciones contradictorias. Se trata de una cuestión ciertamente compleja y que no puede abordarse en el presente epígrafe pero de la que sí podemos esbozar algunas de las principales cuestiones a considerar.

En primer término, la necesidad de armonizar los efectos de la sentencia colectiva con la doctrina constitucional sobre la desvinculación de la acción individual en virtud de la cual el TC reconoce autonomía para que los consumidores no queden vinculados al proceso colectivo si desean ejercer sus acciones individuales, STC (Sala Segunda) 148/2016, de 19 de septiembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2016). A tal fin resulta necesario arbitrar o prever un mecanismo que, sin desconocer la facultad del consumidor de ejercitar autónomamente su acción, permita a la sentencia colectiva desplegar una genuina eficacia positiva de cosa juzgada en aquellos procesos individuales en los que el consumidor así lo desee.

Esa posible vinculación y el posible efecto de cosa juzgada entre ambas acciones también plantea el desafío de garantizar el derecho de audiencia del empresario y la posible limitación de las facultades de alegación y prueba en la medida en que el objeto del proceso –el juicio de cognoscibilidad—dejaría al margen el conocimiento efectivo del adherente y cualquier prueba de este devendría en impertinente lo que exige una ponderación de si ello afectaría a su derecho a la tutela judicial efectiva.

A lo anterior se añade un problema distinto, que también dejamos aquí esbozado. Dicho problema no es otro que el posible sentido inverso de esta relación, esto es: qué eficacia debería atribuirse a una previa sentencia dictada en una acción individual sobre una posterior acción colectiva referida a la misma condición general. Es decir, si el objeto de una acción de cesación y una acción individual previa son idénticos –al recaer sobre la misma cláusula y enjuciar las mismas prácticas de la contratación— el resultado, a priori, debería ser el mismo, so pena de volver al punto de partida

10. Conclusión

Tras el análisis realizado, estamos en disposición de concluir que la doctrina de las cláusulas sorpresivas, al situar el objeto del enjuiciamiento en la idoneidad objetiva de la información contractual para permitir una adecuada representación del contenido económico del contrato, impide el desplazamiento del juicio hacia la acreditación del conocimiento efectivo del adherente que caracteriza el modelo actualmente vigente.

Así, identificar la ausencia de error con la existencia de una información adecuada supondría incurrir en una confusión conceptual relevante, pues no puede descartarse que el adherente alcance un conocimiento cabal del contrato pese a una deficiente configuración de la información predispuesta; en tales supuestos, la falta de transparencia no desaparece, sino que permanece como un déficit estructural del contrato que el modelo actual no corrige y que, en la práctica, queda neutralizado al permitirse su desplazamiento hacia la acreditación de dicho conocimiento.

Ello conduce a la mencionada paradoja de la transparencia Schrödinger, en virtud de la cual una misma estipulación puede ser considerada transparente en el ámbito de una acción individual —por quedar acreditado el conocimiento efectivo del adherente— y, sin embargo, no superar el control de transparencia en sede colectiva, donde dicho elemento resulta irrelevante.

Frente a ello, un sistema basado en un control objetivo y unitario de la transparencia permitiría superar esta incoherencia estructural, al centrar el enjuiciamiento en parámetros cuya acreditación es predominantemente documental y, al eliminar la dualidad de juicios de transparencia, contribuiría de forma decisiva a reforzar la seguridad jurídica. Del mismo modo, el concepto de consumidor medio encajaría plenamente en este modelo de enjuiciamiento objetivo, desconectado de los concretos conocimientos o experiencia del adherente, lo que permitiría una mayor coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La introducción del sistema propuesto permitiría, tal y como ya se ha expuesto en el apartado precedente, armonizar no solo las acciones colectivas con las individuales, sino que permitiría

dar una respuesta general coordinada incluyendo el error o vicio del consentimiento y la responsabilidad extracontractual en la que cada acción, la objetiva y las subjetivas tendrían un ambito de acción propio y acotado pero que funcionarían en un sistema en conjunto en el que la acción objetiva sería la principal y el estandar, operando las acciones subjetivas a modo de válvulas de reequilibrio del sistema para aquellos supuestos concretos para los que la acción de falta de transparencia, en base a unas cierunctancias excepcionales, no tuviera cabida, frente a consumidores por encima o por debajo del estándar, los cuales pese a no tenerla limitada encontrarían una respuesta adecuada al margen de la misma. Lo que sería, as u vez, plebnamente respetuoso con la ditrina del TJUE que ha avalado este tipo de control de transparencia de los elementos esenciales del contrato.

En síntesis, con nuestra propuesta de reobjetivación, no nos limitamos a sustituir un modelo por otro sino que damos una respuesta coordinada que sitúa el enjuiciamiento de la trasnparencia en abstracto como eje vertebrador y sobre el que luego operan las acciones basadas en el conocimiento efectivo pero fuera del juicio de trasnparencia.

11. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, Alicia, «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho*, 21.3.2017.
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.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada en las acciones colectivas», *Justicia*, 2019, núm. 1.

ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 90.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del "consumidor medio" para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las seis SS.T.S. posteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, junio 2017.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, Curso 2014, 2015.

CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna, «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013.

CASADO NAVARRO, Antonio, «El control de transparencia como "llave" del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas», *La Ley Mercantil*, febrero 2015.

COROMINAS BACH, Sergi, «El nuevo modelo alemán de acción declarativa (MFKG): ¿una tutela colectiva efectiva del Dieselgate?», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49, 2019.

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

FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, «Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del minotauro)», *Actualidad Civil*, mayo 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la trasposición de la Directiva 2020/1828», en Romero Pradas, M. I. (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia. ¿Una solución jurisdiccional a la litigación en masa?» en SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (coord.); JIMÉNEZ CONDE, Fernando, BANACLOCHE PALAO, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, 2023.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Artículo 80 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, «Los retos de la justicia civil ante los litigios en masa» en SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (coord.); JIMÉNEZ CONDE, Fernando, BANACLOCHE PALAO, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, 2023.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 2014.

MARTÍN FABA, María, «Control de la transparencia de las cláusulas suelo mediante acciones colectivas», *La Ley Unión Europea*, 2024.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?», *La Ley Mercantil*, enero 2022.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, núm. 2, 2018.

MORENO GARCÍA, Lucía, *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

NEIRA PENA, Ana María, «El procedimiento testigo ¿Una alternativa a las acciones colectivas?» en SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (coord.); JIMÉNEZ CONDE, Fernando, BANACLOCHE PALAO, Julio, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (dirs.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Tirant lo Blanch, 2023.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Control de transparencia y contratación bancaria seriada», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12.3.2017.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Control de transparencia y acciones de cesación», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 115, 2015.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

PORTILLO CABRERA, Esteban, «Concepto y alcance del control abstracto aplicable en las acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación. A propósito de la STS 408/2020, de 7 de julio y la Directiva 2020/1828/UE», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2021.

PORTILLO CABRERA, Esteban, «El alcance del control abstracto en las acciones colectivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2019.

RUIZ ARRANZ, Álvaro, «Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas», *Almacén de Derecho*.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, «Procedimiento testigo y derecho a la tutela judicial efectiva. La eficiencia y los límites negativos a la libertad del legislador procesal civil», en PEREIRA PUIGVERT PESQUEIRA ZAMORA, Silvia y María Jesús (dirs.), *Modernización, eficiencia y aceleración del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

YANES YANES, Pedro, «Una última aplicación del "doble control de transparencia": jurisprudencia agotada e intervención legislativa pendiente», *La Ley Mercantil*, núm. 35, abril 2017.

InDret
4.2026

El deber precontractual de explicaciones adecuadas en la contratación bancaria y los retos que plantea la digitalización

Roberto Couto Calviño
Universidade de Vigo

Sumario

El deber de explicaciones adecuadas resulta de necesario cumplimiento para las entidades de crédito antes de que buena parte de su clientela quede vinculada por cualquier contrato bancario, pero no ha venido mereciendo mucha atención doctrinal en España. Ello quizás se deba a un reconocimiento general demasiado sutil en nuestro Ordenamiento, a través de la normativa sectorial bancaria de transparencia y protección de la clientela. Ello contrasta con su más decidida positivación, en los últimos años, a partir de la transposición de disposiciones comunitarias dirigidas a la protección de los consumidores en ámbitos concretos, como el crédito al consumo o inmobiliario, o con la publicación de la última Directiva sobre servicios financieros a distancia con consumidores, todavía pendiente de su incorporación al Derecho interno español. Justamente, esta última disposición ha supuesto que el deber de explicaciones adecuadas se configure de manera protagónica y con algún detalle, sobre todo, a fin de contrarrestar los principales desafíos que plantea la digitalización a la hora de contratar en el mercado bancario. Por ello, resulta oportuno que sinteticemos la configuración jurídica actualmente existente del deber de explicaciones adecuadas en nuestro Ordenamiento y los aspectos más destacables que se habrán de incorporar con la transposición de la normativa comunitaria.

Abstract

The duty to provide adequate explanations is a mandatory requirement for credit institutions before almost all their customers are bound by any banking contract, but it has not received much attention in legal literature in Spain. This may be due to the fact that its recognition in our legal system, through sector-specific banking regulations on transparency and customer protection, has been too subtle. This contrasts with its more explicit codification in recent years, following the transposition of EU provisions aimed at consumer protection in specific areas, such as consumer or real estate credit, or with the publication of the last Directive on financial services contracts concluded at a distance, which has yet to be incorporated into Spanish domestic law. Precisely, this latter legal text has meant that the duty to provide adequate explanations is now configured in a prominent and particularly detailed manner, above all to counter the main challenges posed by digitalization when entering into contracts in the banking market. It is therefore appropriate to summarize the current legal framework of the duty to provide adequate explanations under our legal system and the most notable aspects that will be incorporated with the transposition of EU regulations.

Title: *The Duty to Provide Adequate Explanations in Banking Contracts and the Challenges Posed by Digitalization*

Palabras clave: Contratación bancaria, Explicaciones adecuadas, Información precontractual, Transformación digital, Contratación a distancia, Inteligencia artificial, Agentes inteligentes, Algoritmos, Intervención humana, Inclusión financiera
***Keywords*:** *Banking contracts, Adequate explanations, Pre-contractual*

information, Digital transformation, Contracts concluded at a distance, Artificial intelligence, Intelligent agents, Algorithms, Human intervention, Financial inclusion

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.05

InDret

4.2026

Recepción
26/06/2026
-
Aceptación
18/07/2026
-

Índice

-

1. Introducción
2. Configuración general del deber precontractual de explicaciones adecuadas en la contratación bancaria
2.1. Caracterización y reconocimiento normativo
a. Las explicaciones como información previa a la perfección del contrato
b. Reconocimiento normativo del deber de explicaciones adecuadas
c. Caracteres generales conforme a la regulación vigente
d. Necesidad de la previa segmentación de la clientela
2.2. Singularización y diferenciación respecto a otros deberes y servicios
a. Justificación y funciones específicas del deber de expliaciones adecuadas
b. Distinción del deber de asesoramiento respecto a las explicaciones adecuadas
2.3. Consecuencias del incumplimiento del deber de explicaciones adecuadas
a. Sanciones de carácter jurídico-público
b. Trascendencia jurídico-privada del incumplimiento del deber de explicaciones previas
3. El deber de explicaciones adecuadas frente a los retos que plantea la digitalización
3.1. Personalización frente a estandarización
a. Elementos generales de personalización
b. Adaptación formal y de contenido de las explicaciones
c. Indeterminación del momento en que deben facilitarse las explicaciones
d. Posibilidades de personalización que ofrece la digitalización
3.2. Humanización frente a robotización
a. Intervención humana a petición del cliente
b. Requisitos adicionales de los sistemas de inteligencia artificial
3.3. Inclusión y accesibilidad frente a interés comercial
a. La articulación del deber de explicaciones adecuadas como garantía de inclusión financiera
b. Mayor personalización y humanización para una mayor inclusión financiera
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Resulta evidente que nuestro Ordenamiento jurídico impone a las entidades de crédito, de modo general, el deber precontractual de ofrecer explicaciones adecuadas a buena parte de su clientela sobre los productos o servicios bancarios que ofrecen[1]. No obstante, no es tan común que doctrinalmente se singularice la existencia de dicho deber en el ámbito contractual bancario, donde usualmente ha venido mereciendo poca atención para la generalidad de la doctrina, más allá de referirlo someramente como uno más de los posibles modos de materialización de la preceptiva información previa a la contratación que habrán de facilitar los bancos. Esto contrasta un tanto, con lo que ocurre en los demás segmentos del mercado financiero, esto es, de seguros y de valores, donde las explicaciones previas a la contratación de tales productos o servicicios parece que tienen una mayor sustantividad, generadora también de mayor atención por parte de los autores. Sin embargo, creemos que se trata de un deber precontractual que, últimamente y, sobre todo, debido a las transformaciones ocasionadas por la creciente digitalización de la contratación, está llamado a adquirir mayor protagonismo, también en el ámbito bancario. De hecho, así se ha venido a poner de manifiesto, a tenor de las más recientes modificaciones normativas bancarias, ya promulgadas o en trance de incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico, en materia de crédito inmobiliario, crédito al consumo o de servicios financieros a distancia.

Por tanto, ceñiremos nuestro estudio al deber precontractual de explicaciones previas en el ámbito bancario, por acomodación a los lógicos limites inherentes a un artículo doctrinal, a esa cierta carencia de atención pretérita que ha merecido, en contraste con los restantes mercados financieros, y en base a la actualización y trascendencia que las nuevas formas de contratación bancaria están suponiendo y supondrán en el futuro más próximo.

Efectivamente, la creciente digitalización de la contratación bancaria supone, al mismo tiempo, un reto y una oportunidad, a la hora de materializar el deber de explicaciones adecuadas y de que éstas desplieguen su plena eficacia en pos de un consentimiento válido y plenamente informado. El uso rutinario o exclusivo de las nuevas tecnologías por parte de las entidades de crédito a la hora de contratar con su clientela plantea ciertos desafíos que es necesario abordar, si queremos que las explicaciones adecuadas puedan desarrollarse eficazmente. Simultáneamente, el cabal cumplimento del deber de explicaciones adecuadas, permite conjurar, en buena medida, los principales peligros que comporta la contratación bancaria en un entorno de contratación altamente digitalizado.

Así pues, creemos que se hace oportuno ofrecer en el análisis que proponemos, en primer término, una síntesis dogmática a propósito del deber precontractual de explicaciones adecuadas en la contratación bancaria. Junto a la fundamentación normativa que ponga en evidencia el efectivo reconocimiento positivo de dicho deber, estimamos conveniente remarcar

* Roberto Couto Calviño (rcouto@uvigo.gal). El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID-2023-149038OB-100: «Reformas legislativas recientes y pendientes en materia de contratación y competencia empresarial: entre la digitalización y la sostenibilidad», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

[1] Terminológicamente, consideramos que es preferible hablar del deber de *explicaciones adecuadas*, en lugar del deber de *asistencia*, como ocasionalmente puede ser aludido por algún autor. A nivel positivo, aquélla es la expresión con que consta referido en los textos normativos que regulan tal deber, que reseñamos más adelante y, ciertamente, la denominación de deber de *asistencia* resulta más inespecífica.

su singularidad, ya que el mismo se muestra sutilmente diverso del más genérico deber de información precontractual, que también compete a las entidades de crédito, o del servicio específico de asesoramiento o recomentación, éste ya de carácter voluntario, que también podrían ofrecer tales entidades. Asimismo, en aras de una íntegra exposición de la configuración jurídica del deber que comentamos, también deviene de interés precisar su trascendencia y límites, en el marco del proceso de formación de los contratos bancarios, además de las posibles consecuencias que acarrearía su incumplimiento.

Las bases precedentes, aunque de carácter más descriptivo, resultan necesarias para acometer, ya con afán más constructivo, el estudio de las respuestas jurídicas que pueden darse a propósito de la articulación del deber de explicaciones adecuadas, frente a los desafíos que supone la digitalización. Justamente, como instrumento normativo de referencia, al margen de su estricto ámbito de aplicación, en cualquier caso, claramente aplicable para la contratación en entornos fuerte o exclusivamente automatizados o digitalizados, debemos centrar nuestra atención, mayormente, en la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023 (abreviadamente, de ahora en adelante DSFD), por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la anterior Directiva 2002/65/CE, relativa a tales servicios y que habrá de ser objeto de pronta transposición al Derecho interno español.

Por tal motivo, se hace una revisión de los eventuales problemas generales que la digitalización supone o cabe detectar, para el idóneo desarrollo del proceso de contratación bancaria y de las soluciones que para ello parece suscitar la DSFD.

Asimismo, como no puede ser de otra manera, tales soluciones se ponen en relación con la normativa más general aplicable en el contexto que tratamos, concretamente, con el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia artificial (abreviadamente, RIA), o el Reglamento 2022/2554, de 14 de diciembre de 2022, sobre la Resiliencia operativa digital del sector financiero (de ahora en adelante, DORA), a fin de dotar de la debida coherencia con el Ordenamiento vigente, las disposiciones de transposición que se adopten. Todo ello, sin olvidar los fines últimos alrededor de los cuales cabe articular las eventuales respuestas frente a los riesgos que la digitalización conlleva, en torno a las que también estructuramos nuestra exposición en este apartado, que se concretan en garantizar una óptima personalización, humanización e inclusión en los procesos de contratación bancaria moderna.

2. Configuración general del deber precontractual de explicaciones adecuadas en la contratación bancaria

2.1. Caracterización y reconocimiento normativo

El deber precontractual de explicaciones adecuadas puede incardinarse en la categoría general de la información previa a la contratación que las entidades de crédito facilitan a su clientela. Sin embargo, no cabe identificar exactamente una y otra cosa. Claramente, se trata de un deber singular y de contornos propios que resulta preciso poner de manifiesto.

a. Las explicaciones como información previa a la perfección del contrato

Antes de que el contrato bancario se perfeccione, la entidad ofrece a la clientela información variada, de la más diversa índole y a través de diferentes canales de comunicación, ya sea en forma de anuncios y publicidad, folletos informativos normalizados, los propios documentos contractuales y, como no, las explicaciones verbales o escritas que facilite para el mejor entendimiento del producto o servicio a contratar. Todo ello es y contiene información previa al contrato, la cual, en un entorno enfáticamente mediatizado por la buena fe, como es el de la contratación bancaria, debe estimarse que tiene trascendencia contractual.

De esta manera, cabe afirmar que la información preliminar, en la contratación bancaria, va más allá de los márgenes que, desde un punto de vista material, impone el contenido tipificado como tal[2]. Las entidades de crédito, a la luz de la regulación existente, no sólo habrán de contemplar de manera coherente y como información previa a la contratación, la que como tal se recoge expresamente en la normativa aplicable, sino todo lo que antecede a la perfección del contrato y, adicionalmente, deben facilitar toda la que sea precisa para que la clientela comprenda, en la mejor medida posible, los caracteres esenciales y el alcance de lo que contrata, asegurándose de que adopta una decisión libre y suficientemente informada. Justamente, por esta razón se explica la necesidad de que el banco facilite explicaciones adecuadas.

El mero incremento de la cantidad de información a suministrar a la clientela no garantiza un conocimiento más completo del objeto del contrato y, por tanto, un consentimiento mejor informado. Resulta preferible incidir en los aspectos cualitativos de la información, más que en los cuantitativos[3], alcanzando así una adecuada proporcionalidad sin abrumar a la clientela[4]. A tal fin, es necesario que la entidad de crédito asuma una actitud proactiva y no de mera disponibilidad o entrega de la información preliminar legalmente preceptiva.

b. Reconocimiento normativo del deber de explicaciones adecuadas

En términos positivos, el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC), dispone de manera general que las entidades de crédito «actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, con respeto a los derechos y los intereses de la clientela». Conforme a ello, se añade en el mismo precepto que toda información dirigida a la clientela, incluida la de carácter publicitario, «deberá ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa». Lo anterior resulta coherente con lo que, de forma un tanto asistemática, ya había venido a disponer el artículo 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), en su párrafo quinto, donde se refiere que «las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación

[2] Sobre esta cuestión, vid. ampliamente las apreciaciones que ya pusimos de manifiesto en COUTO CALVIÑO, *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, 2020, pp. 178 ss.; o también HERNÁNDEZ PAULSEN, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, 2014, pp. 112 ss.

[3] Cfr. CUÑAT EDO/MARIMÓN DURÁ, «La convergencia en el régimen jurídico del asesoramiento en los mercados de crédito, de valores y de seguros», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 2, 2021, p. 17.

[4] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, «Algunas claves para una revisión de la obligación de información y asesoramiento en la comercialización de seguros: racionalización informativa y transformación digital», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 6, 2023, p. 15.

financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago».

En desarrollo de lo anterior, el artículo 9 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (OTPCSB) establece que «(l)as entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera». Nótese que, aunque la norma se refiere «a todo cliente», sin embargo, el artículo 2 OTPCSB, circunscribe la condición de tales, para determinar su ámbito de aplicación, a las personas físicas. Tras la reforma operada en el señalado artículo 2 por la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, cuando el cliente «actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial», se podrá acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la OTPCSB, con la excepción de lo establecido en el capítulo II del título III de ésta para los créditos y préstamos inmobiliarios, con lo cual, sería dable entender que resultará necesaria una renuncia expresa a tal aplicación, por parte de tal clientela profesional o empresarial, para que no deban aplicarse las previsiones de la OTPCSB sobre las explicaciones adecuadas.

En cualquier caso, tales explicaciones incluirán «la aclaración del contenido de la información y comunicaciones a las que se refiere esta orden», es decir, los elementos singulares o expresamente determinados en la propia OTPCSB sobre los que habrá de informar la entidad, así como «una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente».

Complementariamente, la Norma quinta de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre Transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (CTSBR) establece que tales explicaciones se facilitarán «(a)ntes de iniciar cualquier relación contractual con un cliente», e «incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica», señalándose diversos extremos concretos a incluir en las explicaciones, en función del contrato bancario de que se trate. Se añade, asimismo, que para los productos o servicios bancarios que impliquen riesgos especiales[5], de difícil comprensión por el cliente[6], especialmente onerosos para éste por su cuantía o duración, o cuya comercialización se acompañe de una recomendación personalizada (especialmente en el caso de campañas de distribución masiva de aquéllos), las entidades deberán extremar la diligencia en las explicaciones, con el fin de que el cliente pueda comprender las características del producto y de que sea capaz de adoptar una decisión informada y evaluar, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, la adecuación del producto ofrecido a sus intereses. Para ello se recabará del cliente «la información adecuada sobre sus necesidades y su situación financiera, y ajustarán la información que le suministren a los datos así recabados».

Con referencia a productos o servicios bancarios específicos, el artículo 11 de la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo (LCCC), por su parte, prescribe que

[5] Se ejemplifican como tales, en la Circular 5/2012, el de una remuneración nula en los depósitos estructurados o híbridos con garantía del principal, o el de un potencial aumento significativo del coste del préstamo como consecuencia de sus características específicas.

[6] Esto es, que «requieran la evaluación de múltiples aspectos, tales como la evolución (pasada o futura) de índices de referencia o del precio de productos vinculados cuya contratación resulte necesaria».

se «facilitarán al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo». Esta norma está llamada a ser modificada, a fin de transponer la Directiva (UE) 2023/2225, de 18 de octubre de 2023 (en adelante, DCC) y, de hecho, hace escasos meses, se hacía público un Anteproyecto de Ley de Contratos de crédito al consumo, donde en su artículo 27 se hace mención expresa al deber que nos ocupa[7]. Adicionalmente, de manera un tanto inopinada, en términos de técnica legislativa, pese al título de este documento prelegislativo, se ha aprovechado para recoger también en el mismo, en su Disposición final tercera, la transposición de la DSFD.

Por otro lado, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario (LCCI), comienza en su artículo 5 señalando que las entidades o intermediarios, en la concesión y prestación de su asesoramiento sobre tales productos, «actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios», y que para ello «se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato» o «también en la información obtenida del prestatario sobre su situación personal y financiera, así como sobre sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar contratos de préstamo adecuados». Ulteriormente, el artículo 14.2 LCCI añade que se suministrará al cliente «toda la información que fuera necesaria», en particular, dando respuesta a las consultas que formule acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos informativos que habrán de entregársele con carácter previo a la firma del contrato[8], con ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.
Por tanto, también estas disposiciones legales vienen a configurar un deber precontractual de explicaciones adecuadas, aunque no se nombre de tal modo, pero que es posible identificar y que presenta ciertas notas comunes que lo singularizan.

c. Caracteres generales conforme a la regulación vigente

De la normativa reseñada, se pone de manifiesto que las explicaciones adecuadas se integran en la información precontractual, pues deben darse antes de la perfección del contrato, sin perjuicio de otras explicaciones que procedan ulteriormente en el marco del normal desarrollo

[7] Puede consultarse el documento en la web del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa: https://portal.mineco.gob.es/gl-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paxinas/anteproyecto-ley-contratos-credito-consumo.aspx (fecha consulta: 25/05/2026).

[8] Los documentos a entregar se precisan en el artículo 14.1 LCCI y, concretamente, son la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), un documento en el que se expresen las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, para el caso de que el préstamo sea a interés variable, una copia del proyecto del contrato, una hoja explicativa desglosando los gastos que corresponden a cada una de las partes del contrato y otros que se detallan para los supuestos de subrogación, contratación adicional de un seguro de pagos o formalización en escritura pública.

y ejecución del contrato, en cmplimiento de la regulación que resulte de aplicación en el caso concreto. Pero la normativa bancaria viene a singularizar y regular las explicaciones a ofrecer con carácter previo a la perfección, que devienen necesarias para que pueda haber un consentimiento válido y plenamente informado, por lo que revisten una importancia trascendental para la formación del contrato[9]. Sobre éstas es sobre las que centraremos nuestra atención.

Las explicaciones no sustituyen el cumplimiento de las obligaciones de información preliminar establecidas normativamente, que más bien son el punto de partida de aquéllas, aunque también son necesarias[10]. Se trata de un deber profesional que incumbe a la entidad de crédito o sus representantes, y la parte destinataria serán los clientes personas físicas, consumidoras o no consumidoras, salvo renuncia expresa de éstas, conforme a lo señalado, ya sea en su condición de obligados principales del contrato de que se trate, accesoriamente o como garantes[11]. Aunque la LCCC o la LCCI circunscriben dicho deber a personas físicas que además sean consumidores, dado el ámbito subjetivo de aplicación que tales disposiciones dibujan, sin embargo, la normativa sectorial bancaria permite una aplicación más amplia del deber, al margen de la condición de consumidora o no de la clientela, conforme a lo ya apuntado.

En base a la consideración de las explicaciones como información previa legalmente exigible, cabe entender que deberán facilitarse gratuitamente por la entidad, vista la previsión contenida en el artículo 6 OTPCSB, reiterada en el punto 1 de la Norma sexta de la CTSBR y acorde también con lo establecido en el artículo 10 de la LCCC. Aunque no se recoja una previsión similar en la LCCI, entendemos que resulta igualmente aplicable la gratuidad que comentamos para los contratos de crédito inmobiliario, conforme a lo dispuesto de modo general por la OTPCSB y la CTSBR.

Asimismo, a falta de determinación legal en contra, las explicaciones de la entidad, tanto pueden ser verbales como por escrito. No obstante, si la entidad quiere asegurar la prueba del cumplimiento de su obligación, resultaría conveniente que lo fueran por escrito, que sería lo más usual en un ámbito de contratación electrónico o, al menos, en soporte duradero[12].

---

[9] Cfr., entre otros, GONZÁLEZ JIMÉNEZ, «Las explicaciones adecuadas en los contratos de consumo del entorno digital y su complementariedad con el control de transparencia material», en MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Barcelona, Atelier, 2025, pp. 121 ss.; y MARTOS CALABRUS, «Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 13, núm. 1, 2022, p. 43, destacando el primero, además, la relación de vinculación directa, no de dependencia, pero sí de complementariedad, entre el cumplimiento del deber de explicaciones adecuadas y el control de transparencia material, permitiendo su anticipación. Conforme a esto, si el deber de dar explicaciones adecuadas se cumple, con ello se diluye el eventual carácter sorpresivo de una estipulación negocial y, por contra, la elusión de aquel cumplimiento aboca a una evaluación posterior acerca de la transparencia material exigible.

[10] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 23.

[11] Cfr. VILLANUEVA LUPIÁN, «Asistencia y asesoramiento profesional en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 3, 2020, p. 80.

[12] La jurisprudencia comunitaria ha tenido la oportunidad de perfilar el concepto de *soporte duradero*, en el ámbito de la contratación a distancia, en resoluciones como la STJUE, Sala Tercera, asunto C-49/11, *Content Services*, de 5 de julio de 2012 (ECLI:EU:C:2012:419), párrs. 33 ss.; o la STJUE, Sala Tercera, asunto C-375/15, *BAWAG PSK Bank*, de 25 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:38), párr. 54; de las que se concluye que resulta exigible que se asegure el acceso y reproducción idéntica al cliente durante un periodo de tiempo adecuado, sin posibilidad de modificación unilateral de su contenido por la entidad.

Junto a todo lo anterior, sobre todo, debemos destacar que las explicaciones habrán de resultar adecuadas y suficientes, a tenor de lo que expresamente se prevé en la normativa sectorial de transparencia. Precisamente, la normativa general de protección de los consumidores, a propósito de la necesidad de garantizar la debida transparencia, tanto en su plano formal como, sobre todo, material[13], ha tenido mucho que ver en la progresiva configuración del deber de explicaciones que comentamos, incidiendo en su necesaria adecuación y suficiencia[14]. La adecuación, supone tomar en consideración a la persona destinataria de la información. Esto determina que la información a transmitir no puede ser simplemente estándar, sino adaptada a las circunstancias concretas de la clientela. A tal fin, el artículo 9 OTPCSB señala dos parámetros a tener en cuenta, como son las necesidades y la situación financiera del cliente. Para la concreción de las necesidades del cliente habrá que tomar conocimiento preciso de su situación y expectativas, tanto a nivel personal como profesional. Respecto a su situación financiera, deberá averiguarse su nivel de ingresos, así como los gastos o compromisos económicos, ya asumidos o esperables. En resumen, habrá de establecerse el perfil del cliente[15].

d. Necesidad de la previa segmentación de la clientela

En el ámbito bancario no se establece de manera expresa una obligación general de segmentación por perfiles de la clientela, en función de su situación o necesidades financieras,

[13] Para un análisis doctrinal general y exhaustivo sobre el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria, vid. MIRANDA SERRANO, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 1 ss. Y, más específicamente, poniendo de manifiesto la idoneidad de las explicaciones adecuadas como herramienta para alcanzar la necesaria transparencia material, vid., entre otros, GONZÁLEZ JIMÉNEZ, «Las explicaciones adecuadas en los contratos de consumo del entorno digital y su complementariedad con el control de transparencia material», en MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Barcelona, Atelier, 2025, pp. 121 ss.; MARTOS CALABRUS, «Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 13, núm. 1, 2022, p. 43; SARTORIS, «Banking Contracts: The Concept of Transparency and Its Evolution», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, vol. 2021, núm. 2, 2021, p. 29; LUZAK/JUNUZOVIK, «Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, núm. 3, 2019, p. 105.; o BROWN, «EU and UK Consumer Credit Regulation: Principles, Conduct, and Consumer Protection: Divergence or Convergence of Approach», *European Business Law Review*, vol. 26, núm. 4, 2015, p. 564.

[14] En tal sentido, jurisprudencialmente, vid. STJUE, Sala Segunda, asunto C-186/16, *Andriciuc*, de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703), párr. 51; STJUE, Gran Sala, asunto C-125/18, *Gómez del Moral*, de 3 de marzo de 2020 (ECLI:EU:C:2020:138), párr. 56; o a nivel interno, STS 158/2019, Civil, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:773), fundamento de derecho octavo, puntos 13 ss.; o STS 1590/2025, Civil, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:4876), fundamento de derecho séptimo, punto 3; incidiéndose en todas las referidas resoluciones jurisdiccionales en la necesaria comprensión y que la transparencia presupone ir más allá de un mero cumplimiento formal de los deberes informativos.

[15] La necesidad de modular el deber de información que tiene la entidad de crédito, en función de la naturaleza de la operación y la cualificación del cliente, ha sido ampliamente destacada por la doctrina francesa, tal y como puede verse en BONNEAU, *Droit bancaire*, 11ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2015, pp. 415 ss., recogiendo reiterada jurisprudencia al respecto; ATTARD, «L'execution de son devoir de conseil par le banquier», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique,* núm. 4, 2013, pp. 640 ss.; y GAVALDA/STOUFFLET, D*roit bancaire: Institutions, comptes, operations, services*, 8ª ed., LexisNexis, Paris, 2010, p. 164. En la doctrina española, vid. ARROYO AMAYUELAS, «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 149, 2018, p. 8, haciéndose eco de la política del préstamo responsable, incorporada a partir de la Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, sobre Crédito al consumo y, de manera más decidida, con la Directiva 2014/17, de 28 de febrero, sobre los Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

sus aptitudes, experiencia o circunstancias pertinentes, en contraste con lo establecido en el ámbito del mercado de valores[16] y también, aunque de manera más vaga y asistemática, en el del mercado de seguros[17]. No obstante, podemos decir que tal exigencia, viene a resultar necesaria a la postre[18]. De manera obvia, para ciertos contratos sí resultaría directamente preceptiva, como es el caso de los contratos de crédito al consumo, a tenor de lo expresamente previsto en el artículo 14 LCCC[19]. También se contempla de manera expresa tal obligación para algunos de los contratos bancarios más comunes, como son los contratos de crédito inmobiliario, en el artículo 11 LCCI, o para los de préstamo o crédito en general, en el artículo 18 OTPCSB[20]. De forma sustancialmente similar, en tales preceptos se impone a las entidades de crédito, antes de que se celebren cualesquiera contratos de dicha índole, el deber de evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas de los mismos, conforme a procedimientos específicos para ello, en base a las distintas fuentes y comprobaciones que se detallan[21]. Pero al margen de los contratos señalados, de modo general, cabe decir que los mandatos que veíamos a propósito de las explicaciones adecuadas, en el artículo 9 OTPCSB y en la Norma quinta de la CTSBR, van a suponer siempre una previa evaluación de la clientela, con independencia del tipo de contrato bancario que se pretenda formalizar, pues no de otro

[16] Vid. artículos 192 ss., 203, 204 y 205 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de valores y de los servicios de inversión.

[17] Vid. artículo 175 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

[18] Cfr. STJUE, Sala Cuarta, asunto C-449/13, *CA Consumer Finance*, de 18 de diciembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2464), sobre todo, párr. 49, conforme a la cual, si bien en estricta legalidad, a la luz de la Directiva 2008/48/CE no se declaró necesaria la previa evaluación de la solvencia del cliente para facilitarle las explicaciones adecuadas, se reconoce que, una vez efectuada dicha evaluación, las explicaciones debían adaptarse a la evaluación, de lo que se sigue que, cuando menos, la evaluación previa resulta conveniente, en aras de la debida adecuación de las explicaciones a ofrecer.

[19] El artículo 14 LCCC prescribe que, antes de que se celebre un contrato relativo a una operación de crédito al consumo, la entidad prestamista deberá evaluar la solvencia del consumidor, «sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin». Para ello, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados y periódicamente revisables, mediante los que se permita evaluar la situación económico-financiera y expectativas de sus clientes. Así se ha reconocido, de manera reiterada por la jurisprudencia comunitaria, tal y como resulta, entre otras, de la STJUE, Sala Segunda, asunto C-679/18, *OPR-Finance*, de 5 de marzo de 2020 (ECLI:EU:C:2020:167), párrs. 20 s.; o la STJUE, Sala Tercera, asunto C-755/22, *Národuj*, de 11 de enero de 2024 (ECLI:EU:C:2024:10), párrs. 33 ss, recogiendo otras muchas resoluciones. De manera más exhaustiva en los artículos 31 a 33 del Anteproyecto de Ley de Contratos de crédito al consumo que antes mencionábamos, se establece también la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, a fin de prevenir las prácticas de préstamo irresponsables y el endeudamiento excesivo.

[20] En las normas citadas se vienen a concretar, para los distintos contratos de préstamo o crédito, lo que ya se disponía en el artículo 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que impone a las entidades de crédito la obligación de evaluar la solvencia del potencial cliente, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, «sobre la base de una información suficiente», incluyendo como tal la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos.

[21] Sobre los aspectos o criterios a tomar en consideración para la evaluación de la solvencia de la clientela, pueden servir de referencia los recogidos en el artículo 11.1 de la Ley 5/2019, tal y como señalan CUÑAT EDO/MARIMÓN DURÁ, *RDSF*, núm. 2, 2021, p. 45, donde se citan: la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos, los compromisos ya asumidos, y el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral. Ademas, sobre el contenido concreto de este deber, vid. MAYORGA TOLEDANO, «La evaluación de la solvencia del cliente en la concesión de créditos», en MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 510 ss.; y poniendo de manifiesto lo positivo que resulta la evaluación previa de la solvencia del cliente, en lo que supone de materialización del principio de responsabilidad en la concesión del crédito por parte de las entidades bancarias, ÁLVAREZ RUBIO, «Información y actuaciones previas a la celebración del contrato en la nueva Ley de Crédito al Consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2152, 2013, p. 22.

modo podrían las entidades de crédito acomodar sistemáticamente, de manera no arbitraria, las explicaciones que habrán de facilitar a la situación y necesidades efectivas de los destinatarios de sus productos y servicios.

La necesaria suficiencia de las explicaciones, por su parte, aunque pudiéramos considerarla implícita en su adecuación, propicia con mayor evidencia que la entidad de crédito no sólo podrá, sino que deberá ir más allá de la información típica exigible usualmente[22]. El efectivo cumplimiento del deber que comentamos se establece en función de la cabal comprensión de lo que contrata por parte del cliente y no, simplemente, en que se le haya facilitado la información preceptiva mínima. La información típica, desde luego, cabe reputarla como necesaria, pero podrá resultar o no suficiente, en función de las circunstancias. De ahí que, tal y como expresamente se indica en el artículo 9 OTPCSB, las explicaciones comprenderán la aclaración de la información típica o mínima preceptiva, pero no sólo ésta estrictamente, con especial énfasis en las consecuencias que puede tener el contrato bancario para el cliente o sus posibles riesgos.

En cualquier caso, la suficiencia también quedará subordinada a la previa determinación efectiva del perfil del cliente, pues sólo la concreción y evaluación de sus circunstancias permitirá estimar las explicaciones como suficientes. Esto supone que, para el caso de que el cliente resultase experto, hasta el punto de hacer las explicaciones innecesarias, no debería soslayarse la previa determinación de su perfil, dejando constancia de ello, así como del ofrecimiento de explicaciones, cuando menos.

2.2. Singularización y diferenciación respecto a otros deberes y servicios

Tal y como anticipábamos en el apartado precedente, las explicaciones adecuadas constituyen una de las posibles manifestaciones de la información precontractual, pero resulta precisa su singularización en base a su consideración normativa particular.

Antes de que el contrato bancario se perfeccione, el cliente recibe información de diversa índole. En función del alcance que pueda tener esa diversa información en sentido amplio, previa al contrato bancario, la doctrina jurídica ha venido distinguiendo, desde hace ya algún tiempo, primeramente, una información más fáctica y objetiva, aunque pueda ser personalizada, junto a otra información de carácter asistencial, distinta, a su vez, de la información que comporta consejo o recomendación particular. Según cada uno de estos tipos de información, jurídicamente, cabe hablar de distintos deberes u obligaciones que pueden corresponder a la entidad de crédito con su clientela[23].

a. Justificación y funciones específicas del deber de expliaciones adecuadas

A la hora de formalizar un contrato bancario la entidad de crédito tiene el deber de informar en sentido estricto, esto es, de facilitar a la clientela de manera básica y neutra la información legal y típica preceptiva, pura y simplemente. Pero, además de lo anterior, también es posible

[22] Cfr. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, «La cuenta corriente a la luz de la Ley de servicios de pago (y de las normas de transparencia)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, 2013, p. 86.

[23] Vid. sobre todo, VILLANUEVA LUPIÁN, *RDC*, vol. VII, núm. 3, 2020, pp. 72 s.; o, en la doctrina comparada europea, ATTARD, *RTDCDE,* núm. 4, 2013, pp. 639 s.; BONNEAU, *Droit bancaire*, 11ª ed., 2015, p. 417 ; MARIMÓN DURÁN, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 84 s.; y LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 34 ss.

detectar la existencia de otros deberes informativos complementarios que, si bien redundan en realizar una labor de información, tienen un cariz más proactivo, como son el deber de asistencia, de advertencia y de dar toda la información adicional que en función de las circunstancias o el contexto, resulten convenientes para que el cliente alcance un consentimiento plenamente informado y válido.

Efectivamente, informar no significa exactamente asistir, ni advertir o ir más allá de la transmisión de ciertas menciones, por cuanto informar resulta más aséptico y tiene un claro matiz objetivo. En contraste, las explicaciones adecuadas comportan un deber de asistencia, dando respuesta a las dudas que la clientela plantee, aclararar lo necesario tomando en consideración su perfil y advertir de los riesgos que asume, ayudándolo así a decidir.

En la formación del contrato bancario, normativamente, se imponen a la entidad de crédito, de modo general, tanto el deber de información, ceñido a dar a conocer los extremos que legalmente se determinan, como el deber de facilitar explicaciones adecuadas. Por el contrario, el deber de asesoramiento no resulta de carácter necesario, sino que es voluntario y constituye un servicio bancario que puede suscribir el cliente o no, dado que supone una mayor injerencia en la esfera patrimonial de la clientela que rebasa claramente el ámbito delimitado por la formación de un contrato determinado[24].

El deber de explicaciones adecuadas, vinculado y complementario del más general de información preliminar o previa a la perfección del contrato bancario, también resulta diverso del deber de facilitar explicaciones derivado de la transparencia que impone el uso de sistemas automatizados o sistemas inteligentes en la contratación para la concesión de crédito[25]. Aquél vincula a las entidades de crédito con buena parte de su clientela a la hora de formalizar todo tipo de contrato bancario, no sólo con respecto a los contratos de crédito o, más específicamente, en los que intervenga algún sistema automatizado o inteligente para la valoración crediticia de la clientela. El deber que comentamos, en tanto que precontractual, también resulta diverso y existirá, al margen de otros eventuales deberes de facilitar explicaciones o proporcionar información posterior a la contratación o en ejecución y a lo largo de la vida del contrato bancario.

Todos los deberes de información precontractual que competen a la entidad de crédito, incluyéndose por tanto el deber de facilitar explicaciones adecuadas, encuentran su fundamento último en la buena fe en sentido objetivo, que habrá de imperar a lo largo de toda la vida del contrato y también en la fase anterior a su perfección y consumación, e incluso primar sobre el ansia comercializadora de las entidades de crédito[26]. El mercado bancario constituye un entorno de común desigualdad práctica entre las partes, sobre todo, cuando el cliente, resulta ser consumidor. Pero aun cuando no lo sea, el grado de complejidad de muchos contratos bancarios y su especial trascendencia patrimonial, convierten la contratación bancaria en un ámbito donde la apelación a la buena fe del banco, como empresario o

[24] A nivel normativo y doctrinalmente, se observa cierta vacilación terminológica, sobre todo, en el uso de los términos *asistencia* y *asesoramiento*. Nosotros hemos preferido acoger una clara distinción entre la asistencia, de una parte, y el *asesoramiento* o la *recomendación*, por otro lado, asumiendo que el asesoramiento o la recomendación participan de ese carácter que comentamos, más intrusivo patrimonialmente.

[25] Sobre esta cuestión, vid. particularmente, ARROYO AMAYUELAS, «La transparencia del algoritmo en la concesión de créditos. El derecho del consumidor a solicitar explicaciones adecuadas», en ARROYO AMAYUELAS/ARTZ/KINDL (coord.), *Digitalisierung und Schuldrecht*, Nomos, Baden-Baden (Alemania), 2026, pp. 245 ss.

[26] Cfr. MARIMÓN DURÁN, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, 2010, pp. 84 s.

profesional propio del mercado de crédito, resulta especialmente pertinente. De ahí que la información previa a proporcionar por la entidad bancaria necesariamente vaya más allá del aséptico traslado de los extremos que la ley prevé y acabe por tener que incorporar también las funciones de asistencia, aclaración y advertencia de las que hablábamos, a través del deber de la entidad de crédito de dar explicaciones adecuadas a la clientela.

Por tanto, con carácter distintivo, aunque el deber precontractual de explicaciones adecuadas participa de la naturaleza informativa coadyuvante de un consentimiento plenamente válido por parte de la clientela bancaria, propia de cualquier deber de índole informativa previa, su función característica no es la mera transmisión neutra de la información previa a la perfección del contrato, sino que trasciende lo puramente informativo. Ciertamente, tiene un carácter complementario del deber de información aséptica que antes señalábamos, pero adopta sustantividad propia, al incorporar los componentes de asistencia y advertencia.

Concretamente, en el deber de explicaciones adecuadas podríamos hablar de tres niveles de estructuración, a la vista de lo que la doctrina, fundamentalmente civilista, ha señalado a partir de su articulación en el ámbito de la contratación de crédito inmobiliario[27]. De una parte, el deber de explicaciones adecuadas supone una faceta asistencial del cliente, de forma que la entidad debe responder a todas las cuestiones que éste pueda plantear sobre las características principales del producto o servicio ofrecido. Por otra parte, el deber que tratamos conlleva también facilitar las aclaraciones pertinentes ateniéndose a las necesidades y situación financiera del cliente, lo cual, conlleva que el banco no anteponga su interés comercial en este punto, advirtiéndole en lo que fuere preciso. Por último, las explicaciones adecuadas también comportan no sólo ceñirse a los extremos determinados por la información típica preceptiva. Este constituye un marco mínimo, pero no constriñe la información que la entidad debe facilitar, pues lo que habrá de primar es la más cabal y plena comprensión por parte de la clientela acerca de lo que contrata, no el mero cumplimiento de un deber legal. En este sentido, el deber precontractual de facilitar explicaciones adecuadas, presupone de alguna manera que la información legal típica puede no resultar enteramente satisfactoria o suficiente para que el cliente tome pleno conocimiento de lo que contrata, sobre todo, en los productos más complejos o novedosos. Por ello, este deber comportará también un tercer nivel de estructuración de la información, en el que se integrará aquélla de carácter adicional o complementario, al margen o más allá de las menciones informativas normativamente impuestas de manera expresa, que venga exigida bien sea por las características del producto o servicio bancario a contratar, por el contexto en que se desarrolla la contratación, o por el perfil de la clientela con la que se pretenda comercializar.

De alguna manera, tanto la Directiva 2023/2225 relativa a los Contratos de crédito al consumo, como el Anteproyecto de Ley de Contratos de crédito al consumo española, destinada a su transposición, vienen a confirmar, en buena medida, las consideraciones precedentes. El artículo 12 de la Directiva consagra que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito están obligados «a proporcionar al consumidor explicaciones adecuadas sobre los contratos de crédito propuestos y sobre cualesquiera servicios accesorios que le permitan evaluar si los contratos de crédito y los servicios accesorios propuestos se adaptan a las necesidades y situación financiera del consumidor», así como que se proporcionarán

[27] Vid. MARTOS CALABRUS, *RCDCP*, vol. 13, núm. 1, 2022, p. 43; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, 2019, pp. 15 s.

gratuitamente y antes de que se celebre el contrato de crédito. Con carácter complementario, el Anteproyecto de Ley española, en su artículo 27, establece que las entidades o intermediarios «deberán responder a las consultas que les formule el consumidor acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos que le hayan sido entregados», aclarándose que estas explicaciones «no deberán constituir de por sí una recomendación personal». En suma, las explicaciones adecuadas tienen la consideración de deber precontractual y complementan la información legal típica, al incorporar elementos de asistencia, de advertencia y adicionales precisos para una completa comprensión, en función de las circunstancias, pero no habrá de suponer asesoramiento o recomención personalizada.

b. Distinción del deber de asesoramiento respecto de las explicaciones adecuadas

Cabe decir que las explicaciones adecuadas se muestran cercanas al asesoramiento, aunque conceptualmente, la diferenciación entre el deber precontractual que venimos tratando y el asesoramiento en materia bancaria, en principio, es clara. Tal y como se refleja en el artículo 10 OTPCSB, las entidades de crédito pueden suscribir con su clientela un «contrato de servicio bancario de asesoramiento», que consistirá en la «recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado»[28].

Sin embargo, de manera análoga a lo que ocurre con el deber de explicaciones adecuadas, el asesoramiento también presupone la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, para lo cual habrán de basarse en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles (en este caso, en el mercado), y considerar tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos. Por tanto, materialmente, en tanto que las explicaciones adecuadas deben incorporar componentes de advertencia y asistencia, van a mostrarse cercanas al asesoramiento, aunque no se dirigen a facilitar una recomendación personalizada. La diferencia estriba en que con las explicaciones adecuadas la entidad se limita a prestar la asistencia, aclaraciones e información adicional precisa para que la clientela pueda decidir la idoneidad del producto o servicio bancario propuesto, por más que se tomen igualmente en consideración sus necesidades y situación financiera[29].

Precisamente, un rasgo diferencial a destacar en el servicio de asesoramiento es que el mismo tiene, en general[30], carácter voluntario o facultativo para la entidad de crédito prestadora, a diferencia de las explicaciones adecuadas que se incardinan en la información preliminar de carácter obligatorio. Justamente, creemos que el principal rasgo diferenciador deriva de esa cualidad voluntaria, en la medida en que el asesoramiento se focaliza, primordialmente, en la recomendación personalizada[31], lo cual supone una injerencia en la esfera patrimonial del

[28] Específicamente sobre el servicio de asesoramiento financiero, también bancario, referido en la normativa sectorial de transparencia bancaria en el artículo 10 OTPCSB y, asumiendo la distinción que propugnamos en relación con el deber de explicaciones adecuadas que regula el artículo 9 de la misma Orden, vid. CUÑAT EDO/MARIMÓN DURÁ, *RDSF*, núm. 2, 2021, pp. 27 ss.: o también y subrayando la diferencia con los deberes de información y asistencia o explicaciones adecuadas, VILLANUEVA LUPIÁN, *RDC*, vol. VII, núm. 3, 2020, pp. 83 ss.

[29] Cfr. VILLANUEVA LUPIÁN, *RDC*, vol. VII, núm. 3, 2020, p.75, con fundamento en lo que de manera diáfana se expresa en el Considerando 48 de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 (DCCI).

[30] Como excepción, para los contratos bancarios de hipoteca inversa, sin embargo, sí resultaría preceptivo e independiente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 30.3.g) OTPCSB.

[31] Cfr. CUÑAT EDO/MARIMÓN DURÁ, *RDSF*, núm. 2, 2021, p. 39.

cliente[32], a diferencia del deber de explicaciones adecuadas, donde lo esencial es informarle debidamente en el marco del proceso contractual por parte de la entidad de crédito comercializadora[33].

El asesoramiento incide de manera clara en la gestión patrimonial de la clientela, no se deriva simplemente de una decisión patrimonial ya tomada, sino que la propicia directamente. En tanto que servicio bancario con entidad propia, su contratación estará sometida al régimen de transparencia previsto en la OTPCSB como cualquier otro, es decir, en su contratación habrá de facilitarse previamente información (explicaciones incluidas) sobre el mismo. Pero, en todo caso, se trata de un servicio diverso, un contrato autónomo, al margen del deber de explicaciones adecuadas que venimos tratando.

2.3. Consecuencias del incumplimiento del deber de explicaciones adecuadas

Con independencia de las sanciones de índole administrativa expresamente contempladas en la normativa sectorial bancaria o de protección de los consumidores, obviamente, la consideración de las explicaciones adecuadas como un deber precontractual de carácter informativo que incumbe a las entidades de crédito también acarrea la posible aplicación de diversos remedios de carácter jurídico-privado en casos de incumplimiento[34]. De hecho, ocasionalmente, de una forma un tanto atécnica, algunas normas llegan a aludir a tales remedios; pero al margen de ello, a tal conclusión de aplicación de los mismos podría llegarse por simple consideración de las normas generales sobre ineficacia de los contratos o responsabilidad civil.

a. Sanciones de carácter jurídico-público

Efectivamente, el artículo 14 de la Orden EHA/2899/2011 establece que las normas de información precontractual, entre las que se encuentra el deber de facilitar explicaciones adecuadas, tienen la consideración de normas de ordenación y disciplina, por lo que su incumplimiento por parte de las entidades de crédito resulta sancionable en los términos previstos en los artículos 89 y siguientes de la LOSSEC. Si el incumplimiento llegase a suponer la realización de «actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina con rango de ley o por reglamentos de la Unión Europea o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas», la infracción podría calificarse de muy grave, conforme al artículo 92.f) LOSSEC, o solamente grave, si tiene carácter ocasional o aislado, a tenor del artículo 93.d). Mientras que, si los actos u operaciones se realizan contra la prohibición o con incumplimiento de los requisitos establecidos «por normas reglamentarias de ordenación y disciplina», entonces serían calificables como infracción grave, tal y como prevé el artículo 93.e) LOSSEC, a

[32] Tal y como se ha destacado por la doctrina y la jurisprudencia francesas, recogidas por MATTOUT/PRÜM, «Le dilemme de la jurisprudence – Protéger l'activité bancaire et proteger les clients», *Droit & Patromoine*, núm. 250, 2015, p. 85, el asesoramiento claramente supone una injerencia en la esfera patrimonial del cliente, que rebasa los límites de la adecuada formación de determinado contrato, a diferencia de la labor de simple información o de asistencia.

[33] Subrayando la diferencia entre el deber informativo precontractual de explicaciones adecuadas y el servicio de asesoramiento o recomendación, vid. en la doctrina comparada, VARDI, «Framing Duties of Responsible Credit Policies in EU Law», *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, núm. 2, 2019, p. 13.

[34] Para una exposición completa, a la par de sintética, sobre las sanciones y posibles remedios a aplicar en caso de incumplimiento de las obligaciones de información precontractual en general de las entidades de crédito, vid. HERNÁNDEZ PAULSEN, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, pp. 287 ss.

menos que tengan carácter ocasional o aislado. Ante dicha eventualidad, tal y como se prevé en el artículo 94, serían susceptibles de su calificación como leves, como podría serlo cualquier «incumplimiento de preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito comprendidos en normas de ordenación o disciplina que no constituyan infracción grave o muy grave». En cualquier caso, también podríamos encuadrar el incumplimiento del deber de explicaciones adecuadas impuesto por la normativa sectoria bancaria como posible infracción grave tipificada en el artículo 93.f) LOSSEC, que recoge como tal la realización de actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del artículo 5 LOSSEC , esto es, la normativa de transparencia y protección de la clientela, salvo que tuviese carácter ocasional o aislado, pues en tal circunstancia, ya vimos que más propiamente debería calificarse como infracción leve.

La vigente LCCC, en su artículo 34.2, al igual que el artículo 46.2.a) LCCI, también permitirían calificar como infracción grave, sancionable en la forma prevista a tal efecto en la LOSSEC, el incumplimiento del deber de explicaciones previas, en la contratación de productos o servicios propios del respectivo ámbito de aplicación de tales leyes, salvo que tuviese carácter ocacional o aislado. Adicionalmente, de manera más genérica, podríamos considerar que el incumplimiento del deber que comentamos podría ser encuadrado en alguno de los supuestos de infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstos en el artículo 47.g) del 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 (TRLDCU), que tipifica como tales el incumplimiento de las normas relativas a la información previa a la contratación[35].

En cualquier caso, la imposición de sanciones de carácter administrativo no excluiría, en modo alguno, la aplicación de las normas generales sobre ineficacia contractual, responsabilidad civil y demás remedios aplicables, de modo general, por incumplimiento de las normas de formación de los contratos[36]. De hecho, las posibles consecuencias jurídico-privadas derivadas de tales defectos, que resultaría ser de mayor interés efectivo para la clientela, antes que cualquier eventual sanción de carácter jurídico-público, no podrían ser resueltas en los expedientes sancionadores que eventualmente se abran contra la entidad de crédito[37].

b. Trascendencia jurídico-privada del incumplimiento del deber de explicaciones previas

Tal y como ya anticipábamos, en ciertas normas especiales, de forma aislada y poco técnica se viene a reconocer la posible aplicación de remedios o sanciones de carácter jurídico-privado en supuestos en los que se hayan incumplido los deberes de información precontractual, genéricamente considerados. Tal es así en normas como el artículo 7.2 LCCC, donde se expresa

[35] Tales infracciones será calificadas conforme a los criterios previstos en el artículo 48 y conllevarán las posibles sanciones previstas en el artículo 49 TRLDCU.

[36] De modo general, a este propósito, vid. entre otros, LACRUZ BERDEJO (et al.), *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 531 ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 71, 2009, pp. 105 ss..; EL MISMO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. 2º, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996, pp. 449 y ss.; y EL MISMO, «La anulabilidad de los contratos», en ÁREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1221 ss.

[37] Vid. MÚRTULA LAFUENTE, «Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo», en PARRA LUCÁN (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 879 s.

que el incumplimiento de los requisitos de información previa establecidos en los artículos 10 y 12 de la misma Ley, dará lugar a la «anulabilidad» del contrato, que podrá ser total o parcial. Sin embargo, curiosamente, se omite señalar que tal posibilidad pueda darse si el incumplimiento se refiere al deber de explicaciones adecuadas, ya que éste viene recogido en el artículo 11 LCCC. Por otra parte, el artículo 9.4 de la todavía vigente Ley 22/2007, de de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LSFC), llamada a ser derogada a fin de transponer la DSFD, señala que el incumplimiento de las obligaciones de información previa «podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española» y, llamativamente, en el artículo 18.5 de la LSFC, después de referir las posibles sanciones administrativas, se expresa que el consumidor podrá «rescindir» el contrato en todo momento y sin gastos.

Con independencia del carácter confuso y parcial de las mentadas alusiones legales explícitas en normas especiales relativas a la contratación bancaria, debemos destacar que, siendo el deber de explicaciones adecuadas una obligación informativa precontractual que compete a las entidades de crédito, su incumplimiento no cabe duda de que puede determinar la aplicación de las normas generales sobre vicios del consentimiento, la ineficacia del contrato y sus remedios principales.

Así, resulta posible, en primer término, que la clientela plantee una acción de nulidad absoluta, tanto sea por vulneración de norma imperativa o prohibitiva, a tenor del artículo 6.3 del Código civil, como por error obstativo o impropio, si la falta de información es de tal entidad que impide la existencia misma de consentimiento[38].

Entre las normas imperativas o prohibitivas susceptibles de vulneración hemos de considerar incluida, sin duda, la normativa sectorial bancaria[39], tanto la de rango propiamente legal, como aquélla que, si bien no ostenta tal rango, resulta de aplicación por remisión de las leyes de disciplina y ordenación sectorial bancaria, con lo cual, la infracción de las disposiciones reglamentarias, acaban por constituir una vulneración de norma legal imperativa o prohibitiva, aunque sea indirectamente. Ello, por más que en dichas normas se contemplen otras posibles sanciones, pero de índole administrativa o pública. Además, la nulidad también puede resultar una sanción prevista expresamente en alguna disposición legal aplicable a la contratación bancaria, conforme ya vimos que ocurre en el artículo 9.4 LSFC[40]. En cuanto al error obstativo, resulta perfectamente representable que la falta de coincidencia entre la realidad y la conciencia del cliente contratante se deba a un defectuoso cumplimiento de los deberes informativos, o la carencia de tal información, por ejemplo, por falta o inadecuación de las

[38] Cfr. NOVAL LLAMAS, «El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 126, 2012, p. 239; o RODRÍGUEZ MARÍN, «Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, p. 671.

[39] No obstante, no falta alguna postura minoritaria que niega esta posibilidad, en una interpretación creemos que demasiado rigorista o estrecha de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código civil. Vid. en tal sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*, 2013, pp. 102 ss.

[40] Sobre este particular, vid. HERNÁNDEZ PAULSEN, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, p. 383; o también MAYORGA TOLEDANO, «La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria», en MADRID PARRA (dir.), *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 268.

explicaciones precisas[41]. No obstante, tampoco creemos que la nulidad radical sea una consecuencia ineludible o a aplicar en todo caso. Más bien, se trataría de una posibilidad a valorar en función de las circunstancias del caso, quedando al criterio de los tribunales concretar si la carencia o defecto en las explicaciones tiene entidad suficiente que justifique la nulidad.

Resulta más plausible quizás la estimación de una eventual concurrencia de vicio en el consentimiento y no la estricta carencia de éste. Por ello, ante una defectuosa información, parece claro que también cabrá estimar la concurrencia de dolo, o mejor aún, de error propio que haga anulable el contrato bancario[42]. De hecho, es de destacar la existencia de cierta tendencia jurisprudencial a presumir prácticamente la concurrencia de error en el cliente, susceptible de viciar el consentimiento, cuando se incumplen por parte de la entidad de crédito los deberes de información precontractual normativamente impuestos de forma expresa y exhaustiva[43].

Al margen de lo anterior y de algún otro remedio de escasa presencia práctica en los supuestos de falta de información, como puede ser la resolución del contrato, sí que cabe estimar de mayor interés y viabilidad la formulación de una acción de indemnización por los daños y perjuicios sufridos cuando la entidad de crédito incumple sus obligaciones en tal sentido, ejercitable de forma cumulativa con algunos de los remedios a los que venimos aludiendo, o de forma autónoma[44]. En este sentido, sin pretensión de ahondar demasiado en la consideración de este posible remedio, por rebasar los límites de este trabajo, cabría postular no asumir un criterio excesivamente dogmático a propósito de la naturaleza contractual o aquiliana de tal responsabilidad, a la hora de concretar en base a ello, el plazo de ejercicio de la acción de indemnización o el monto del daño resarcible. Será preferible, a nuestro juicio y del de una parte sustancial de la doctrina, abogar por una consideración unitaria de la culpa civil, más pragmática y centrada en la efectiva satisfacción del cliente perjudicado, a partir de las circunstancias del caso[45].

---

[41] Cfr. GRIMALT SERVERA, «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos», en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 371 ss.

[42] Cfr. MARIMÓN DURÁN, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, 2010, pp. 128 ss.

[43] Vid., por todas, STS 840/2013, Civil (Pleno), de 20 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:354); y STS 460/2014, Civil (Pleno), de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:4339).

[44] Cfr. GASPAR LERA, «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», en PARRA LUCÁN (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 304 ss.; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *RDBB*, núm. 129, 2013 pp. 88 s.; NOVAL LLAMAS, *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 241 s.; GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, p. 56; y TAPIA SÁNCHEZ, «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, p. 52. Jurisprudencialmente, por citar algunas de las resoluciones más señeras, vid. STS 289/2009, Civil (Pleno), de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2386); y sobre todo, STS 1/2007, Civil (Pleno), de 18 de enero, (ECLI:ES:TS:2007:176)

[45] En tal sentido, vid. HERNÁNDEZ PAULSEN, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, p. 398; y desde un punto de vista más general, REGLERO CAMPOS /PEÑA LÓPEZ, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en BUSTO LAGO/REGLERO CAMPOS (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 53 ss.; y VON WICHMANN ROVIRA, «La responsabilidad extracontractual o Derecho de daños», en DELGADO DE MIGUEL (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. III, vol. 3º, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 1003.

3. El deber de explicaciones adecuadas frente a los retos que plantea la digitalización

Aunque pueda parecer lo contrario, la digitalización no supone la claudicación del deber de las entidades financieras y, más concretamente, de las entidades de crédito, en nuestro caso, de facilitar explicaciones adecuadas a su clientela[46]. Antes bien, el legislador, consciente de las dificultades y limitaciones que puede comportar la contratación en entornos digitales[47], últimamente ha venido a implementar reglas que buscan superar la indeclinable estandarización y el trato impersonal que se propician[48]. En este sentido, debemos prestar atención, sobre todo, a las novedades suscitadas por la DSFD. La Directiva 2002/65/CE, precedente de la DSFD, no aludía de manera directa a este deber, a diferencia de la nueva norma armonizadora. La DSFD viene a confirmar sin ambages la existencia en nuestro Derecho del deber autónomo y propio de facilitar explicaciones adecuadas por parte de las entidades de crédito a su clientela de servicios bancarios, pues el mismo permite conjurar los que podemos señalar como principales riesgos asociados a la contratación en entornos digitales, sobre todo, cuando una de las partes resulta acreedora de especial protección, como es el caso de los consumidores, a quienes ampara directamente la DSFD. La norma armonizadora europea establece medidas que, sintéticamente, redundan en garantizar la personalización, la humanización y la inclusión, a la hora de que la entidad de crédito lleve a cabo dicho deber de explicaciones adecuadas.

3.1. Personalización frente a estandarización

Como decimos, lejos de obviar el deber de explicaciones adecuadas para la contratación a distancia, la DSFD viene a introducir un nuevo artículo 16 *quinquies* en la Directiva 2011/83/UE, sobre los Derechos de los consumidores (denominada también, de aquí en adelante, DDC), aplicable en el ámbito bancario, por el que se reconoce expresamente el deber de las entidades de dar explicaciones adecuadas sobre los contratos bancarios propuestos, a fin de evaluar si se adaptan a las necesidades y situación financiera de los clientes consumidores. Se recoge en este precepto, además, que tales explicaciones se ofrecerán de manera gratuita, antes de la celebración del contrato y comprenderán: la información precontractual obligatoria, las características esenciales del contrato propuesto, así como los posibles servicios accesorios y los efectos específicos que el contrato propuesto pueda tener para el cliente, incluidas, cuando proceda, las consecuencias de un impago o un pago atrasado[49]. Con ello, el legislador europeo recoge ahora este deber de explicaciones adecuadas de manera muy semejante a lo que, en relación con tal deber, ya se establecía para los contratos de crédito inmobiliario en la Directiva

[46] Este aserto consta ya, de alguna manera, elevado a la categoría de principio, a la luz de la propuesta del European Law Institute (ELI), *Guiding Principles and Model Rules on Digital Assistants for Consumer Contracts* (2025), que puede consultarse en https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-instruments/instruments/eli-guiding-principles-and-model-rules-on-digital-assistants-for-consumer-contracts (fecha consulta: 25/05/2026), donde se recoge como Principio 3 el mantenimiento de la relevancia de la obligación de prestar información precontractual, a la hora de adaptar el derecho del consumo al uso de asistentes digitales en la contratación.

[47] Destacando los antecedentes de este afán en las autoridades de supervisión financiera, vid. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, pp. 17 ss.

[48] Refiriendo tales dificultades derivadas de la automatización, vid. ATTARD, *RTDCDE,* núm. 4, 2013, pp. 650 s..

[49] Cfr. RADU, «Conclusion of the Contracts at a Distance - Particularities in the Banking Law Field», *European Business Law Journal*, vol. 3, núm. 1, 2024, p. 102.

2014/17/UE[50]. En España, supondrá ahondar en la línea iniciada con la LES, luego concretada por la OTPCSB y demás normas sectoriales y especiales que referíamos en el apartado anterior de este trabajo, no estrictamente dirigidas todas ellas con exclusividad a personas consumidoras.

En síntesis, queda claro que se configura un deber autónomo, de carácter gratuito y general para las entidades de crédito a la hora de contratar con la clientela bancaria, ahondando en ciertos aspectos particularmente idóneos para asegurar el pleno consentimiento de ésta en entornos digitales. De este modo, frente a la estandarización que, en principio, propician tales entornos, por la ausencia de presencia física y el automatismo tecnológico que comportan, se impone legalmente, en primer término, una cierta personalización.

a. Elementos generales de personalización

Con la imposición del deber de explicaciones adecuadas se trata de lograr la efectiva comprensión plena del riesgo económico y las implicaciones financieras del producto o servicio contratado, yendo más allá de la mera posibilidad de acceso a la información o su comunicación. Por ello, la DSFD incide, de manera principal, en el carácter individualizado o personalizado de las explicaciones, derivado de la necesaria adecuación de las mismas al contexto personal y económico de la persona con la que va a celebrar el contrato la entidad de crédito[51]. La propia apelación al carácter *adecuado* de las explicaciones conlleva la necesidad de que las mismas se ajusten a las circunstancias de la persona destinataria del servicio. Cabe ver en esto una manifestación de la tendencia generalizada, observable en los últimos años, hacia una cierta personalización del Derecho privado[52], fundamentalmente derivada de la normativa de protección del consumidor, por virtud de la cual se hace necesario tomar en consideración las diversas circunstancias de las partes contratantes, en lugar de establecer rígidas disposiciones de indiscriminada observancia, a la hora de configurar jurídicamente los contratos y su formación[53].

La personalización, por otra parte, tal y como ya adelantábamos de alguna manera en el apartado precedente, al comentar el deber de explicaciones adecuadas en términos generales, forzosamente va a implicar la previa determinación del perfil de la clientela bancaria o su segmentación por parte de las entidades de crédito. Conforme ya dijimos, tal segmentación previa, aunque no se recoja expresamente como una obligación general de las entidades de crédito con sus clientes, sí deviene necesaria a la postre, para garantizar la necesaria adecuación de las explicaciones a la situación y necesidades efectivas de los destinatarios concretos del producto o servicio bancario a contratar.

b. Adaptación formal y de contenido de las explicaciones

[50] Vid. sobre el particular, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *RDBB*, núm. 154, 2019, pp. 14 s.

[51] Cfr. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, en *Cuestiones actuales de Derecho de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, pp. 111, 115 y 121 ss.

[52] Cfr. COUTO CALVIÑO, «The New European Union Legal Framework on Consumer Financial Services Contracts Concluded at a Distance», *European Journal of Commercial Contract Law*, vol. 16, núm. 2, 2024, p. 48.

[53] Planteando su posibilidad incluso respecto del derecho de desistimiento, vid. KARAMPATZOS/ILIĆ, «Law and Economics of the Withdrawal Right in EU Consumer Law», *Review of Law & Economics*, vol. 19, núm. 3, 2023, pp. 440 ss.; y postulando tal personalización a propósito de la información previa, vid. HOWELLS/TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2018, p. 98.

En cualquier caso, la personalización no es óbice para que las explicaciones a ofrecer por la entidad puedan revestir forma oral o escrita. Tampoco la DSFD impone una forma u otra, habiéndose señalado que los Estados Miembros podrían precisar libremente dicha forma o incluso imponer la «forma escrita», en aras de la mayor protección de la clientela[54]. Sin embargo, somos de la opinión de que no resulta conveniente predeterminar la forma concreta en que deben facilitarse las explicaciones adecuadas en todo caso. Justamente, la adecuación exige eludir constricciones en la medida de lo posible, a fin de que la entidad adapte la forma en que aquéllas deban darse a lo que convenga según las circunstancias. Todo ello, sin merma de la conveniente agilidad del tráfico ni de la necesaria constancia del hecho mismo de haberse proporcionado tales explicaciones, que incumbiría al banco, pues sobre éste recae la carga de la prueba[55]. De la misma manera, tampoco parece lo más apropiado detallar hasta el extremo el contenido de las explicaciones a facilitar, pues lo que para determinados clientes pueda resultar idóneo, para otros resultará abrumador e innecesario[56]. Lo mismo cabría decir a propósito del momento en que deban darse las explicaciones, o su anticipación respecto al momento de perfección del contrato.

Pese a la habilitación que supone el texto del nuevo artículo 16 *quinquies* de la DDC en su punto 2, al permitir que los Estados miembros puedan «precisar la manera y amplitud en que hayan de darse las explicaciones», adaptándolas «a las circunstancias de la situación en la que se ofrece el servicio financiero, a la persona a quien se le ofrece y a la naturaleza del servicio financiero ofrecido», no estimamos deseable que el legislador nacional haga uso de tal posibilidad detallando en exceso, ni en cuanto a la forma ni en cuanto al contenido o el momento de anticipación, las explicaciones a facilitar, a riesgo de que se vea mermada la necesaria adecuación de las mismas. La posible heterogeneidad de circunstancias propicia la inexistencia de constricciones excesivamente detalladas[57].

No obstante, en lo relativo al contenido de las explicaciones, en el punto 1 del artículo 16 *quinquies*, se establece textualmente que «incluirán» los extremos que dicho apartado señala. Se citan como extremos a incluir, en primer lugar, la información precontractual obligatoria, es decir, todo lo relacionado en el punto 1 del artículo 16 *bis* DDC, o lo que se disponga en la norma comunitaria que, en su caso, regule específicamente el contrato de que se trate, a tenor

[54] Vid. en este sentido González Jiménez, en *Cuestiones actuales de Derecho de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, p. 115.

[55] Vid. apartado 4 del artículo 16 *quinquies* introducido en la DDC por la DSFD; aunque a nivel jurisprudencial, la STJUE, Sala Cuarta, asunto C-449/13, *CA Consumer Finance*, de 18 de diciembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2464), párr. 32, ya había declarado de manera clara, a propósito de dicho deber para la contratación de crédito al consumo, en base a la Directiva 2008/48/CE, que la carga de probar el cumplimiento del deber precontractual de facilitar explicaciones adecuadas corresponde a la entidad, sin que ésta pueda amparar la acreditación de dicho cumplimiento en la mera existencia de cláusulas contractuales estándar por las que el consumidor declara cumplido el mismo.

[56] Contrariamente a lo que parece sostener Pertíñez Vílchez, *RDBB*, núm. 154, 2019, p. 15, no creemos que una cierta falta de concreción en cuanto al contenido de las explicaciones a proporcionar suponga necesariamente incurrir en el riesgo de dar cobertura a cualquier pretensión de nulidad, bajo el pretexto de que se ha omitido tal o cual información. Más bien, se propicia la personalización de las explicaciones y el dinamismo en el cumplimiento de la obligación de facilitarlas por parte de la entidad. La nulidad supondría la necesidad de probar no sólo la omisión de cierta información, sino lo que es más importante, que esa información omitida resultaba determinante para la validez del consentimiento prestado por el cliente, atendidas las circunstancias concurrentes.

[57] Cfr. De Miguel Asensio, «Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673», *La Ley Unión Europea*, núm. 120, 2023, p. 6.

de lo previsto en el punto 10 de dicho precepto[58]. En segundo lugar, el punto 1 indicado determina que se incluirán «las características esenciales del contrato propuesto, incluidos los posibles servicios accesorios» y, por último, «los efectos específicos que el contrato propuesto pueda tener para el consumidor, incluidas, cuando proceda, las consecuencias de un impago o un pago atrasado por parte del consumidor». Lo cierto es que, si hacemos una interpretación rigorista y poco integrada del mandato del punto 1 del artículo 16 *quinquies*, las explicaciones resultarán absurdamente redundantes e innecesarias, pues la información precontractual obligatoria o típica, habrá de ser facilitada por la entidad, también de forma clara y comprensible, con suficiente antelación a la perfección del contrato tal y como preceptúa el artículo 16 *bis* DDC, en su punto 1 y, además, tanto las características esenciales del contrato, como los efectos del mismo y las consecuencias de un impago o un retraso, son extremos de necesaria constancia entre dicha información típica, al menos, conforme a lo dispuesto en los apartados f), g) y h) del indicado punto 1 del artículo 16 *bis* DDC. Tal interpretación rigorista, además, resultaría directamente contradictoria con la característica o apelación general de las explicaciones en orden a que resulten «adecuadas», lo cual determina, conforme al punto 2 del nuevo artículo 16 *quinquies* DDC, que se podrá «adaptar la manera y amplitud de las explicaciones a las circunstancias de la situación en la que se ofrece el servicio financiero, a la persona a quien se le ofrece y a la naturaleza del servicio financiero ofrecido».

Por tanto, no debemos asumir los extremos comentados exactamente a modo de contenido determinado y fijo, sino simplemente como referencia sobre la que versarán las explicaciones adecuadas que, en cuanto tales, habrán de referirse o centrarse en los extremos indicados, con mayor o menor profusión, añadiendo incluso, o no, extremos adicionales.

Lo que sí podemos convenir es que se haga exigible que la información o su ofrecimiento consten en soporte duradero, en la forma que resulte más apropiada según las circunstancias relativas al entorno en que se desarrolla la contratación, a la persona del cliente y al propio servicio objeto del contrato. Así, la entidad también dispondrá de prueba del cumplimiento de sus obligaciones, tal y como se le impone en el apartado 4 del referido artículo 16 *quinquies*.

c. Indeterminación del momento en que deben facilitarse las explicaciones

En cuanto al momento en que deben facilitarse las explicaciones, el artículo 16 *quinquies* simplemente señala que se proporcionarán «antes de la celebración del contrato». Con ello, simplemente cabe asegurar que las explicaciones habrán de darse antes de la perfección, lo cual resulta por lo demás coherente con la consideración de las mismas como información preliminar, sin mayor concreción. Esta misma inconcreción también se observa en el artículo 16 *bis* DDC, a propósito de la información general, cuando se señala que la entidad debe informar sobre los extremos típicos que se relacionan en el precepto, «con suficiente antelación al momento en que el consumidor quede vinculado por un contrato a distancia o cualquier otra oferta correspondiente». A pesar de la indeterminación que en los artículos referidos viene a consagrar la DSFD, no creemos que la misma deba entenderse que juega en contra de la

[58] En virtud de la DSFC, el punto 10 del artículo 16 bis DDC establece: «Cuando otro acto de la Unión que regule servicios financieros específicos contenga normas sobre la información que ha de proporcionarse al consumidor antes de la celebración del contrato, solo serán aplicables a esos servicios financieros específicos las normas de ese acto de la Unión, independientemente de su grado de detalle, a menos que en dicho acto de la Unión se disponga otra cosa. Cuando ese otro acto de la Unión no contenga normas sobre la información relativa al derecho de desistimiento, el comerciante informará al consumidor de la existencia o no de tal derecho de conformidad con el apartado 1, letra p)».

posición jurídica del consumidor. Antes bien, cabe estimar que ello se muestra ajustado a la personalización de la que venimos hablando, también exigible en este punto. El establecimiento de un plazo fijo iría en detrimento de la agilidad del tráfico y de la necesaria adecuación a las circunstancias, mientras que la DSFD permite una mayor o menor anticipación de las explicaciones y, por tanto, una mayor o menor reflexión, previa a la vinculación contractual, en función del mayor o menor grado de complejidad del producto o servicio propuesto[59], lo cual debe ser saludado positivamente. No obstante, cabe predicar una cierta predisposición legal a que la información preliminar se facilite al menos un día antes de la celebración del contrato[60], si atendemos a lo dispuesto en el apartado 5 del nuevo artículo 16 bis DDC[61]. Esta antelación creemos que también resultaría aplicable a las explicaciones adecuadas, dada su consideración de información preliminar en sentido amplio.

d. Posiblidades de personalización que ofrece la digitalización

En base a las previsiones de la DSFD, la digitalización creciente del proceso de contratación bancaria no puede suponer la ocasión para propiciar una contratación más masificada e impersonal. Antes bien, se impone el deber de explicaciones adecuadas, a fin de garantizar un consentimiento plenamente válido e informado. El deber de explicaciones adecuadas comporta una necesaria personalización del proceso de contratación bancaria, a partir de la situación y expectativas de la clientela individualmente considerada, que habrán de ser previamente determinadas por las entidades de crédito. Para tal labor de determinación del perfil preciso del cliente, la digitalización, con el tratamiento algorítmico de datos masivos y la aplicación de herramientas de inteligencia artificial que puede comportar, resulta no sólo claramente útil, sino que posibilita el cumplimiento de los aludidos requerimientos legales de manera particularmente eficiente. Ciertamente, la digitalización posibilita, a un coste muy bajo[62], la segmentación de los productos y clientes en una medida que no está al alcance de los seres humanos[63]. También hace posible el uso de recursos para facilitar las explicaciones por escrito de manera más clara y dinámica o adaptable, por ejemplo, mediante el uso de textos interactivos, cuadros emergentes, pantallas que requieran confirmación o preguntas obligatorias de comprensión, etc[64]. A este propósito, precisamente, la propia DSFD incorpora en

[59] Cfr. SALELLES CLIMENT, «La contratación a distancia de los servicios financieros», en SALAS CARCELLER (dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 231, a propósito de la eventual indeterminación del momento en que deba darse la información previa.

[60] Vid. COUTO CALVIÑO, *EJCCL*, vol. 16, núm. 2, 2024, p. 47.

[61] En dicho precepto se establece que, cuando la información se envía con una antelación inferior a un día, se impone a la entidad el deber de enviar al consumidor, en soporte duradero y entre el primero y el séptimo día posterior a la celebración del contrato, un recordatorio de la posibilidad de desistir y el procedimiento a seguir para ello.

[62] Cfr. GÓMEZ JIMÉNEZ, «Regtech, inteligencia artificial y transformación digital en el mercado financiero: el caso de la atención al cliente usando chatbots y las obligaciones de información en la resolución extrajudicial de conflictos», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 2, 2021, p. 199, destacando la reducción de costes que el uso de la tecnología supone, sobre todo, en los servicios bancarios clásicamente denominados *de ventanilla*, que suponen interacción con el cliente.

[63] Cfr. ZUNZUNEGUI, «Asesoramiento financiero automatizado (Robo-Advice), nuevo animal financiero», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 4, 2020, pp. 11 s.

[64] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 53.

el apartado 7 del artículo 16 *bis* DDC la posibilidad de organizar la información por niveles, cuando se proporcione a través de interfaces en línea[65].

Sin embargo, también surgen nuevos riesgos, frente a los cuales el legislador comunitario ha querido dar la posibilidad a la clientela de solicitar la interacción humana.

3.2. Humanización frente a robotización

La interacción con personas físicas o la presencialidad no constituyen requisitos esenciales del deber de explicaciones adecuadas, que puede ser válidamente desarrollado por parte de las entidades de crédito de forma automatizada o semiautomatizada. Pero el empleo plausible de cualquier sistema tecnológico sin intervención humana para tal cometido no podrá suponer la elusión de ninguno de los requisitos normativos a los que debe sujetarse[66].

El uso de algoritmos e inteligencia artificial en el desarrollo del deber de facilitar explicaciones adecuadas permite superar las limitaciones individuales de cualquier persona física que las facilite. Herramientas tecnológicas como las señaladas permiten manejar de manera más eficiente gran cantidad de datos y variables a ponderar para facilitar las explicaciones precisas, con el consiguiente ahorro de costes para las entidades y, para la clientela, permiten acceder a la información precisa en cualquier tiempo y lugar[67]. Sin embargo, no se eluden los riesgos derivados de la existencia de conflictos de interés, condicionantes o sesgos indebidos, que no desaparecen, sino que se ven trasladados al diseño del algoritmo.

a. Intervención humana a petición del cliente

De partida, todo sistema automatizado arranca con determinadas instrucciones de programación, con sus propias orientaciones. En tal sentido, resultaría exigible garantizar la *explicabilidad* o transparencia de los criterios de partida con los que se ha diseñado el sistema tecnológico empleado[68]. No obstante, cabría reputar que un eventual control inicial del algoritmo tampoco resulta una solución viable para eludir la influencia de sesgos indebidos que vayan en perjuicio del interés de la clientela, en la medida en que la inteligencia artificial, que actualmente posibilita el denominado *aprendizaje profundo*, convierte los modelos en sumamente opacos, incluso para sus diseñadores iniciales, y además, resultan de complejidad creciente, en la medida en que se van desarrollando por sí mismos.

---

[65] Vid. destacando también esta posibilidad, DE MIGUEL ASENSIO, *LL-UE*, núm. 120, 2023, pp. 5 s.

[66] Vid. LLOPIS BLANQUE, «La influencia de los robo-advisors en el desarrollo del mercado único y sobre la implicación de los inversores», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 35, 2024, p. 4; y, de manera más precisa, QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 47, quien gráficamente precisa que el principio básico de neutralidad tecnológica determina que la regulación se centre en la conducta y no en la tecnología empleada, por lo que cualquier novedad de esta índole que se introduzca nunca puede escapar al marco regulatorio existente.

[67] Vid. señalando tales ventajas en el ámbito del asesoramiento en materia de seguros, QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, pp. 44 s.

[68] Cfr. ARROYO AMAYUELAS, en *Digitalisierung und Schuldrecht*, pp. 247 y 258 ss.; LLOPIS BLANQUE, *RDMV*, núm. 35, 2024, p. 6; QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 58; y BAKER/DELLAERT, «Regulating Robo Advice Across the Financial Services Industry», *Iowa Law Review*, núm. 103, 2018, pp. 728 ss. La exigibilidad de la documentación y explicabilidad de los procesos automatizados, en su interactuación con los consumidores, también consta en las propuestas normativas del ELI, tal y como resulta de los artículos 10 y 11 de sus *Guiding Principles and Model Rules on Digital Assistants for Consumer Contracts* (2025), que citábamos con anterioridad.

Por otra parte, también puede reprocharse a los entornos más automatizados que el riesgo de condicionar la labor de asistencia a la clientela resultará incluso mayor que con los sistemas tradicionales, en la medida en que los sesgos de diseño del algoritmo se aplicarán, de modo general, a todos los clientes que hagan uso de un determinado sistema automatizado, hasta el punto de que se dé un *efecto rebaño*[69]. Un sistema automatizado inteligente, en principio, ofrecerá soluciones unívocas a la práctica totalidad de la clientela en condiciones similares, con lo que las generalizaciones y los eventuales efectos negativos agregados serán mayores que con la asistencia presencial tradicional.

Ante esta tesitura, se muestra prudente no permitir el desplazamiento absoluto del elemento humano, sino su mantenimiento, al menos, con carácter complementario, incluso en los entornos más tecnologizados. Esta es, precisamente, la opción seguida por el legislador comunitario en la DSFD, que viene a introducir en el apartado 3 del artículo 16 *quinquies* de la DDC el derecho del consumidor a solicitar y obtener intervención humana en la fase precontractual. Esta línea tendente a garantizar, en último término, cierta intervención humana a petición del cliente, cuando determinado proceso se desarrolla de manera enteramente automatizada, cabe observarla también en la DCC, en cuyo artículo 18.9 se recoge el derecho del consumidor cuya evaluación de solvencia se base en el tratamiento automatizado de datos a una evaluación humana[70].

De este modo, frente a la frialdad y carencia de sentimientos de un entorno totalmente automatizado, propio de la contratación bancaria realizada enteramente online, donde incluso las explicaciones adecuadas pudieran facilitarse mediante robots conversacionales (*chatbots*), herramientas de asesoramiento robotizado, interactivas o medios similares[71], se viene a imponer la posibilidad de reclamar por parte de la clientela una cierta humanización. Esa intervención humana, podrá llevarse a cabo de diversas formas, bien sea telefónicamente, por correo electrónico, mediante un chat en vivo, por videoconferencia o de cualquier otra manera[72]; siempre que el medio técnico garantice la interacción del cliente con una persona física.

Sin discutirse que el uso de herramientas tecnológicas presenta ventajas evidentes y, sobre todo, resulta económicamente muy eficiente para la entidad de crédito, tal y como ya mencionamos, también resulta claro que puede ir en detrimento de una legal y óptima personalización y adecuación de las explicaciones[73]. Visto el carácter dinámico y proactivo que supone la propia existencia del deber de explicaciones adecuadas, a fin de garantizar la cabal comprensión del cliente acerca del objeto del contrato, parece coherente asegurar que esto no

[69] Cfr. ZUNZUNEGUI, *RDSF*, núm. 4, 2020, p. 13; o también, destacando el riesgo de uniformidad, LLOPIS BLANQUE, *RDMV*, núm. 35, 2024, p. 7; y BAKER/DELLAERT, *ILR*, núm. 103, 2018, pp. 742 s.

[70] Sobre el uso de procedimientos automatizados para las evaluaciones de solvencia en los contratos de crédito al consumo y sus implicaciones desde el punto de vista del respeto a la normativa europea de protección de datos, vid. MARÍN LÓPEZ, «Tratamiento automatizado de datos en el credit scoring: la STJUE de 7 de diciembre de 2023 y sus efectos en la Directiva de contratos de crédito al consumo», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2024, pp. 1 ss.

[71] Vid. Considerando 40 DSFD. En general, los robots conversacionales, constituyen uno de los ejemplos más comunes de uso de la inteligencia artificial en la actualidad que, básicamente, se caracterizan por permitir la interactuación con los usuarios utilizando lenguaje natural, tal y como se señala en LEAUA/DIDU, «Chatbots. Legal Challenges and the EU Legal Policy Approach», *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 10, núm. 3, 2021, p. 211.

[72] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 55.

[73] Vid. en parecido sentido GONZÁLEZ JIMÉNEZ, «La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas para los contratos de servicios financieros a distancia (y algo más)», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 7, 2024, p. 292.

se vea desvirtuado por las limitaciones derivadas de la falta de contacto humano que un entorno enteramente automatizado pueda comportar. La imposición a la entidad de crédito de la posibilidad de que el cliente obtenga intervención humana, si éste lo pide, se viene señalando como medida más destacable, establecida por la DSFD, en aras de una pretendida *equidad en línea*[74]. En esta medida subyace la pretensión de mantener un equilibrio adecuado entre la experiencia digital y la experiencia física, asumiéndose que el contacto humano sigue resultando esencial a la hora de contratar, aunque sea a distancia.

b. Requisitos adicionales de los sistemas de inteligencia artificial

De manera complementaria a la necesaria intervención humana que impone la DSFD, si fuese demandada por el cliente, el empleo de sistemas de inteligencia artificial para el desarrollo del deber de explicaciones adecuadas también supondrá cumplir los requisitos que vienen a imponer el RIA o DORA[75], o incluso el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, General de protección de datos (RGPD)[76].

La automatización del deber de explicaciones adecuadas hoy en día, con seguridad conllevará el uso de algún *sistema de inteligencia artificial*, a la vista de lo conceptuado como tal en el apartado 1) del artículo 3 del RIA[77]. En este sentido, de manera sucinta, podemos destacar que dicho sistema podría ser calificado como de alto riesgo, a tenor del Anexo III, en su apartado 5.b), en relación con el artículo 6.2 del RIA, si realizase funciones de evaluación de solvencia[78]. Tal evaluación resultará a la postre necesaria a fin de cumplir los mandatos de adecuación de las explicaciones a facilitar al perfil de la clientela. Ya vimos en su lugar que, aunque no de manera expresa, deviene necesaria normativamente una previa determinación del perfil de la clientela bancaria, por lo que las herramientas utilizadas para ello, en un entorno digital, tendrán la consideración de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. En tales casos, deben respetarse las disposiciones previstas en las secciones 2 y 3 del capítulo III del RIA, en materia de sistemas de gestión de riesgos, gobernanza de datos, documentación, conservación de registros y supervisión humana.

---

[74] Cfr. HERNÁNDEZ BATALLER, «Protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros», *Revista Derecho y Economía de la Integración*, núm. 10, 2023, p. 90; PEÑAS MOYANO, «La reforma del régimen sobre contratación a distancia de servicios financieros (y la identidad digital como parte del proceso)», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 32, 2023, pp. 8 s.; o DEL SAZ DOMÍNGUEZ, «Quiero ser atendido por una persona: la equidad en línea en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2022, pp. 1 ss.

[75] Vid. concretamente sobre la aplicación de tales reglamentos a los dispositivos de asesoramiento robotizado, LLOPIS BLANQUE, *RDMV*, núm. 35, 2024, pp.10 ss.; y en general, sobre el impacto de RIA y DORA en los mercados financieros SCIARRONE ALIBRANDI/RABITTI /SCHENEIDER, *The European AI Act's Impact on Financial Markets: From Governance to Co-Regulation*, 2023.

[76] Sobre las implicaciones de la normativa sobre protección de datos en el uso de los sistemas inteligentes por parte de las entidades de crédito, vid. ARROYO AMAYUELAS, en *Digitalisierung und Schuldrecht*, p. 250 s.

[77] En dicho precepto se define el sistema de inteligencia artificial como «un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

[78] Cfr., fundamentando rigurosamente esta consideración, ARROYO AMAYUELAS, en *Digitalisierung und Schuldrecht*, pp. 252 s.

Por su parte, de manera más genérica, DORA también impone a las entidades de crédito la obligación de establecer sistemas de gestión y control de riesgos inherentes al empleo de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), conforme a lo que en dicha norma se detalla, a fin de garantizar la mayor seguridad, estabilidad y capacidad de respuesta operativa y financiera de la entidad. Se trataría, no obstante, como bien podemos comprender, de disposiciones que conciernen más directamente a las entidades y que se proyectan sobre los sistemas automatizados que llevan a cabo el deber de explicaciones adecuadas, más que a la ejecución material en sí misma de dicho deber, por lo que no nos detendremos en ello.

Al margen de lo anterior y de la consideración o no del sistema de inteligencia artificial que se utilice como de alto riesgo, debemos destacar aquí que, aunque la DSFD no impone la necesidad de que la entidad informe a su cliente de que no está interactuando con un ser humano, sin embargo, el artículo 50 RIA sí que consagra una obligación general de transparencia a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de inteligencia artificial destinados a interactuar directamente con personas físicas. Así, en el diseño y desarrollo de tales sistemas debe asegurarse que las personas físicas de que se trate estén informadas de que están interactuando con un sistema de inteligencia artificial, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización. La información sobre este aspecto, tal y como se prevé en el precepto señalado, se facilitará a las personas físicas de que se trate de manera clara y distinguible a más tardar con ocasión de la primera interacción o exposición y se ajustará a los requisitos de accesibilidad aplicables.

3.3. Inclusión y accesibilidad frente a interés comercial

La digitalización, en cierto sentido, facilita de por sí la inclusión, porque permite a las entidades superar ciertas limitaciones físicas, con gran eficiencia en tiempo y coste económico. Ello es así, al menos, respecto a aquélla parte de la potencial clientela que no puede o no está en disposición de acceder físicamente a una oficina bancaria. Pero al mismo tiempo, también puede convertirse en un obstáculo para muchas otras personas que, o bien no tienen acceso a herramientas digitales, o bien no poseen la educación financiera y tecnológica que los capacite[79], o bien, presentan lo que se ha dado en llamar *aversión algorítmica*, es decir, aunque estén más o menos familiarizadas con la tecnología, ésta les suscita mayor desconfianza que los medios tradicionales[80].

En base a esto, la exigencia de la intervención humana, caso de ser requerida por el cliente, permite alcanzar una mayor inclusión en un entorno cada vez más fuertemente digitalizado, como es el mercado bancario que, además, tiene carácter estructural y básico[81]. Tal medida, por tanto, viene a favorecer a la clientela bancaria en general, propiciando una mayor inclusión de

[79] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, pp. 45 s..

[80] Vid. BIANCHI/BRIÈRE, «Robo-Advising: Less AI and More XAI? Augmenting algorithms with human-in-the-loop», en CAPPONI/LEHALLE (ed.), *Machine Learning in Financial Markets: A Guide to Contemporary Practice*, Cambridge University Press, 2023, pp. 42 ss.

[81] Cfr. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *RDSF*, núm. 7, 2024, pp. 13 ss.

la misma, tanto si se trata de personas consumidoras medias, como sobre todo, si resultan ser personas consumidoras vulnerables[82].

a. La articulación del deber de explicaciones adecuadas como garantía de inclusión financiera

Un entorno digitalizado hace acreedor a cualquier cliente bancario de una protección adicional, pues a la complejidad inherente al producto o servicio que contrata, se suma la utilización de un medio diferente en el que la asimetría informativa con respecto a la entidad se agranda. La clientela con poca experiencia o sin experiencia en entornos digitales puede con mayor facilidad malinterpretar la información o facilitar información propia incorrecta, que haga inútil o errónea la que la entidad le proporcione y, además, muchas veces va a precisar asesoramiento tecnológico, no sólo financiero[83]. Por otra parte, la posibilidad de demandar y obtener intervención humana, permite generar mayor confianza en la clientela que, aunque sea más avezada tecnológicamente, siempre será más remisa a la utilización de modelos enteramente automatizados o despersonalizados.

Ya más específicamente, en relación con las personas consumidoras vulnerables, la articulación que ahora establece la DSFD a propósito de las explicaciones adecuadas supone, además, una forma de concreción, en el ámbito bancario y genéricamente financiero, de los mandatos u objetivos más generales de accesibilidad universal y no discriminación, previstos a nivel europeo en la Directiva (UE) 2019/882, de 17 de abril de 2019, sobre los Requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, transpuesta en España a través de la Ley 11/2023, de 8 de mayo; o a nivel interno, en el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público[84], y en la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de Protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica[85].

---

[82] En términos generales, a tenor de lo señalado en el artículo 3.2 TRLDCU, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables «aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad». Para una consideración más detallada de la figura de consumidor vulnerable en nuestro Derecho, vid. DIÉGUEZ AGUILERA, «El consumidor vulnerable: en especial, la vulnerabilidad de las personas mayores ante la acusada digitalización del mercado financiero», *Diario La Ley*, núm. 10223, 2023, pp. 2 ss., quien destaca que la vulnerabilidad, aunque mayormente se manifieste en la existencia de dificultades económicas, obedece a múltiples factores. De entre ellos destaca, la edad como elemento frecuentemente generador de exclusión financiera, debido a la brecha digital que se da entre las personas mayores.

[83] Cfr. QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, pp. 49 s..

[84] Vid., en concreto, su artículo 18, cuando prevé en su apartado 1 que, sin merma de lo señalado en la normativa de transposición de la Directiva 2019/882, antes citada, el personal de atención al público de las entidades financieras «prestará orientación y apoyo a las personas usuarias y clientes con discapacidad, a requerimiento de estos, en la realización de gestiones propias de su actividad, tales como cumplimentación de formularios, lectura de documentos, comprensibilidad de los contenidos, (…) interposición de reclamaciones y otras de análoga significación»; y, en el apartado 3, que la atención telefónica y electrónica a disposición del público perteneciente a entidades financieras «deberán ser accesibles para las personas con discapacidad, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en la norma técnica que resulte de aplicación».

[85] Específicamente en el ámbito financiero, esta Ley insta al Gobierno, en su Disposición adicional 2ª, a fin de favorecer la inclusión financiera de las personas más vulnerables y, especialmente, de las personas de mayor edad, a promover «las modificaciones legislativas necesarias para garantizar la atención personalizada en los servicios de pagos a los consumidores y usuarios en situación de vulnerabilidad que lo demanden, sin

En el año 2021, las tres asociaciones empresariales de referencia en el mercado bancario español suscribieron un *Protocolo estratégico para reforzar el compromiso social y sostenible en la banca*, actualizado en el 2022[86]. Dicho documento ya contemplaba ciertas exigencias de adaptabilidad, accesibilidad y sencillez de los canales utilizados por las entidades de crédito para comunicarse con su clientela, o la implementación de la atención a través de un interlocutor personal, telefónica o directamente, particularmente, para las personas mayores o con discapacidad. Sin embargo, tal documento no deja de ser un instrumento de *soft law*, con compromisos difusos y de cumplimiento voluntario, en tanto que no es jurídicamente vinculante[87]; a diferencia de la DSFD, cuya transposición conllevará mayores garantías de efectividad, al resultar de obligado cumplimiento las medidas que incorpora.

b. Mayor personalización y humanización para una mayor inclusión financiera

De manera primaria y básica ya hemos señalado que la DSFD exige que las explicaciones se adecuen, entre otros extremos, a las circunstancias de la persona destinataria de las mismas, a fin de lograr su comprensión. La nota de adecuación, exigible de modo general a las explicaciones, no sólo hay que entender que se proyecta sobre su contenido, sino también sobre su formato[88]. En tal sentido, tal y como también hemos visto, no se impone de manera taxativa una concreta forma o momento en que la entidad deba facilitar las explicaciones, lo cual permite adaptar tales extremos al eventual grado de discapacidad que pudiera presentar el cliente, tanto si dicha discapacidad fuese de tipo intelectual como puramente física. Esto se muestra congruente, por lo demás, con la carencia legal de obstáculos y principio básico de no discriminación para que las personas aquejadas de cualquier tipo de discapacidad puedan acceder al mercado financiero de crédito, sin perjuicio de los apoyos que, en su caso, fueran precisos[89].

Asimismo, desde el punto de vista de la garantía de la mayor inclusión, aunque debe ser saludada positivamente la posibilidad de que, en un entorno de contratación bancaria a distancia y profusamente digitalizado, el cliente reclame y obtenga la intervención humana, lo

discriminación motivada por *brecha digital*». En la Disposición adicional 3ª se detallan algunas de las medidas a incluir en el Plan de medidas que se lleve a efecto, en coordinación con el Banco de España, entre las que se incluye: «b) El incremento del personal de apoyo para ayudar a las personas con menores capacidades digitales a realizar las operativas necesarias (…) e) Tecnologías de acceso a la banca sencillas, comprensibles, inclusivas y seguras. f) Máxima seguridad, para proteger a los usuarios bancarios de robos, engaños y estafas on line. g) Cuantas medidas se consideren necesarias para garantizar la atención presencial a las personas de mayor edad, y a todos aquellos colectivos para los que el acceso a los servicios financieros a través de las nuevas tecnologías constituya un motivo de exclusión financiera. h) Cuantas medidas se consideren oportunas para acercar los servicios financieros a todas las personas, especialmente en el medio rural, hacerlos más accesibles, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y las personas mayores».

[86] El texto íntegro suscrito por la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) puede verse en https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2022/02/protocolo-estratgico-para-reforzar-el-compromiso-social-y-sostenible-de-la-banca.pdf (fecha de consulta: 16/04/2026).

[87] Para una crítica de la trascendencia de este documento, a partir de la dilucidación de su naturaleza jurídica, vid. MECO TÉBAR, «Edadismo en el sistema bancario», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 7, 2024, p. 242.

[88] Cfr. WADDINGTON, «Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 45, núm. 4, 2022, p. 320.

[89] Cfr. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 164, 2021, p. 8.

más deseable sería que dicha intervención se produjese incluso cuando no fuese solicitada por el cliente[90]. Debiera bastar, simplemente, que la intervención humana fuese adecuada o necesaria, en función de las circunstancias detectadas por el sistema de inteligencia artificial en el cliente de que se trate. No debiera obviarse, por ejemplo, el hecho de que el cliente no responda a alguna pregunta, o que sus respuestas sean confusas o contradictorias y hacer efectiva la intervención humana sin aguardar a que sea solicitada por el mismo. Con la posibilidad de la interacción humana no se trata tanto de satisfacer los deseos de la clientela o de parte de ella, como de adaptarse a sus circunstancias para que pueda comprender la información y termine por contratar con plena validez.

En último término, la apelación expresa a que los Estados miembros puedan precisar la manera y amplitud en que deben facilitarse las explicaciones a las «circunstancias de la situación en la que se ofrece el servicio financiero, a la persona a quien se le ofrece y a la naturaleza del servicio financiero», que recoge el apartado 2 del nuevo artículo 16 *quinquies* DDC, supone asumir una suerte de principio general de inclusión y accesibilidad en la cumplimentación de este deber, por encima del puro interés comercial de la entidad[91]. En esta línea, se comprende la consagración expresa de la exigencia de gratuidad que habrán de tener las explicaciones, a tenor de lo dispuesto en el inciso final del apartado 1 del mismo precepto y, conforme a lo previsto en el apartado 3, la obligatoriedad de que las mismas se faciliten en la misma lengua utilizada para la información precontractual típica.

4. Conclusiones

El deber precontractual de explicaciones adecuadas se enmarca en el conjunto de la información previa a la contratación que las entidades de crédito facilitan a su clientela, pero tiene sustantividad propia que merece ser destacada. Asimismo, se hace preciso diferenciar las funciones propias de tales explicaciones de los servicios bancarios singulares de asesoramiento o recomendación fianaciera, que presentan también un contenido de índole informativa. No obstante, estos últimos son de suscripción voluntaria, es decir, no constituyen un deber precontractual de las entidades de crédito, sino un servicio más que los bancos pueden ofrecer a su clientela y se caracterizan por suponer una cierta intromisión en la esfera patrimonial del cliente.

El deber precontractual de explicaciones adecuadas encuentra su justificación en la buena fe y profesionalidad con que habrá de actuar la entidad de crédito con su clientela en la contratación bancaria. Esto supone que la entidad deba asumir una actitud proactiva, ir más allá de la mera transmisión de la información preliminar a su clientela y comprometerse en asegurar la plena comprensión por ésta de los caracteres y alcance del producto o servicio a contratar, en aras de asegurar la transparencia material de las cláusulas contractuales.

A día de hoy, podemos decir que el deber de explicaciones adecuadas se encuentra recogido de manera positiva en nuestro Ordenamiento, aunque lo sea de forma un tanto parcial o difusa. Así, podemos colegirlo a la luz de lo dispuesto en el artículo 29.1 LES y, a nivel de normativa sectorial bancaria, en el artículo 9 OTPCSB y la norma quinta CTSBR. De forma más concreta, para algunos productos o servicios bancarios, también se recoge en el artículo 11 LCCC, o en el artículo 5 y 14.2 LCCI; debiendo destacarse que, conforme a las disposiciones armonizadoras

[90] Vid., de la misma opinión, QUINTÁNS EIRAS, *RDSF*, núm. 6, 2023, p. 57.

[91] Vid. en tal sentido, de alguna manera, lo expresado en el Considerando 39 DSFD.

europeas, como son la DCC y la DSFD, se van aclarando más nítidamente los perfiles del deber que comentamos.

De las disposiciones ya hoy existentes cabe concebirlo como un deber singular, de carácter profesional, que incumbe a las entidades de crédito para con sus clientes personas físicas, en tanto que obligadas principales, accesorias o garantes, y al margen de su condición de consumidores o no, salvo renuncia expresa por parte de éstos últimos a la aplicación de las normas de transparencia y protección de la clientela. Asísmismo, debemos destacar sobremanera que, en base al carácter necesario del deber de facilitar explicaciones adecuadas, así como de la apelación a que tales explicaciones resulten adecuadas y suficientes, aunque no exista un reconocimiento normativo expreso en tal sentido, cabe inferir que las entidades deben determinar previamente el perfil de sus clientes de modo necesario, a fin de concretar sus necesidades y situación financiera, lo cual les permitirá ajustar las explicaciones a ofrecer sobre el contrato a formalizar.

La digitalización del proceso de contratación bancaria supone ciertos riesgos para la transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, o ir en detrimento del más libre y pleno consentimiento. Tales riesgos pueden minimizarse con la vigencia reforzada del deber de explicaciones adecuadas, siempre que se garanticen ciertas cautelas en términos de personalización, humanización e inclusión, a la hora de que las entidades de crédito cumplimenten dicho deber.

El afán de personalización se inscribe en la tendencia general en tal sentido, observable últimamente, en el Derecho privado, por la cual se hace cada vez más necesario tomar en consideración las circunstancias de las partes contratantes, en lugar de establecer rígidas disposiciones de general observancia. De este modo, en orden a la cumplimentación del deber de explicaciones adecuadas, la DSFD no impone una determinada forma, ni un concreto contenido, ni el momento en que deban facilitarse. Tampoco creemos que resulte idóneo que se detallen tales extremos por vía de transposición a la normativa nacional, en aras de la salvaguarda de la adaptabilidad de las explicaciones a las concretas circunstancias, sin merma de la agilidad del tráfico. Así, incluso las menciones de contenido previstas en el punto 1 del nuevo artículo 16 *quinquies* DDC debieran tomarse como mero punto de referencia, con mayor o menor profusión, o con adición o no de extremos adicionales. Lo contrario supondría incurrir en absurdas o inútiles redundancias, incompatibles con una verdadera adecuación y suficiencia de las explicaciones. Del mismo modo, la indeterminación que supone establecer que las explicaciones deben facilitarse antes de la celebración del contrato, permite un mejor ajuste de la anticipación, propiciando una mayor o menor reflexión, en función de la complejidad o trascendencia del producto o servicio a contratar para el cliente de que se trate.

La digitalización, por otra parte, puede constituir la ocasión, si es bien dirigida, a alcanzar una óptima personalización. Con la digitalización se posibilita una mejor y más eficiente determinación del perfil de la clientela, gracias el tratamiento masivo de datos y al empleo de herramientas de inteligencia artificial. Además, también permite facilitar las explicaciones por escrito de manera más clara, dinámica o adaptable. Sin embargo, no se estima idónea la total robotización sin posibilidad de interacción humana a la hora de llevar a cabo las explicaciones. La automatización plena no elude la posibilidad de existencia de conflictos de interés o sesgos indebidos, que incluso pueden generalizarse con mayor facilidad. Se hace pues preciso un debido control del diseño algorítmico y que se garantice una cierta intervención humana.

Respecto a lo primero, el uso de sistemas de inteligencia artificial para el desarrollo de las explicaciones adecuadas, comportan su calificación como sistemas de alto riesgo, en los términos del Reglamento comunitario de inteligencia artificial y el consecuente respeto de las cautelas previstas en el mismo en materia de gestión de riesgos, gobernanza de datos, documentación, conservación de registros y supervisión humana. Asimismo, el artículo 50 RIA impone la necesidad de informar a las personas físicas de que se está interactuando con sistemas de inteligencia artificial. En relación con la intervención humana, la DSFD introduce en el apartado 3 del artículo 16 *quinquies* de la DDC el derecho del consumidor a solicitar y obtener la interacción con una persona física en la fase precontractual. Un adecuado equilibrio entre el uso apropiado de las herramientas tecnológicas y la intervención humana en el desarrollo del deber de explicaciones adecuadas permiten también una mayor inclusión financiera, en aras de la accesibilidad universal a los productos y servicios básicos, como son los propios del mercado bancario. Si la digitalización permite la superación eficaz de las limitaciones físicas que pueden aquejar a parte de la clientela, la complementaria exigencia de intervención humana posibilita superar la brecha digital y la aversión algorítmica de otra buena parte de aquélla.

Por último, creemos oportuno que el legislador español, por vía de transposición de la DSFD, en aras de una deseable coherencia normativa general y, para la plena efectividad de sus mandatos a propósito del deber de explicaciones adecuadas, recogiese la obligación de las entidades de crédito, con ocasión del cumplimiento de dicho deber, de informar a la clientela, de manera destacada, sobre el uso de herramientas de inteligencia artificial y sus características. También sería deseable que se informase de modo igualmente claro de la posibilidad de obtener intervención humana y cómo hacerlo en cada caso, pues una cosa es que se recoja tal posibilidad y otra que se dé a conocer. Por último, también debiera posibilitarse que tal intervención se prescriba con independencia de su solicitud o no por el cliente, siempre que se detecte su necesidad, en función de las circunstancias en que se ofrece el producto o servicio bancario de que se trate, de la naturaleza de éste, o de la persona a quien se esté ofreciendo. Todo ello creemos que sería lo más congruente con los fines últimos de personalización, humanización e inclusión, que subyacen en la propia norma y en el acervo comunitario.

5. Bibliografía

ÁLVAREZ RUBIO, Julio, «Información y actuaciones previas a la celebración del contrato en la nueva Ley de Crédito al Consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2152, 2013, pp. 1 ss..

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 149, 2018, pp. 1 ss. (Legalteca Aranzadi).

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «La transparencia del algoritmo en la concesión de créditos. El derecho del consumidor a solicitar explicaciones adecuadas», en ARROYO AMAYUELAS, Esther/ARTZ, Markus/KINDL, Johann (coord.), *Digitalisierung und Schuldrecht*, Nomos, Baden-Baden (Alemania), 2026, pp. 245 ss.

ATTARD, Jerome, «L'execution de son devoir de conseil par le banquier», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, núm. 4, 2013, pp. 639 ss.

BAKER, Tom/DELLAERT, Benedict, «Regulating Robo Advice Across the Financial Services Industry», *Iowa Law Review*, núm. 103, 2018, pp. 713 ss.

BIANCHI, Milo/BRIÈRE, Marie, «Robo-Advising: Less AI and More XAI? Augmenting algorithms with human-in-the-loop», en CAPPONI, Agostino/LEHALLE, Charles-Albert (ed.), *Machine Learning in Financial Markets: A Guide to Contemporary Practice*, Cambridge University Press, 2023, pp. 33 ss.

BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2015, 11ª ed.

BROWN, Sarah, «EU and UK Consumer Credit Regulation: Principles, Conduct, and Consumer Protection: Divergence or Convergence of Approach», *European Business Law Review*, vol. 26, núm. 4, 2015, pp. 555 ss.

COUTO CALVIÑO, Roberto, «The New European Union Legal Framework on Consumer Financial Services Contracts Concluded at a Distance», *European Journal of Commercial Contract Law*, núm. 16-2, 2024, pp. 43 ss.

COUTO CALVIÑO, Roberto, *Formación y forma de los contratos bancarios electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

CUÑAT EDO, Vicente/MARIMÓN DURÁ, Rafael, «La convergencia en el régimen jurídico del asesoramiento en los mercados de crédito, de valores y de seguros», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 2, 2021, pp. 13 ss.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673», *La Ley Unión Europea*, núm. 120, 2023, pp. 1 ss (La Ley Digital: 13551/2023).

DEL SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía, «Quiero ser atendido por una persona: la equidad en línea en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2022, pp. 1 ss (https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/publicaciones/quiero-ser-atendido-por-una-persona-la-“equidad-en-línea”-en-la-propuesta-de-directiva-del-parlamento-europeo-y-del-consejo-por-la-que-se-modifica-la-directiva-2011-83-ue-en-lo-relativo-a-los-contratos-de-servicios-financieros-celebrados-a-distancia-y-se-deroga-la-directiva-2002-65-ce, fecha consulta: 25/05/2026).

DIÉGUEZ AGUILERA, Laura, «El consumidor vulnerable: en especial, la vulnerabilidad de las personas mayores ante la acusada digitalización del mercado financiero», *Diario La Ley*, núm. 10223, 2023, pp. 1 ss (La Ley Digital: 487/2023).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 71, 2009, pp. 105 ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. 2º, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1996, pp. 449 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «La anulabilidad de los contratos», en ÁREA DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1221 ss.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel, «Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 164, 2021, pp. 1 ss. (Legalteca Aranzadi).

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, *El contrato electrónico: formación y cumplimiento*, J. M. Bosch, Barcelona, 2013.

GARCÍA RUBIO, María Paz/OTERO CRESPO, Marta, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2010, pp. 1 ss.

GASPAR LERA, Silvia, «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 269 ss.

GAVALDA, Christian/STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire: Institutions, comptes, operations, services*, 8ª ed, LexisNexis, Paris, 2010.

GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa, «Regtech, inteligencia artificial y transformación digital en el mercado financiero: el caso de la atención al cliente usando chatbots y las obligaciones de información en la resolución extrajudicial de conflictos», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 2, 2021, pp. 195 ss.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario, «Las explicaciones adecuadas en los contratos de consumo del entorno digital y su complementariedad con el control de transparencia material», en MIRANDA SERRANO, Luis María/PAGADOR LÓPEZ, Javier (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho de la contratación y la competencia empresarial ante la digitalización y la sostenibilidad*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 107 ss.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro Mario, «La Directiva 2023/2673/UE: nuevas normas para los contratos de servicios financieros a distancia (y algo más)», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 7, 2024, pp. 261 ss.

GRIMALT SERVERA, Pedro, «La formación del contrato celebrado por medios electrónicos», en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 355 ss.

HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, «Protección de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros», *Revista Derecho y Economía de la Integración*, núm. 10, 2023, pp. 67 ss.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

HOWELLS, Geraint/TWIGG-FLESNER, Christian/WILHELMSSON, Thomas, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2018.

KARAMPATZOS, Antonios/ILIĆ, Nikola, «Law and Economics of the Withdrawal Right in EU Consumer Law», *Review of Law & Economics*, vol. 19, núm. 3, 2023, pp. 435 ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (et al.), *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1º, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, pp. 531 ss.

LEAUA, Crenguta/DIDU, Iulia-Alexandra, «Chatbots. Legal Challenges and the EU Legal Policy Approach», *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 10, núm. 3, 2021, pp. 210 ss.

LLOBET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

LLOPIS BLANQUE, Alejandro, «La influencia de los robo-advisors en el desarrollo del mercado único y sobre la implicación de los inversores», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 35, 2024, pp. 1 ss. (La Ley Digital: 30302/2024).

LUZAK, Joasia/JUNUZOVIK, Mia, «Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, núm. 3, 2019, pp. 97 ss.

MARIMÓN DURÁN, Rafael, *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratamiento automatizado de datos en el credit scoring: la STJUE de 7 de diciembre de 2023 y sus efectos en la Directiva de contratos de crédito al consumo», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2024, pp. 1 ss (https://centrodeestudiosdeconsumo.eu/publicaciones/tratamiento-automatizado-de-datos-en-el-credit-scoring-la-stjue-de-7-de-diciembre-de-2023-y-sus-efectos-en-la-directiva-de-contratos-de-cr%C3%A9dito-al-consumo-3, fecha consulta: 25/05/2026).

MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, «Soluciones jurídicas para la inclusión financiera de la tercera edad (más allá de los protocolos voluntarios)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, 2022, pp. 1 ss (Aranzadi Instituciones: BIB\2022\3671).

MARTOS CALABRUS, María Angustias, «Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 13, núm. 1, 2022, pp. 29 ss.

MATTOUT, Jean Pierre/PRÜM, André, «Le dilemme de la jurisprudence – Protéger l'activité bancaire et proteger les clients», *Droit & Patromoine*, núm. 250, 2015, pp. 78 ss.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, «La evaluación de la solvencia del cliente en la concesión de créditos», en MIRANDA SERRANO, Luis María/PAGADOR LÓPEZ, Javier (dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 505 ss.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, «La protección del consumidor en la contratación electrónica bancaria», en MADRID PARRA, Agustín (dir.), *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 259 ss.

MECO TÉBAR, Fabiola, «Edadismo en el sistema bancario», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 7, 2024, pp. 223 ss.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 1 ss.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo», en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 849 ss.

NOVAL LLAMAS, Joaquín José, «El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 126, 2012, pp. 215 ss.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción, «La cuenta corriente a la luz de la Ley de servicios de pago (y de las normas de transparencia) », *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, 2013, pp. 77 ss.

PEÑAS MOYANO, María Jesús, «La reforma del régimen sobre contratación a distancia de servicios financieros (y la identidad digital como parte del proceso)», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 32, 2023, pp. 1 ss (La Ley Digital: 5853/2023).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, 2019, pp. 1 ss. (Legalteca Aranzadi).

QUINTÁNS EIRAS, María Rocío, «Algunas claves para una revisión de la obligación de información y asesoramiento en la comercialización de seguros: racionalización informativa y transformación digital», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 6, 2023, pp. 11 ss.

RADU, Andreea-Bianca, «Conclusion of the Contracts at a Distance - Particularities in the Banking Law Field», *European Business Law Journal*, vol. 3, núm. 1, 2024, pp. 98 ss.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando/PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en BUSTO LAGO, José Manuel/REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 41 ss.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, «Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2006, pp. 659 ss.

SALELLES CLIMENT, José Ramón, «La contratación a distancia de los servicios financieros», en SALAS CARCELLER. Antonio (dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 193 ss.

SARTORIS, Chiara, «Banking Contracts: The Concept of Transparency and Its Evolution», *European Journal of Privacy Law & Technologies*, vol. 2021, núm. 2, 2021, pp. 24 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI, Antonella/RABITTI, Maddalena/SCHENEIDER, Julia, *The European AI Act's Impact on Financial Markets: From Governance to Co-Regulation*, European Banking Institute, Frankfurt, 2023.

TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa, «La información del consumidor en la contratación bancaria a distancia», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 96, 2009, pp. 29 ss.

VARDI, Noah, «Framing Duties of Responsible Credit Policies in EU Law», *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, núm. 2, 2019, pp. 1 ss. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654555, fecha consulta: 25/05/2026)

VILLANUEVA LUPIÁN, Carmen, «Asistencia y asesoramiento profesional en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas», *Revista de Derecho Civil*, núm. VII-3, 2020, pp. 71 ss.

VON WICHMANN ROVIRA, Gerardo, «La responsabilidad extracontractual o Derecho de daños», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. III, vol. 3º, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 849 ss.

WADDINGTON, Lisa, «Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law», *Journal of Consumer Policy*, vol. 45, núm. 4, 2022, pp. 307 ss.

ZUNZUNEGUI, Fernando, «Asesoramiento financiero automatizado (Robo-Advice), nuevo animal financiero», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 4-2020, 2020, pp. 1 ss.

InDret
4.2026

La colación hereditaria y la evaluación del bien: función distributiva, técnica valorativa y coherencia del sistema sucesorio

Vincenzo Barba
Universidad de Roma «La Sapienza»

Sumario

Este trabajo revisa críticamente la función de la colación hereditaria a partir de un problema que condiciona su eficacia distributiva: la valoración de los bienes donados. El análisis muestra que la colación opera como técnica de ordenación interna de la partición y que su resultado depende decisivamente del criterio temporal utilizado para valorar la liberalidad. Se estudian la evolución del artículo 1045 del Código civil, la distribución del riesgo patrimonial, la enajenación y transformación de los bienes, las participaciones sociales en la empresa familiar y las liberalidades dinerarias destinadas a financiar adquisiciones inmobiliarias. A partir de la comparación con el Derecho civil catalán, se sostiene que la valoración al tiempo del fallecimiento presenta una coherencia sistemática apreciable, pero también genera problemas cuando el incremento o la pérdida de valor responde a circunstancias posteriores a la donación. Como alternativa, se propone explorar un sistema de actualización objetiva del valor originario hasta la apertura de la sucesión, capaz de integrar la memoria patrimonial de la liberalidad con la finalidad distributiva de la colación. El argumento presupone la vigencia de un sistema legitimario y no pretende resolver su justificación general, aunque sí señala que la función igualadora de la colación solo adquiere pleno sentido dentro de ese marco.

Abstract

This paper critically examines the function of hereditary collation in light of a problem that directly affects its distributive effectiveness: the valuation of donated assets. The analysis shows that collation operates as a mechanism for the internal ordering of the partition and that its outcome depends decisively on the temporal criterion used to value the gift. The paper considers the evolution of Article 1045 of the Spanish Civil Code, the allocation of patrimonial risk, the alienation and transformation of donated assets, shares and interests in family businesses, and monetary gifts intended to finance the acquisition of real estate. Drawing on a comparison with Catalan civil law, it argues that valuation at the time of death displays considerable systematic coherence but may also give rise to difficulties when increases or decreases in value result from circumstances arising after the donation. As an alternative, the paper proposes exploring a system of objective updating of the original value up to the opening of the succession, capable of reconciling the patrimonial history of the gift with the distributive purpose of collation. This argument presupposes the existence of a forced heirship system and does not seek to address its general justification, although it does point out that the equalizing function of collation acquires its full meaning only within such a framework..

Title: *Hereditary Collation and the Valuation of Donated Property: Distributive Function, Valuation Technique and Coherence of the Succession System*

-

Palabras clave: colación hereditaria, valoración, legítima, partición hereditaria, igualdad sucesoria, Derecho civil catalán
***Keywords*:** *hereditary collation, valuation, forced heirship, estate partition, equality among heirs, Catalan civil law*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.06

InDret

4.2026

Recepción
30/06/2026
-
Aceptación
07/09/2026
-

Índice

1. Introducción

2. La colación como institución estructural del Derecho sucesorio: función distributiva, igualdad material y racionalidad del sistema

2.1. Función distributiva y relación con la legítima

2.2. Autonomía del causante y límites de la colación

3. Presupuestos dogmáticos de la colación: sujetos, actos colacionables y delimitación funcional del instituto

3.1. Ámbito subjetivo de la colación

3.2. Objeto y liberalidades colacionables

3.3. El modelo catalán como término de contraste

4. Naturaleza jurídica de la colación y su inserción sistemática en el procedimiento sucesorio

5. La evaluación del bien colacionable como núcleo estructural del sistema: significado jurídico, función distributiva y problemas dogmáticos

5.1. La valoración como criterio de igualdad

5.2. Racionalidad del criterio valorativo

6. Evolución histórica del criterio valorativo en el Código civil: del congelamiento histórico del valor a la valoración dinámica al tiempo del fallecimiento

6.1. El modelo originario del artículo 1045 CC

6.2. La reforma de 1981 y el modelo dinámico

6.3. Límites del modelo vigente

7. Fundamento de la valoración al tiempo de la muerte: unidad temporal de la sucesión y coherencia sistemática

7.1. Unidad temporal de la sucesión

7.2. Autonomía privada y valoración de las liberalidades dinerarias

8. Distribución del riesgo patrimonial: aumento, deterioro y pérdida del bien colacionable

8.1. Beneficio y riesgo como elementos inseparables

8.2. Variaciones de valor, mejoras y riesgo patrimonial

9. La enajenación, transformación y pérdida culpable del bien colacionable: problemas técnicos y soluciones sistemáticas

9.1. Transformación y equivalencia económica

10. La complejidad del régimen de riesgos y la posible alternativa del valor actualizado de la donación

10.1. La actualización objetiva como alternativa

11. La colación de cuotas y participaciones sociales: empresa familiar, mérito empresarial y justicia distributiva

12. Liberalidades indirectas mediante financiación de adquisiciones inmobiliarias

13. La imputación del valor colacionable a la cuota hereditaria: técnica distributiva y límites estructurales

13.1. Imputación del valor y límite de la cuota

13.2. Ausencia de restitución del exceso

14. Colación, legítima y reducción: una arquitectura sistemática integrada

15. Conclusiones

16. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El presente estudio parte de una cuestión concreta: si la función distributiva de la colación puede cumplirse adecuadamente cuando el valor de la liberalidad se determina conforme a un criterio temporal que no distingue entre la ventaja patrimonial originariamente concedida y las vicisitudes posteriores del bien. El propósito no es ofrecer una exposición general de la institución, sino revisar críticamente su régimen valorativo, con especial atención al artículo 1045 CC y a las dificultades que plantea en patrimonios sujetos a transformaciones y fluctuaciones de valor.

La hipótesis que guía el análisis es que el momento de valoración constituye el punto de conexión entre la liberalidad realizada en vida y el resultado de la partición al abrirse la sucesión. A partir de esta premisa, el estudio examina la evolución del criterio establecido por el artículo 1045 CC y la distribución de los riesgos patrimoniales vinculados al bien donado, para detenerse después en dos situaciones especialmente reveladoras de las dificultades del modelo: las participaciones sociales de la empresa familiar y las liberalidades de dinero destinadas a financiar la adquisición de inmuebles. El Derecho civil catalán se incorpora como término de contraste, con el único propósito de apreciar en qué medida la solución del Derecho común responde a una lógica sistemáticamente coherente.

La cuestión valorativa debe situarse, además, dentro del marco en el que la colación despliega su función. Su finalidad igualadora presupone la existencia de derechos legitimarios y, con ella, un límite legal a la autonomía sucesoria. Desde una perspectiva de política legislativa, puede resultar preferible un modelo basado en una mayor libertad de testar o, en su caso, en una legítima de alcance reducido, concebida fundamentalmente como un derecho de crédito destinado a garantizar una protección patrimonial mínima. No corresponde a este trabajo examinar la justificación de estas alternativas. Sí resulta necesario, en cambio, asumir las consecuencias del modelo vigente: mientras subsista un sistema legitimario, la regulación de la colación debe articularse de manera racional, evitando que las reglas de valoración introduzcan en la distribución hereditaria resultados desvinculados de la ventaja patrimonial que la liberalidad proporcionó en su origen.

Desde esta perspectiva, el problema no reside únicamente en determinar qué valor debe atribuirse al bien donado, sino en establecer qué variaciones patrimoniales deben quedar comprendidas en el resultado de la colación y cuáles deben permanecer al margen de ella. La respuesta exige conciliar la finalidad distributiva de la institución con una adecuada asignación de los riesgos y beneficios derivados de la evolución posterior del patrimonio donado. Es en este punto donde la elección del criterio temporal de valoración adquiere verdadera relevancia sistemática.

* Vincenzo Barba (vincenzo.barba@uniroma1.it). El estudio se enmarca en el proyecto PID2022-136274NB-I00 y en las actividades del Grupo de Investigación T.O.I.

2. La colación como institución estructural del Derecho sucesorio: función distributiva, igualdad material y racionalidad del sistema

La colación, regulada en los artículos 1035 a 1050 CC[1], ha sido tradicionalmente concebida por una parte relevante de la doctrina y de la práctica forense como una operación preliminar, de naturaleza predominantemente técnica, destinada a facilitar la formación de los lotes hereditarios entre coherederos legitimarios[2]. Esta aproximación, centrada en su dimensión contable e instrumental, ha contribuido a situarla en una posición secundaria dentro de la arquitectura del Derecho sucesorio[3]. Sin embargo, una comprensión rigurosa de la institución exige superar tanto su reducción a un mero expediente auxiliar como su indebida sobredimensión funcional[4].

2.1. Función distributiva y relación con la legítima

Desde una perspectiva dogmática estricta, la colación constituye, ante todo, una operación de carácter divisional, orientada a mantener la proporción de las cuotas hereditarias que corresponden a algunos coherederos en el momento de la partición[5]. Su finalidad primaria no consiste en integrar la legítima ni en restablecer directamente su intangibilidad, sino en garantizar que el reparto del caudal se realice conforme al principio de proporcionalidad entre quienes concurren a la herencia en condición de legitimarios[6].

---

[1] PÉREZ ARDÁ, «El problema de la colación», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n 109, 1906, p. 217, considera la colación como una de las instituciones más complejas y «tenebrosas» del Derecho civil, hasta el punto de compararla con una auténtica «cuadratura del círculo» jurídica.

[2] Para un análisis histórico, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* Tecnos, Madrid, 2002, pp. 19 ss. Para el autor, la colación es una institución históricamente condicionada por objetivos de política legislativa, cuya función ha evolucionado desde la protección de la familia hacia la promoción de una distribución más igualitaria de la riqueza. Su mantenimiento en el Código Civil responde al propósito decimonónico de combatir la concentración patrimonial y favorecer la fragmentación de la propiedad. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas», *Actualidad civil*, n 11, 2011, pp. 1220 s. señala que el Pretor introdujo la *collatio bonorum* para permitir la participación de los emancipados en la herencia intestada, obligándoles a aportar lo adquirido tras la emancipación a fin de equilibrar el reparto sucesorio.

[3] PÉREZ ARDÁ, «El problema de la colación», cit., p. 219, define la colación como una institución «de carácter eminentemente procesal o adjetivo», destinada a facilitar la distribución de la herencia entre los coherederos forzosos.

4 Para un análisis histórico de la institución de la colación, vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* Civitas, Madrid, 1984, pp. 765-777, quien otorga a la dimensión histórica un valor fundamental para la comprensión de su fundamento. En efecto, este autor sostiene que la ratio de la institución se encuentra en la preocupación por respetar y dar cumplimiento a la voluntad del causante, aun cuando esta deba reconstruirse en términos meramente presuntos.

5 PÉREZ ARDÁ, «El problema de la colación», cit., p. 218, sostiene que la colación no persigue igualar a los descendientes, sino garantizar una correcta partición conforme a la voluntad del causante y a la ley. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* Décima ed., Edisofer, Madrid, 2013, p. 189, advierte que la colación cuando las cuotas hereditarias son desiguales, puede incluso intensificar esa desigualdad. Vid., v. gr., STSJ CAT 2266/2007 de 30 de mayo, ECLI:ES:TSJCAT:2007:2266, según la cual: «El fundamento originario de la colación se encuentra en la presunción (legal) de que la voluntad del causante se considera contraria a establecer cualquier desigualdad entre los descendientes coherederos, sin excluir la posibilidad de disponer libremente inter vivos en favor de alguno o algunos de ellos». V. PRATDESABA I RICART; PÉREZ VALENZUELA ; FRANCO MANJÓN; ESTÉVEZ ABELEIRA/BARCELÓ COMPTE, «La partición y la colación», en BARCELÓ COMPTE; PRATDESABA I RICART/BOSCH CARRERA, *Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 1503.

[6] Conviene subrayar, ante todo, la polisemia con la que el término colación es empleado en el Código Civil, circunstancia que ha contribuido no poco a la confusión conceptual de la materia. En efecto, la expresión aparece utilizada, al menos, en tres acepciones diferenciadas. En primer lugar, en el sentido de computación, en cuanto

En este sentido, resulta metodológicamente incorrecto atribuir a la colación una función autónoma de tutela de la legítima[7]. La protección de esta se articula, en primer término, a través de mecanismos específicos, como la reducción de liberalidades inoficiosas y la acción de suplemento[8]. Solo una vez restablecida la integridad de la legítima mediante estos instrumentos puede plantearse, en su caso, la operatividad de la colación. De ahí que, en supuestos de lesión, el orden lógico del sistema imponga, primero, la eliminación del exceso lesivo y, únicamente después, la eventual colación de aquellas atribuciones que, no habiendo sido declaradas inoficiosas, subsistan dentro de los límites de la disponibilidad del causante.

Desde esta perspectiva, la colación no actúa primariamente como un mecanismo de protección de los legitimarios, sino como una técnica de ordenación interna del reparto hereditario[9]. Su función es esencialmente distributiva, no garantista. Opera en el plano de la partición, no en el de la delimitación material de los derechos forzosos[10]. Confundir ambos niveles conduce a una distorsión sistemática que oscurece la lógica propia de la institución[11].

La colación cumple, así, una función específica: asegurar la igualdad en la medida de las cuotas hereditarias, atendiendo al conjunto de atribuciones patrimoniales previamente recibidas por los

operación dirigida a la determinación de la legítima. En segundo término, como mecanismo de reintegración a la masa partible del exceso inoficioso de lo donado, en conexión con la reducción de liberalidades. Y, finalmente, en su acepción técnica más propia, como operación consistente en llevar a la cuenta de la partición determinados valores a fin de restablecer la igualdad entre coherederos Entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 777; BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 89 s.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», en FERRER VANRELL; LLEDÓ YAGÜE; TORRES LANA/MONJE BALMASEDA, *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2014, p. 1225. Ahora bien, la colación a la que aquí se hace referencia es esta última, esto es, la colación en sentido estricto, entendida como la obligación de los herederos forzosos de traer a la masa hereditaria el valor de los bienes que hubiesen recibido del causante en vida, con la finalidad de garantizar la paridad en la división.

En la jurisprudencia resulta particularmente ilustrativa la STS 2854/2019 de 17 de septiembre ECLI:ES:TS:2019:2854, que ofrece una depurada reconstrucción sistemática de las relaciones entre computación, imputación y colación en el Derecho sucesorio. La sentencia afirma que la computación constituye una operación necesaria e imperativa para la determinación cuantitativa de la legítima, mediante la agregación del *relictum* y del *donatum*, abarcando todas las donaciones realizadas por el causante, cualquiera que sea la condición del beneficiario, en garantía del principio de intangibilidad legitimaria. A partir de esta base, la imputación opera como técnica de encuadramiento de las liberalidades dentro de las distintas porciones hereditarias, con la finalidad de verificar eventuales excesos y posibilitar, en su caso, la reducción por inoficiosidad. Frente a ambas, la colación se configura como una operación de naturaleza estrictamente particional, ajena al cálculo de la legítima, cuyo fundamento radica en la presunción de igualdad entre herederos forzosos concurrentes, al considerar las atribuciones inter vivos como anticipos de su cuota hereditaria. La resolución subraya, además, la impropiedad técnica del término «colación» en el artículo 818 CC, donde se emplea en un sentido lato equivalente a computación, diferenciándolo con precisión de su acepción propia en el artículo 1035, vinculada a la lógica distributiva interna de la herencia. V., también, STS 941/2022 de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:941.

VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 777, señala que, ya en la Compilación de Derecho civil de Cataluña se distinguía con claridad entre la colación propiamente dicha, la computación a efectos del cálculo de la legítima, la imputación de donaciones a la legítima y la reducción de las donaciones inoficiosas, ofreciendo un esquema conceptual más depurado y sistemáticamente coherente.

[7] V. STS 2023/1989 de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:2023, espec. FD 3 y 4.

[8] BARBA, «La protección de los herederos forzosos. La acción de reducción», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXXVII, n. IV (octubre-diciembre), 2024, pp. 1253 ss.

[9] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 27, 90.

[10] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit. P. 108 ss.; PRATDESABA I RICART; PÉREZ VALENZUELA ; FRANCO MANJÓN; ESTÉVEZ ABELEIRA/BARCELÓ COMPTE, «La partición y la colación», cit., p. 1503.

[11] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., pp. 90-93.

coherederos. No persigue, sin embargo, una igualación absoluta de posiciones económicas, sino una corrección relativa en el marco del reparto sucesorio[12]. Su objetivo es evitar que determinadas liberalidades *inter vivos* alteren, sin justificación normativa, la proporcionalidad que debe presidir la formación de los lotes[13].

2.2. Autonomía del causante y límites de la colación

Esta función de mantenimiento de la proporción se encuentra, además, condicionada por la voluntad del causante. El sistema sucesorio no impone una colación necesaria e inderogable. Por el contrario, reconoce al testador la facultad de dispensar de colación determinadas atribuciones, permitiendo que una liberalidad *inter vivos* quede consolidada como ventaja exclusiva de su beneficiario[14]. Esta posibilidad constituye una manifestación relevante de la autonomía testamentaria y refleja que la igualdad promovida por la colación no opera como un principio absoluto, sino como un criterio supletorio que rige en defecto de una voluntad contraria jurídicamente eficaz[15]. En este marco, los coherederos beneficiados carecen de la facultad de excluir la colación de las liberalidades efectuadas a favor de otro coheredero cuando aceptan la herencia, quedando vinculados por el régimen legal de imputación establecido[16].

La dispensa solo despliega plenamente sus efectos en la medida en que no se produzca lesión de la legítima. La voluntad del causante encuentra aquí su límite estructural[17]. Allí donde se vulnera el núcleo indisponible de los derechos legitimarios, la prioridad corresponde a los mecanismos de reducción, no a la lógica colacionable. Solo una vez respetada la intangibilidad cuantitativa de la legítima puede reconocerse eficacia a la voluntad de favorecer singularmente a uno de los coherederos.

Desde un punto de vista sistemático, la colación debe situarse, por tanto, en el ámbito propio de las operaciones particionales. Forma parte de la secuencia que conduce desde la determinación del caudal partible hasta la adjudicación de los lotes, actuando como instrumento de ajuste

[12] DEL CASTILLO MORAGO, «La colación hereditaria», *Diario La Ley*, nº 9034, 2017, p. 4.

[13] V. STS 9040/1989 de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:1989:9040, en su FD 3, se lee: «la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria».

[14] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 248 ss. defiende que la donación y la dispensa de colación son negocios jurídicos distintos: la primera es un contrato *inter vivos* con efectos inmediatos, mientras que la segunda es una disposición *mortis causa* relativa al reparto futuro de la herencia. Entre ambas existe una relación de accesoriedad unilateral, pues la dispensa presupone una donación a la que referirse, aunque la validez de la donación no depende de la existencia de la dispensa.

15 Por todos, BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., pp. 119 ss.

[16] ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* cit., p. 191, entiende que renunciar a la colación equivaldría a una aceptación parcial de la herencia, al conservar una parte y repudiar otra, lo que está prohibido por el artículo 990 CC.

[17] Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *Anuario de Derecho Civil*, n 3, 1995, , pp. 1147 s., la dispensa de colación solo despliega plena eficacia en la medida en que la donación pueda imputarse al tercio de libre disposición, ya que las normas de imputación destinadas a proteger la legítima tienen carácter imperativo y prevalecen sobre la voluntad del causante. La colación persigue la igualdad entre los legitimarios, mientras que la mejora responde a una lógica de desigualación, por lo que ambas instituciones cumplen funciones distintas que el Código Civil de 1889 quiso mantener separadas.

interno. Su función consiste en integrar, a efectos divisorios, determinadas atribuciones anteriores, sin alterar la estructura básica de los derechos sucesorios[18].

Esta ubicación permite comprender adecuadamente su naturaleza. La colación no reconstruye el patrimonio del causante en sentido sustantivo, ni redefine los límites de la legítima, ni opera como técnica sancionadora. Su cometido es más sobrio y, precisamente por ello, más preciso: introducir en la partición un criterio de corrección proporcional que evite desequilibrios derivados de anticipaciones patrimoniales no exceptuadas[19].

Desde esta óptica, la justicia que realiza la colación es una justicia distributiva limitada, circunscrita al momento divisorio. No pretende reordenar retrospectivamente toda la historia patrimonial familiar, sino únicamente neutralizar, en el reparto final, los efectos distorsionadores de ciertas liberalidades. Su racionalidad es interna al procedimiento particional, no externa al sistema.

La comparación con el Derecho catalán confirma esta delimitación funcional. La regulación contenida en los artículos 464-17 a 464-19 CCCat, estrechamente vinculada al modelo de legítima como *pars valoris*, refuerza una concepción restrictiva y valorativa de la colación, claramente diferenciada de los mecanismos de protección legitimaria. En este modelo, la colación aparece inequívocamente como una técnica de ajuste divisorio, no como un instrumento de recomposición del mínimo indisponible[20].

Desde una perspectiva crítica, conviene advertir que tanto su infravaloración como su sobredimensión han producido efectos indeseables en la práctica. La primera ha conducido a su trivialización técnica. La segunda ha favorecido lecturas funcionalmente impropias, que la convierten en un sucedáneo de la tutela legitimaria. Ambas tendencias empobrecen la comprensión de la institución[21].

---

[18] Para una exposición sintética y sistemática de los principales problemas interpretativos, así como de las soluciones adoptadas por la jurisprudencia, resulta particularmente ilustrativa la STS 3531/2019 de 5 de noviembre, ECLI:ES:TS:2019:3531, en la que se compendian, con notable claridad, los criterios aplicables a las cuestiones más relevantes, entre las que cabe destacar la delimitación del objeto del proceso en materia de colación, la precisión de su naturaleza jurídica como operación particional, la distinción estructural respecto de la computación de la legítima, la determinación de su ámbito subjetivo circunscrito a los herederos forzosos concurrentes, la aclaración del sentido técnico frente al uso impropio del término en el artículo 818 CC, la identificación del objeto colacionable en los supuestos de donación de dinero destinado a la adquisición de bienes, el rechazo de construcciones fiduciarias o simuladas en tales hipótesis, la configuración de su práctica como operación de adición contable, así como la fijación del criterio temporal de valoración y, en particular, la opción por el valor actualizado en las donaciones dinerarias.

[19] VELA SÁNCHEZ, «La colación y los herederos forzosos», *Diario La Ley*, n. 10452, 2024, pp. 2 ss., distingue claramente entre computación, atribución, imputación y colación como operaciones sucesorias autónomas y sucesivas. A su juicio, la colación constituye una fase posterior a la fijación e imputación de las legítimas y solo entra en juego una vez comprobado que las liberalidades son válidas e inoficiosas, con la finalidad de ordenar las relaciones internas entre los legitimarios herederos. Asimismo, sostiene que las donaciones realizadas a extraños deben imputarse prioritariamente al tercio de libre disposición para garantizar la intangibilidad de la legítima.

[20] DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Cuarta, Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 607 ss.

[21] Para la consulta de la jurisprudencia recaída sobre la materia, se remite a LÓPEZ, *Colación y partición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, cuyo principal interés radica en la recopilación y sistematización de las resoluciones más relevantes.

Una reconstrucción equilibrada de la colación permite, por el contrario, integrarla en un marco dogmático más preciso, respetuoso con la diferenciación funcional entre los distintos instrumentos sucesorios. Ello contribuye a una aplicación más coherente y argumentativamente más sólida, orientada por criterios sistemáticos y no por intuiciones equitativas difusas[22].

3. Presupuestos dogmáticos de la colación: sujetos, actos colacionables y delimitación funcional del instituto

La correcta comprensión de la colación exige una reconstrucción rigurosa de sus presupuestos dogmáticos fundamentales. Solo a partir de un análisis sistemático de sus elementos subjetivos y objetivos resulta posible entender su verdadera función distributiva y evitar interpretaciones fragmentarias o formalistas que desvirtúen su sentido institucional. En este plano, los artículos 1035 a 1044 CC configuran un entramado normativo coherente, cuya lógica interna solo se revela plenamente cuando se los interpreta a la luz de la finalidad igualadora que inspira el instituto.

3.1. Ámbito subjetivo de la colación

El punto de partida ineludible lo constituye el artículo 1035 CC, que delimita el ámbito subjetivo de la colación mediante una fórmula aparentemente sencilla, pero cargada de implicaciones dogmáticas: están obligados a colacionar los herederos forzosos que concurran a la herencia con otros legitimarios. Esta previsión, lejos de expresar una regla meramente descriptiva, encierra una opción estructural del legislador, que vincula estrechamente la colación con la dinámica interna del sistema legitimario.

La colación no se proyecta sobre todos los sucesores ni sobre todos los partícipes en la herencia, sino exclusivamente sobre las relaciones existentes entre los legitimarios que ostentan la condición de herederos. Se trata, por tanto, de una institución relacional que presupone una pluralidad de legitimarios y la necesidad de tomar en consideración determinadas atribuciones realizadas en vida por el causante. De ahí que quien repudia la herencia deje de estar sujeto a la colación, al desaparecer precisamente la condición de heredero que constituye su presupuesto de aplicación[23]. Allí donde no existe concurrencia entre legitimarios herederos, la colación carece de función propia.

De ello se deriva que, cuando junto a los legitimarios concurren sucesores extraños, deben diferenciarse dos momentos distributivos. Por un lado, el reparto de la herencia entre todos los llamados, en el que las operaciones colacionables resultan irrelevantes para los extraños. Por

[22] ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *Anuario de Derecho Civil*, n. 1, 1992, pp. 383 s., aunque reconoce con claridad las diferencias conceptuales entre colación y protección de la legítima, critica la tendencia doctrinal a tratarlas de forma aislada y defiende la necesidad de una interpretación sistemática que atienda a sus zonas de intersección, en particular en relación con la imputación y la relevancia de la voluntad del testador, así como a las persistentes confusiones que se advierten en la práctica jurisprudencial.

[23] VELA SÁNCHEZ, «La colación y los herederos forzosos», cit.,pp. 7 s., entiende que el legitimario que repudia la herencia deja de estar sujeto a colación y debe ser tratado, a efectos de imputación, como un extraño. En consecuencia, la donación recibida solo puede imputarse a la parte de libre disposición y, en la medida en que la exceda, queda sujeta a reducción por inoficiosa.

otro, la distribución interna entre los legitimarios herederos, único ámbito en el que la colación despliega sus efectos[24].

El presupuesto subjetivo de la colación no puede ser interpretado en términos puramente formales. No basta con ostentar la condición abstracta de heredero forzoso, siendo además irrelevante que la aceptación de la herencia se haya producido pura y simplemente o con beneficio de inventario[25]. Es necesario, por el contrario, participar efectivamente en la sucesión como coheredero, en un contexto en el que la distribución patrimonial se vea condicionada por atribuciones *inter vivos* previas. La colación se activa, por tanto, únicamente en presencia de una determinada configuración relacional del fenómeno sucesorio[26].

Cuestión distinta, y de mayor complejidad, es la relativa al legatario de parte alícuota. Desde una perspectiva estrictamente formal, su condición de legatario debería conducir a su exclusión del deber de colacionar, tal como sostiene mayoritariamente la doctrina[27]. Sin embargo, no puede desconocerse que dicho sujeto es titular de una cuota del patrimonio hereditario, lo que, en una interpretación más refinada y funcional del fenómeno sucesorio, podría justificar su inclusión en la lógica distributiva propia de la colación. En efecto, si se atiende a la función de esta institución como mecanismo de recomposición de equilibrios entre quienes participan en el reparto del caudal, no resulta conceptualmente incoherente sostener que el legatario de parte alícuota deba ser tratado, al menos a estos efectos, como un partícipe cualificado en la comunidad hereditaria[28]. Esta solución, aunque minoritaria, presenta una mayor coherencia con la finalidad sustantiva de la colación.

Esta dimensión relacional explica, asimismo, la exclusión de los herederos instituidos en cosa cierta y determinada, quienes, conforme al artículo 768 CC, son considerados como legatarios[29], así como la de los propios legatarios del ámbito subjetivo de la colación[30]. El legatario, incluso cuando es legitimario, no participa en la comunidad hereditaria en sentido técnico, sino que adquiere su derecho de manera directa y singular. Al no integrarse en la masa partible, su posición no genera el mismo tipo de tensiones distributivas que justifican la colación entre coherederos. La diferencia no es meramente técnica, sino estructural, y responde a una lógica sistemática coherente.

En esta misma línea se sitúa la posición del cónyuge viudo en aquellos ordenamientos en los que, pese a ostentar un derecho legitimario, no adquiere la condición de heredero. En tales supuestos, su derecho se configura típicamente como una atribución de carácter usufructuario o como una

[24] VELA SÁNCHEZ, «La colación y los herederos forzosos», cit., pp. 1 s.

[25] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 97.

[26] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 96.

[27] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 147 ss. sostiene que el legatario de parte alícuota queda al margen de la colación, por no ostentar la condición técnica de heredero en el sentido exigido por el Código civil.

[28] En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», cit.,pp. 396 ss., que propone una interpretación funcional centrada en la finalidad de la institución: lo decisivo no es el título formal, sino el llamamiento a una cuota sobre una masa de cálculo que integra también las donaciones *inter vivos*.

[29] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 145 s. BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., pp. 96 s.

[30] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 781.

prestación de contenido limitado, lo que lo sitúa fuera de la comunidad hereditaria en sentido estricto[31]. Precisamente por ello, y por la ausencia de una participación en la masa partible comparable a la de los coherederos, el cónyuge no queda sujeto al deber de colación[32]. La razón última es idéntica a la que justifica la exclusión del legatario: no se trata de un partícipe en la dinámica interna de reparto entre herederos, sino de un titular de una atribución singular que no altera, en términos estructurales, el equilibrio distributivo propio de la partición hereditaria[33].

La delimitación subjetiva del instituto se completa mediante la exclusión de los herederos no forzosos. Aunque hayan recibido liberalidades *inter vivos*, no quedan sometidos a la colación, pues no participan en el sistema de protección legitimaria. Esta solución confirma que la colación no es una técnica general de corrección de desigualdades patrimoniales, sino un instrumento específico de equilibrio intralegitimario.

Finalmente, a la luz de los artículos 1038, 1039 y 1040 CC, la posición de los nietos del causante pone de manifiesto el carácter estrictamente funcional de la colación y la precisión de su ámbito subjetivo. En efecto, cuando aquellos suceden por derecho propio, en calidad de herederos directos, quedan excluidos de la obligación de colacionar; por el contrario, si concurren por representación de su progenitor premuerto, asumiendo su posición en la sucesión, resultan plenamente sujetos a dicha carga[34]. En este último supuesto, la lógica representativa despliega todas sus consecuencias, imponiendo a los descendientes la obligación de traer a colación no solo las liberalidades recibidas personalmente del causante, sino también aquellas atribuidas a su ascendiente representado, aunque no hayan llegado a incorporarse a su patrimonio[35].

---

[31] En sentido contrario, DEL CASTILLO MORAGO, «La colación hereditaria», cit., p. 6. El autor fundamenta esta posición en que el artículo 1035 CC remite al artículo 807 CC, precepto que incluye al cónyuge entre los herederos forzosos. Además, considera que carecería de justificación que el viudo pudiera beneficiarse del aumento de su cuota hereditaria derivado de la colación realizada por otros legitimarios sin asumir él mismo dicha obligación. Esta interpretación, a su juicio, resulta más coherente con la voluntad presunta del causante de mantener la igualdad entre los sucesores forzosos.

[32] ROCA JUAN, «Comentario Artículos 1037 a 1087 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo XIV, Vol. 2. Artículos 1037 a 1087 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 17 GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 152 ss. BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 95.

[33] Como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», cit., pp. 399 ss., cabe la posibilidad de que la obligación de colación surja por expresa voluntad del testador. Nos situamos entonces en aquellos supuestos que suelen calificarse como de «colación voluntaria», en los que el fundamento de la imputación no radica en la ley, sino en la autonomía dispositiva del causante.

Conviene, no obstante, precisar que lo que habitualmente se denomina colación voluntaria no constituye, en sentido técnico estricto, un fenómeno de verdadera colación, cuya naturaleza es legal. Más bien nos encontramos ante un supuesto en el que el testador pretende reproducir, total o parcialmente, los efectos propios de la colación legal, o al menos alcanzar resultados funcionalmente análogos a los que ésta produciría. Tal finalidad puede articularse, por ejemplo, mediante la imposición de un legado a cargo del heredero a quien se desea sujetar a una suerte de colación, en beneficio de los restantes coherederos, logrando así un efecto corrector de eventuales desequilibrios en la distribución del caudal hereditario, sin necesidad de acudir a la estricta disciplina legal de la colación.

[34] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., pp. 98 s. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 156 ss., destaca que el artículo 1038 contempla el único supuesto en que se toma en consideración para la colación una atribución que el sucesor no recibió personalmente, sino su padre, con el fin de evitar que la estirpe representada obtenga una ventaja injustificada frente a los demás descendientes del causante.

[35] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 780.

Esta solución se inserta coherentemente en el principio de continuidad de la posición jurídica del representado, que exige reproducir íntegramente su estatuto sucesorio, también en sede de colación. Al mismo tiempo, los artículos 1039 y 1040 CC delimitan con rigor el perímetro de lo colacionable, excluyendo las donaciones realizadas a los descendientes del heredero o a su cónyuge, salvo supuestos excepcionales. Con ello se evidencia que la colación no responde a una finalidad de recomposición global de todas las ventajas patrimoniales indirectamente derivadas del causante, sino únicamente de aquellas que inciden de forma inmediata en la posición relativa de los coherederos, reforzando así una concepción estrictamente funcional del instituto, centrada en su incidencia efectiva sobre la masa partible.

Análogamente, el Derecho catalán acentúa esta coherencia sistemática: los artículos 464-17 a 464-19 CCCat circunscriben expresamente el ámbito subjetivo de la colación a los legitimarios, solución que encuentra su fundamento más profundo en la concepción de la legítima como *pars valoris*, lo que torna estructuralmente imposible extender la colación a quienes carecen de esa posición jurídica.

3.2. Objeto y liberalidades colacionables

En el plano objetivo, el presupuesto central de la colación viene constituido por la existencia de un acto liberal *inter vivos* realizado por el causante en favor de un legitimario. La noción de acto colacionable no se agota en la donación en sentido técnico, sino que comprende toda atribución patrimonial liberal susceptible de alterar el equilibrio sucesorio[36].

El artículo 1035 CC utiliza la expresión «donaciones u otro título lucrativo», fórmula deliberadamente amplia que permite integrar en el ámbito de la colación una pluralidad de figuras jurídicas. Esta apertura terminológica no responde a una técnica legislativa imprecisa, sino a la voluntad de someter a control distributivo cualquier ventaja patrimonial relevante, con independencia de su ropaje formal[37].

Desde una perspectiva dogmática, lo decisivo no es la calificación civil estricta del acto, sino su función económica y su impacto sobre la igualdad sucesoria[38]. La colación se activa cuando la atribución *inter vivos* constituye, en términos sustantivos, un anticipo patrimonial imputable a la herencia. En consecuencia, quedan comprendidas no solo las donaciones puras, sino también

[36] Como señala GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., pp. 1116 ss., el Proyecto de 1851, influido por el ideal igualitario surgido tras la Revolución Francesa, restauró la colación por valor y eliminó la distinción entre donaciones simples y causales, imponiendo la colación de toda liberalidad para garantizar la igualdad entre los herederos. Posteriormente, el Código Civil de 1889 fue el resultado de una transacción entre ese liberalismo igualitario y la tradición foral favorable a una mayor libertad de testar, manteniendo, no obstante, el propósito de evitar la concentración patrimonial propia del sistema nobiliario del Antiguo Régimen.

[37] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 788, señala que el art. 1035 CC constituye la novedad trascendental del Código, en cuanto elimina la secular distinción entre las donaciones simples y las causales, tradicionalmente exentas las primeras y sometidas las segundas a la colación.

[38] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., p. 179, sostiene que el objeto de la colación debe entenderse en términos de enriquecimiento patrimonial, de modo que no se computan los bienes donados en sí mismos, sino el valor que representan al tiempo de la partición.

determinadas liberalidades indirectas, condonaciones de deuda, atribuciones gratuitas encubiertas o ventas simuladas, una vez que se haya aclarado la naturaleza liberal[39].

Conviene, sin embargo, profundizar ulteriormente en la idea de que la adopción de un criterio funcional en la delimitación del acto colacionable no puede traducirse en una dilatación incontrolada del instituto, so pena de desnaturalizar su función sistemática. Los artículos 1036 a 1046 CC no constituyen un mero elenco fragmentario de reglas excepcionales, sino que integran un subsistema normativo de notable coherencia interna, en el que exclusiones, dispensas y criterios de imputación se ordenan conforme a una *ratio* común: la preservación de un equilibrio dinámico entre la igualdad material de los coherederos y la eficacia de la autonomía privada del causante. En este sentido, la colación no puede ser concebida como un mecanismo expansivo de recomposición abstracta de desigualdades, sino como un instrumento técnico de ajuste intrahereditario, estrictamente condicionado por la estructura de la sucesión legitimaria.

Desde esta perspectiva, el artículo 1036 CC adquiere una centralidad que trasciende su tenor literal. La posibilidad de dispensa expresa[40] no solo revela la operatividad de la autonomía dispositiva en el ámbito de la colación, sino que pone de manifiesto que el legislador no configura la igualdad entre legitimarios como un valor absoluto e inderogable, sino como un principio susceptible de modulación por voluntad del causante, dentro de los límites impuestos por la intangibilidad de la legítima[41]. La dispensa no elimina la dimensión sustantiva de la liberalidad en el cómputo legitimario, sino que incide exclusivamente en su dimensión funcional dentro del proceso particional, excluyéndola de la operación de reequilibrio que la colación comporta. Se trata, en suma, de una disociación entre relevancia legitimaria y operatividad colacionable[42].

---

[39] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas», cit., p. 1226, defiende que la simulación contractual constituye, en realidad, un instrumento de ocultación de liberalidades que no puede servir para eludir el régimen de la colación ni debilitar la igualdad entre coherederos. Sostiene, con apoyo jurisprudencial, que acreditada la causa gratuita debe prevalecer la realidad económica del acto, imponiéndose la colación del valor actualizado del bien y evitando cualquier ventaja derivada del disfraz negocial.

[40] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 784 señala que el adverbio «expresamente» requiere palabras o expresiones claras, pero no términos ni frases sacramentales. Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 287 ss., el término «expresamente» exige una declaración directa e inequívoca cuya finalidad específica sea dispensar de la colación, sin que baste deducir esa voluntad de otras disposiciones testamentarias o de circunstancias externas. De este modo, el requisito actúa como un criterio de *favor collationis*, de manera que toda duda o silencio del causante debe resolverse a favor de la colación y de la igualdad entre los legitimarios.

[41] Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., pp. 1156 ss., la dispensa de colación constituye una disposición unilateral de última voluntad, esencialmente revocable y que debe manifestarse de forma expresa e inequívoca para producir efectos. Su naturaleza es sucesoria y no contractual, pues afecta al reparto de la herencia futura y no puede convertirse en un pacto irrevocable sin vulnerar la prohibición de los pactos sucesorios. De ahí que el silencio del causante deba interpretarse siempre a favor de la colación, conforme al principio de *favor collationis*. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 272 ss., lega a la conclusión de que la eventual revocación de la dispensa no afecta a la validez ni a la estabilidad de la donación, pues ambas responden a negocios jurídicos distintos e independientes. Además, considera que la protección de la libertad sucesoria prevalece sobre la expectativa del donatario de conservar una ventaja hereditaria, quien siempre puede evitar la colación mediante la repudiación de la herencia.

42 BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 119. VELA SÁNCHEZ, «La colación y los herederos forzosos», cit., pp. 4 s., sostiene que la dispensa de colación no excluye la computación de la donación a efectos del cálculo de la legítima, pues las liberalidades dispensadas siguen integrando el *donatum* y deben ser consideradas para controlar su eventual inoficiosidad. Asimismo, rechaza que la dispensa implique por sí sola una mejora tácita, ya que la mejora exige una manifestación expresa de voluntad conforme al artículo 825 CC.

En íntima conexión con lo anterior, el artículo 1037 CC confirma que las atribuciones *mortis causa* no quedan, por regla general, sujetas a colación, salvo disposición en contrario del testador[43]. Este dato normativo resulta particularmente significativo, pues pone de relieve que la colación no se erige en un principio rector de toda atribución patrimonial con incidencia sucesoria, sino en un mecanismo selectivo, cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito fundamentalmente a las liberalidades *inter vivos*. La exclusión de las disposiciones testamentarias del ámbito colacionable, sin perjuicio del respeto debido a las legítimas, refuerza la idea de que el sistema distingue con claridad entre la lógica de imputación legitimaria y la lógica de nivelación colacionable, evitando su confusión[44].

Especialmente elocuentes resultan los artículos 1041 y 1042 CC, en los que el legislador introduce una serie de exclusiones basadas en la naturaleza y finalidad de los gastos realizados por el causante. La exclusión de los gastos ordinarios de alimentos, educación o asistencia, así como de los desembolsos destinados a la formación profesional o artística, pone de manifiesto que la colación no se rige por un criterio puramente cuantitativo, sino por un juicio de relevancia económica y social de la liberalidad[45]. Tales gastos no son considerados ventajas patrimoniales susceptibles de alterar el equilibrio sucesorio, sino manifestaciones del cumplimiento de deberes familiares. De este modo, el sistema distingue entre atribuciones que generan una ventaja patrimonial estructural y aquellas que se insertan en la dinámica ordinaria de la vida familiar.

El artículo 1043 CC, al contemplar supuestos como la redención del servicio militar, el pago de deudas[46] o la concesión de honores, amplía este análisis cualitativo, incorporando liberalidades cuya valoración no puede reducirse a su dimensión económica inmediata. Por su parte, el artículo 1044 CC introduce un criterio de proporcionalidad en relación con los regalos de boda, limitando su eventual reducción por inoficiosidad, lo que evidencia una vez más la voluntad del legislador de evitar soluciones rígidas y de atender a los usos sociales en la delimitación del ámbito colacionable.

Finalmente, los artículos 1045 y 1046 CC, relativos a la valoración de las donaciones y a la imputación en supuestos de liberalidades conjuntas de los cónyuges, garantizan la coherencia técnica del sistema en su fase aplicativa, evitando distorsiones derivadas de valoraciones incongruentes o de imputaciones inadecuadas entre masas hereditarias diversas. Estos preceptos ponen de relieve que la colación no es solo un problema de delimitación conceptual, sino también de correcta implementación técnica en el momento de la partición.

Desde una perspectiva de síntesis, puede afirmarse que los presupuestos objetivos de la colación se articulan en torno a un criterio funcional de relevancia distributiva. No toda liberalidad es colacionable, sino únicamente aquella que, por su entidad y naturaleza, incide de manera significativa en la posición patrimonial relativa de los coherederos.

---

[43] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 787.

[44] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 190 ss.

[45] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 197 ss.

[46] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., p. 183, entiende que el artículo 1043 establece una presunción de liberalidad, de modo que el pago de una deuda por el causante a favor de un hijo se considera atribución gratuita salvo prueba en contrario. Si se acredita una causa distinta, la eventual remisión posterior de la deuda deberá valorarse conforme a las reglas generales de la condonación.

3.3. El modelo catalán como término de contraste

Más razonable resulta, la solución adoptada por el Derecho catalán, en cuanto articula un modelo de colación deliberadamente restringido y técnicamente más preciso. En este sistema, la obligación de colacionar queda circunscrita a los descendientes que concurren como coherederos a la sucesión de un ascendiente común, sin que sea necesario que sean legitimarios[47], y únicamente respecto del valor de aquellas atribuciones gratuitas recibidas en vida que hayan sido realizadas en concepto de legítima, resulten imputables a la misma o hayan sido expresamente configuradas por el causante como colacionables en el momento de su otorgamiento[48].

La clave del modelo radica, precisamente, en esta delimitación *ex ante*. Si la donación no ha sido concebida como colacionable en su origen ni resulta jurídicamente reconducible al ámbito de la legítima, queda definitivamente excluida de la colación. Se evita así cualquier tendencia expansiva que transforme la institución en un instrumento de revisión global de las liberalidades del causante[49].

A ello se añade la imposibilidad de imponer con posterioridad el carácter colacionable de una atribución ya realizada. El causante no puede alterar *ex post* la naturaleza de la liberalidad, lo que refuerza la seguridad jurídica y la estabilidad de las atribuciones *inter vivos*. Sí conserva, en cambio, la facultad de dispensar la colación en disposiciones mortis causa o incluso de excluirla con carácter general en su sucesión, lo que evidencia el peso decisivo de su voluntad en la configuración del fenómeno[50].

Finalmente, el sistema reconoce a los coherederos la posibilidad de renunciar, una vez abierta la sucesión, al beneficio derivado de la colación. Con ello se introduce un elemento adicional de flexibilidad que relativiza su operatividad práctica, si bien no será oponible a terceros que puedan resultar perjudicados por ella[51].

El resultado es un régimen en el que las donaciones sujetas a colación quedan estrictamente acotadas: o han sido calificadas como tales desde su origen o se integran en la lógica de la imputación legitimaria; en defecto de estos presupuestos, no hay lugar para su aplicación. Incluso cuando concurre, su eficacia puede quedar sin efecto tanto por la dispensa del causante como por la renuncia de los legitimarios. Se configura así un modelo más contenido, que preserva con mayor intensidad la libertad dispositiva y evita una fiscalización indiscriminada de la trayectoria patrimonial del causante.

---

[47] DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., p. 611.

48 Vid., STSJ CAT 2266/2007 de 30 de mayo, cit., recuerda: «La reforma que en esta materia supuso precisamente el Codi de successions, frente a la regulación contenida en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, redujo sensiblemente el círculo de donaciones afectadas por la presunción legal, dejando siempre a salvo la voluntad del causante».

[49] DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., p. 609.

[50] DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., p. 609.

[51] DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY, y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, cit., pp. 610 s.

4. Naturaleza jurídica de la colación y su inserción sistemática en el procedimiento sucesorio

La determinación de la naturaleza jurídica de la colación constituye una de las cuestiones centrales del Derecho sucesorio. No se trata de un problema meramente clasificatorio, sino de una operación conceptual de la que dependen la comprensión de su función, su articulación con las restantes instituciones sucesorias y su correcta inserción en el proceso de formación del caudal partible.

En la etapa anterior a la codificación civil, la doctrina discutía intensamente cuál debía considerarse el modo normal de verificar la colación, si mediante la aportación efectiva del bien al acervo hereditario o a través de una imputación meramente ideal de su valor. Como pone de relieve VALLET DE GOYTISOLO[52], es probable que en esta controversia se entremezclaran en realidad dos cuestiones distintas: de un lado, la relativa al modo jurídicamente normal de colacionar en defecto de pacto o de disposición del causante, y de otro, la concerniente al modo usual o más frecuente en la práctica sucesoria. Esta distinción permite comprender mejor la evolución posterior del sistema. En efecto, conforme al artículo 1045 CC, el modo de colacionar que en el periodo histórico precedente aparecía como el más utilizado pasa a configurarse como el legalmente normal, surgiendo únicamente la duda de si dicho modelo debe considerarse no solo el normal en sentido técnico, sino incluso el único posible en el Derecho vigente.

En sentido propio, la colación, a diferencia del derecho italiano[53], no implica una restitución material del bien donado, ni una reversión patrimonial al caudal relicto, ni una reconstitución física del patrimonio del causante[54]. Lo que produce es una operación ficticia de reintegración valorativa. El bien no retorna como objeto, sino que su valor se incorpora idealmente al cálculo del caudal partible, con el fin de permitir una distribución proporcional entre los coherederos forzosos. Nos hallamos, por tanto, ante una técnica de imputación y corrección distributiva, no ante un mecanismo restitutorio.

Este carácter ficticio y valorativo constituye el rasgo definitorio esencial de la colación. El ordenamiento no pretende deshacer las liberalidades *inter vivos*, que conservan plenamente su validez y eficacia, sino neutralizar sus eventuales efectos distorsionadores en el momento sucesorio. Lo que se corrige no es el acto dispositivo, sino su impacto en la estructura del reparto. Desde esta perspectiva, la colación se configura como un instrumento de armonización entre la libertad del causante y las exigencias de justicia intrafamiliar.

Esta caracterización permite, además, diferenciarla con claridad de otras instituciones próximas. La reducción por inoficiosidad opera mediante una verdadera reconfiguración del contenido patrimonial de la sucesión, eliminando total o parcialmente disposiciones lesivas de la legítima. El cómputo legitimario, por su parte, determina el valor global sobre el que se calcula la

[52] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit.

[53] Cfr. art. 746 CCIT: «1. La collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce. 2. Se l'immobile è stato alienato o ipotecato, la collazione si fa soltanto con l'imputazione».

[54] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 244 s., recuerda que, aunque históricamente la colación *in natura* llevó a concebir la donación como un acto sujeto a una suerte de condición resolutoria, en el sistema español actual de colación por imputación la donación constituye una atribución definitiva y plenamente consolidada en el patrimonio del donatario.

legítima[55]. La colación actúa en un plano distinto. No invalida actos, no elimina atribuciones, no recompone el patrimonio, sino que reordena internamente las posiciones de los coherederos mediante una imputación valorativa.

Esta función sitúa a la colación en el ámbito de las técnicas correctoras del procedimiento sucesorio, concebidas como mecanismos orientados a preservar la coherencia interna del sistema distributivo. No se trata de un instituto autónomo ni aislado, sino de una pieza integrada en una arquitectura normativa compleja, destinada a garantizar la racionalidad del reparto hereditario.

La colación debe analizarse, además, desde una perspectiva dinámica. La sucesión no es una suma de actos inconexos, sino un proceso jurídico unitario que culmina en la formación del caudal partible y en la adjudicación definitiva de bienes y valores. En este itinerario, la colación opera como una fase interna de ajuste, orientada a depurar las asimetrías generadas por las liberalidades *inter vivos*[56].

Por ello, resulta metodológicamente incorrecto concebirla como una institución previa o externa a la partición. No es una operación preparatoria autónoma, sino un momento funcional de la partición. Su sentido solo se despliega plenamente en conexión con la formación del caudal y con la distribución final.

Esta inserción funcional explica, asimismo, por qué la colación no puede reducirse a una simple técnica contable. Aunque se exprese mediante operaciones aritméticas, su significado jurídico es sustancialmente normativo. Lo que se imputa no son meras magnitudes económicas, sino posiciones jurídicas subjetivas. Cada corrección valorativa refleja una determinada concepción de la justicia distributiva intrafamiliar y una opción normativa en favor de la igualdad material entre coherederos.

Desde esta perspectiva, la colación se sitúa en una zona de intersección entre el Derecho patrimonial y el Derecho de familia. No se limita a ordenar bienes, sino que articula relaciones. No gestiona únicamente activos, sino que proyecta una determinada idea de solidaridad y equilibrio familiar. Su naturaleza jurídica debe ser comprendida a la luz de esta doble dimensión[57].

---

[55] Sobre las principales posiciones doctrinales acerca de la naturaleza de la legítima, en particular su consideración como *pars bonorum* o *pars hereditatis,* así como sobre sus fundamentos y evolución jurisprudencial, se remite a las referencias doctrinales y jurisprudenciales citadas en. BARBA, «La protección de los herederos forzosos. La acción de reducción», cit., pp. 1523 ss.

[56] Un sector relevante de la doctrina sostiene que el fundamento de la colación reside en la necesidad de salvaguardar un tratamiento igualitario entre los legitimarios, evitando que las liberalidades realizadas en vida por el causante alteren el equilibrio interno de la sucesión. Ahora bien, aun partiendo de un presupuesto común, la función igualadora de la colación en beneficio de los legitimarios, las conclusiones alcanzadas por los autores difieren de manera significativa. Así, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., pp. 1139 ss., entiende que dicha finalidad distributiva habría conducido al Código civil a consagrar, siquiera de forma implícita, un principio favorable a la colación, en cuya virtud esta operaría como regla general, de modo que su exclusión exigiría una dispensa expresa por parte del causante. Por el contrario, BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 85, rechaza la existencia de tal principio, negando que del sistema normativo pueda inferirse una presunción general de colacionabilidad.

[57] ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», cit., pp. 391 ss., mantiene que la colación no reside tanto en una intención subjetiva del causante como en una opción normativa del legislador. La colación opera como un mecanismo objetivo de ordenación de la sucesión que incide en la formación de las cuotas hereditarias, integrando

La configuración de la colación como técnica de corrección valorativa permite, asimismo, esclarecer su relación con la autonomía de la voluntad. El presupuesto tradicional de la institución es que, cuando el causante realiza una atribución gratuita a favor de un legitimario, no pretende conferirle una ventaja definitiva, salvo manifestación expresa en contrario. La liberalidad se concibe, así, como una anticipación provisional de la herencia, y sobre esta presunción se construye su función de preservación de la proporción entre las cuotas hereditarias[58].

Desde esta óptica, la colación no limita externamente la voluntad del disponente, sino que la interpreta conforme a un criterio normativo de racionalidad distributiva. Presupone, en defecto de dispensa, una voluntad implícita de equilibrio, integrando las decisiones particulares del causante en un marco coherente[59].

No obstante, este fundamento interpretativo merece hoy una revisión crítica. En el contexto contemporáneo, caracterizado por trayectorias familiares más plurales y por estrategias patrimoniales altamente personalizadas, muchas liberalidades responden a una voluntad consciente de favorecer singularmente a un determinado beneficiario. En estos supuestos, la atribución gratuita no opera como anticipo neutral, sino como instrumento deliberado de desigualación[60].

Si esta lectura refleja con mayor fidelidad la realidad actual, cabría plantear una inversión de la presunción tradicional. En lugar de presumir una voluntad igualadora, quizás debería presumirse una voluntad diferencial, salvo declaración expresa en contrario. La colación operaría entonces

no solo el *relictum* sino también el *donatum*. Su función consiste en garantizar una cierta coherencia distributiva, inspirada en criterios de equidad, sin eliminar la libertad dispositiva del testador, dado su carácter dispositivo.

[58] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas», cit., p. 1223.

[59] La construcción doctrinal de esta institución ha sido formulada con singular precisión por VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 778, quien sitúa su fundamento en la idea de la voluntad presunta del causante. En efecto, según este autor, «en la base y fundamento de esta institución se halla la preocupación por cumplir la voluntad del causante, aunque resulte meramente presunta». La colación propiamente dicha tiene por fin «aplicar prácticamente la *presunción legal* de que *lo donado a los herederos forzosos les fue dado por el causante a cuenta de su cuota hereditaria*». Esta orientación doctrinal ha encontrado respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en diversas resoluciones, ha reconocido implícita o explícitamente la centralidad de la voluntad del causante como criterio interpretativo y fundamento de la institución. Así lo ponen de manifiesto, entre otras, STS de 6 de enero de 1993; STS de 3 de junio de 1965; STS de 19 de junio de 1978; STS de 19 de julio de 1982. Contra esa idea, v. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., pp. 1135 ss. Para GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1225 s., la colación no se fundamenta únicamente en una presunta voluntad igualitaria del causante, sino en un mecanismo dispositivo inspirado en criterios de equidad destinado a evitar desequilibrios entre los legitimarios.

[60] Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», cit., p. 1141, el fundamento de la colación en el Código Civil español no radica en una presunta voluntad del causante, sino en una opción legislativa dirigida a garantizar la igualdad entre los legitimarios. La institución responde históricamente al propósito de evitar que las donaciones realizadas en vida alteren el reparto igualitario de la herencia y favorezcan la concentración patrimonial. La exigencia de una dispensa expresa de colación confirma, además, que se trata de un mandato legal y no de una mera presunción de voluntad, conclusión que se ve reforzada por la comparación con los derechos forales, donde la colación no se presume cuando prevalecen otros objetivos sucesorios.

como mecanismo subsidiario, activable solo cuando el causante manifieste su intención de mantener la igualdad sucesoria, reforzando así su carácter dinámico y evolutivo[61].

Esta posible evolución no desnaturaliza la institución, sino que pone de relieve su flexibilidad estructural. La colación no cristaliza una concepción inmutable de la intención del causante, sino que proyecta sobre ella una lectura normativa históricamente situada, cuya legitimidad depende de su adecuación a los patrones efectivos de disposición patrimonial.

Esta concepción se corresponde con una visión no estrictamente patrimonialista del fenómeno sucesorio. La herencia no es solo una masa de bienes transmisibles, sino una estructura de posiciones jurídicas interrelacionadas. La colación opera sobre estas posiciones, ajustando sus contenidos económicos para hacerlos compatibles con las exigencias de igualdad material o, en su caso, con una voluntad diferencial jurídicamente legítima.

En este contexto, el diálogo con el modelo catalán refuerza la centralidad de la imputación económica frente a la restitución material. Aunque se trate de un sistema distinto, su orientación valorativa confirma que el núcleo del Derecho sucesorio contemporáneo se sitúa en el plano de la corrección distributiva.

5. La evaluación del bien colacionable como núcleo estructural del sistema: significado jurídico, función distributiva y problemas dogmáticos

La evaluación del bien colacionable constituye el verdadero eje estructural del instituto de la colación. En ella se concentra, de manera particularmente intensa, la tensión entre autonomía dispositiva, igualdad material, racionalidad distributiva y coherencia sistémica del Derecho sucesorio[62]. Lejos de ser una cuestión técnica accesoria, el problema valorativo expresa, en realidad, el núcleo normativo del mecanismo de la colación, en la medida en que determina de forma decisiva la configuración final de las posiciones hereditarias.

5.1. La valoración como criterio de igualdad

La valoración del bien colacionable no consiste simplemente en atribuir un precio a un bien. Su verdadera función es determinar el peso que una atribución gratuita debe tener en el equilibrio sucesorio final. La operación valorativa traduce en términos económicos una ventaja sucesoria y, por ello, toda solución en esta materia refleja una determinada idea de justicia familiar.

Desde esta perspectiva, la valoración constituye el punto de encuentro entre dos dimensiones temporales distintas. Las donaciones pertenecen al pasado, mientras que la partición se realiza en el presente. La valoración permite integrar ambos momentos en una estructura distributiva coherente. Sin ella, la colación perdería buena parte de su función correctora y se convertiría en un mecanismo incapaz de restablecer el equilibrio entre los herederos.

---

[61] En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1244 s., quien entiende que la colación debe mantenerse mientras subsista el sistema de legítimas, aunque reformada. Propone que deje de ser una obligación legal automática y dependa de la voluntad del causante, además de clarificar determinadas cuestiones relativas a la valoración de los bienes colacionables.

[62] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 113.

Su importancia se aprecia, ante todo, en su relación con el principio de igualdad material. La igualdad sucesoria no puede reducirse a una mera equivalencia formal de cuotas, sino que exige una correspondencia sustancial entre las posiciones económicas de los coherederos. Una valoración inadecuada de las liberalidades *inter vivos* genera inevitablemente desigualdad, aunque las reglas de reparto hayan sido formalmente respetadas.

La valoración cumple así una función de corrección de las asimetrías patrimoniales acumuladas durante la vida del causante. Las donaciones tempranas, las atribuciones sucesivas y las ventajas indirectas tienden a producir diferencias económicas significativas entre quienes serán llamados a la herencia. La colación permite neutralizar parcialmente estos efectos y evitar que el simple transcurso del tiempo altere el equilibrio sucesorio[63].

Esta función posee además una dimensión relacional. Las diferencias patrimoniales prolongadas suelen proyectarse sobre las relaciones familiares, generando situaciones de dependencia, desequilibrio o falta de reconocimiento. Al reordenar las posiciones económicas en el momento de la sucesión, la valoración contribuye indirectamente a restaurar una cierta simetría entre los herederos.

Su papel resulta particularmente visible frente al azar temporal. Inflación, revalorizaciones inmobiliarias, depreciación de bienes, cambios de mercado o transformaciones económicas pueden alterar profundamente el valor de los bienes donados. Si el sistema sucesorio ignorase estos fenómenos, la igualdad hereditaria quedaría reducida a una mera ficción. La valoración permite precisamente someter el factor tiempo a una racionalidad jurídica compatible con las exigencias de justicia distributiva.

5.2. Racionalidad del criterio valorativo

No obstante, su finalidad no es alcanzar una exactitud económica absoluta. El Derecho sucesorio no pretende reproducir con precisión matemática la lógica del mercado, sino construir un equilibrio normativo razonable. La valoración constituye, por tanto, una operación jurídico-económica orientada por criterios de justicia material más que por la mera exactitud técnica.

Esta dimensión normativa explica también la función pacificadora de la colación. Una parte importante de los litigios sucesorios surge en torno al valor de las atribuciones realizadas en vida. Detrás de las discrepancias económicas suelen ocultarse conflictos más profundos relacionados con la equidad, el reconocimiento o el trato dispensado por el causante. Un sistema valorativo coherente y previsible contribuye decisivamente a reducir el potencial conflictivo de la sucesión.

[63] Los frutos e intereses de los bienes colacionables solo deben incorporarse a la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión y no desde el momento de la donación. GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1242 s., entiende que han de colacionarse por su valor y únicamente cuando se trate de bienes naturalmente productivos, incluyendo en las donaciones de dinero los intereses legales devengados desde el fallecimiento del causante. Asimismo, sostiene que, incluso si el bien se ha perdido por culpa del donatario, deben computarse los frutos que razonablemente habría producido, y considera que, para su valoración, debe atenderse preferentemente al rendimiento de bienes hereditarios de la misma especie o, en su defecto, a los frutos efectivamente generados por el bien donado.

Uno de los principales riesgos consiste en analizar la valoración como una cuestión aislada del conjunto del sistema sucesorio. Esta perspectiva conduce a soluciones incoherentes y a tensiones entre la colación, el cálculo de las legítimas y las reglas particionales. La valoración debe entenderse, por el contrario, como parte de una arquitectura distributiva unitaria inspirada por los mismos principios estructurales.

Desde una óptica crítica, la dogmática tradicional ha mostrado cierta resistencia a asumir plenamente esta dimensión sistémica. La persistencia de categorías como valor histórico, valor nominal o valor originario refleja, en buena medida, una concepción estática del patrimonio difícilmente compatible con la realidad económica contemporánea. La valoración exige una comprensión dinámica del valor, atenta tanto a su dimensión temporal como a su significado relacional.

A ello se añade la permanente tensión entre objetivación y contextualización. El sistema necesita criterios relativamente estables que garanticen seguridad jurídica, pero también debe atender a las circunstancias concretas del caso y a las particularidades de cada trayectoria familiar y patrimonial. La valoración se sitúa precisamente en ese delicado punto de equilibrio entre la abstracción normativa y la sensibilidad hacia la realidad del supuesto concreto.

Por esta razón, la aplicación de las normas valorativas exige una interpretación funcional orientada por la finalidad distributiva de la colación. La tarea del intérprete no consiste únicamente en determinar cuánto vale un bien, sino en comprender qué significado debe atribuirse a ese valor dentro del contexto sucesorio específico. La cifra representa únicamente el resultado final de una operación hermenéutica mucho más compleja.

6. Evolución histórica del criterio valorativo en el Código civil: del congelamiento histórico del valor a la valoración dinámica al tiempo del fallecimiento

La comprensión plena del régimen contemporáneo de la colación exige, de manera ineludible, una reconstrucción histórica del criterio valorativo consagrado en el Código civil[64]. La regulación vigente no constituye el resultado natural de una evolución lineal ni el desenlace necesario de un progreso ininterrumpido, sino la culminación contingente de un proceso de revisión crítica de un modelo originario profundamente marcado por una concepción estática del patrimonio, del tiempo y de las relaciones familiares. Solo a la luz de esta trayectoria resulta posible captar el significado del tránsito desde el valor histórico al criterio de valoración referido al momento del fallecimiento, así como sus límites estructurales.

6.1. El modelo originario del artículo 1045 CC

El texto originario del artículo 1045 CC respondía fielmente a los presupuestos ideológicos, económicos y jurídicos propios del liberalismo patrimonial decimonónico. La fijación del valor del bien colacionable al tiempo de la donación reflejaba una concepción formalista del tráfico

[64] Por todos, ALBALADEJO GARCÍA, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», *Actualidad civil*, nº 13, 2002, pp. 490 ss.

jurídico, centrada en la estabilidad de los negocios y en la protección de la seguridad jurídica. La liberalidad era concebida como un acontecimiento cerrado, jurídicamente autosuficiente, cuyos efectos debían ser apreciados exclusivamente en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su perfección[65].

Esta lógica se insertaba en una representación esencialmente estática del patrimonio, entendido como una suma de bienes dotados de un valor relativamente estable y previsible. En un contexto caracterizado por una limitada volatilidad de los precios, por una estructura productiva predominantemente agraria y por mercados poco integrados, semejante presupuesto podía resultar funcionalmente razonable. La variabilidad temporal del valor era percibida como un fenómeno marginal, incapaz de comprometer de manera significativa la justicia distributiva del sistema sucesorio.

A ello se añadía una determinada concepción de la familia, estructurada jerárquicamente y presidida por una fuerte autoridad patriarcal. En este marco, las liberalidades *inter vivos* eran interpretadas con frecuencia como anticipaciones legítimas de la herencia, destinadas a facilitar la transmisión progresiva del patrimonio. El criterio histórico de valoración reforzaba esta lógica de continuidad, al consolidar definitivamente las ventajas adquiridas por el donatario en el momento mismo de la atribución.

El modelo originario se apoyaba en una noción formal de igualdad sucesoria. La igualdad no se concebía como equivalencia material de posiciones económicas, sino como respeto abstracto a las cuotas legales. Mientras se preservase aritméticamente la proporción entre los herederos, las desigualdades derivadas de la evolución posterior del valor eran consideradas jurídicamente irrelevantes.

Sin embargo, este planteamiento encerraba disfunciones estructurales evidentes[66]. La fijación histórica del valor introducía un factor de contingencia temporal incompatible con la función correctora de la colación. Las donaciones tempranas quedaban sistemáticamente infravaloradas en contextos inflacionarios o de intensa revalorización patrimonial, mientras que las atribuciones recientes reflejaban con mayor fidelidad la realidad económica. El azar cronológico se convertía así en un criterio decisivo del reparto sucesorio[67].

[65] De Cossío Corral, «Para la exegesis del artículo 1045 del Código civil», *Revista de Derecho privado*, 1966, p. 551, advertía una antinomia entre el artículo 1045 y el artículo 818 CC, al utilizar criterios temporales distintos para la valoración de las donaciones y de la herencia. Sostenía que esta disparidad conducía a resultados incoherentes, por lo que debía prevalecer el valor al tiempo de la apertura de la sucesión como criterio unificador del sistema.

[66] Por todos, Marín Monroy, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. XXII, n. 216, 1946, pp. 319 s., quien pone de relieve la injusticia del sistema exponiendo un caso. En 1929, un padre dona a un hijo la mitad de una finca valorada en 50.000 pesetas, y al fallecer en 1944 la otra mitad conservada vale 200.000. La aplicación de los artículos 818 y 1045 CC conduce a imputar solo 50.000 al donatario, de modo que este completa su cuota hasta 125.000, mientras el otro hijo recibe exclusivamente la mitad restante de la finca, con un valor real de 100.000, produciéndose así una desigualdad patrimonial.

[67] Para Albaladejo García, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», cit., pp. 490 s., el antiguo artículo 1045 CC respondía a una concepción nominalista de la colación, pues obligaba a traer a la herencia el valor que el bien tenía en el momento de la donación, sin tener en cuenta la posterior pérdida de poder adquisitivo del dinero. Este sistema podía generar resultados injustos en períodos de inflación, al favorecer al donatario y perjudicar a los coherederos que no habían recibido liberalidades en vida.

Además, el sistema favorecía objetivamente comportamientos oportunistas. La posibilidad de consolidar ventajas patrimoniales mediante donaciones tempranas incentivaba estrategias dirigidas a erosionar la igualdad hereditaria sin vulnerar formalmente las normas imperativas. La colación, concebida como instrumento de corrección, podía transformarse en un mecanismo de legitimación de desigualdades estructurales.

No obstante, una valoración retrospectiva más matizada permite advertir que el problema central del modelo histórico no residía tanto en la elección del momento de referencia cuanto en la ausencia de técnicas adecuadas de actualización[68]. El criterio originario tenía la virtud de anclar la colación en el significado económico real de la liberalidad, esto es, en el sacrificio patrimonial efectivamente asumido por el causante en el momento de la atribución. Permitía reconstruir con fidelidad el contexto volitivo y material en el que se había producido la donación.

El defecto estructural del criterio no consistía en partir del valor inicial, sino en congelarlo. Un modelo basado en el valor originario sometido a mecanismos objetivos de actualización habría permitido preservar simultáneamente la conexión con la voluntad dispositiva y la adecuación al contexto económico del reparto. Se habría evitado, así, tanto la obsolescencia del dato histórico como la descontextualización inherente a la valoración puramente actual.

La evolución económica y social del siglo XX hizo, sin embargo, cada vez más visible la insuficiencia del modelo vigente. La inflación, la urbanización, la expansión del crédito, la financiarización del patrimonio y la creciente volatilidad de los mercados transformaron radicalmente las condiciones de producción y conservación del valor. El patrimonio dejó de ser una realidad estable para convertirse en una estructura dinámica sometida a continuas reconfiguraciones.

Paralelamente, la transformación del modelo familiar erosionó las bases ideológicas del sistema tradicional. La democratización de las relaciones intrafamiliares, el debilitamiento de la autoridad patriarcal y el reconocimiento creciente de la igualdad entre los descendientes modificaron profundamente la función social de la herencia, que dejó de ser un instrumento de reproducción jerárquica para convertirse en un mecanismo de distribución equitativa.

En este contexto, el mantenimiento del criterio histórico sin mecanismos de actualización resultaba cada vez más difícil de justificar.

6.2. La reforma de 1981 y el modelo dinámico

La reforma de 1981 constituye el punto de inflexión decisivo de este proceso[69]. Su alcance no puede reducirse a una mera modificación técnica del artículo 1045 CC, sino que se inserta en una

[68] ALBALADEJO GARCÍA, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», cit., pp. 491 s., señala que, bajo la vigencia del antiguo artículo 1045, parte de la doctrina, especialmente Lacruz, Núñez Lagos y Vallet de Goytisolo, defendió una interpretación valorista para corregir los efectos injustos de la inflación y preservar la igualdad real entre los coherederos. Sin embargo, otros autores, como Roca Sastre y Marín Monroy, sostuvieron que la norma era inequívocamente nominalista. Aunque considera loable el propósito de la tesis valorista, Albaladejo entiende que forzaba el tenor legal, pues si el precepto hubiera admitido esa interpretación, la reforma de 1981 no habría necesitado modificar expresamente el momento de la valoración.

[69] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., pp. 794 s., señala que la nueva redacción del precepto introduce dos modificaciones de notable alcance. De una parte, se sustituye la

transformación más amplia, vinculada a la constitucionalización del Derecho civil y a la reconfiguración del estatuto jurídico de la familia.

La sustitución del criterio histórico por la valoración al tiempo del fallecimiento responde a una nueva concepción del fenómeno sucesorio, entendido como un proceso unitario que se consuma en un momento estructuralmente relevante: la muerte del causante[70]. Solo en ese instante adquieren pleno sentido las operaciones de imputación, corrección y distribución. Desde esta óptica, la unificación temporal de los criterios valorativos aparece como una exigencia de coherencia sistemática[71].

Asimismo, el nuevo modelo refleja una concepción dinámica del valor patrimonial. El legislador asume que el valor de los bienes no es una magnitud fija, sino una variable dependiente de factores económicos y sociales. La evaluación deja de ser una reconstrucción del pasado para convertirse en una medición del impacto patrimonial presente[72].

6.3. Límites del modelo vigente

Sin embargo, esta solución, aun siendo funcional, no está exenta de costes dogmáticos[73]. Al abandonar el valor originario, el sistema debilita el vínculo entre colación y voluntad dispositiva. La donación deja de ser evaluada como acto situado en un contexto vital determinado y pasa a ser tratada como un simple componente del patrimonio actual. La pregunta deja de ser cuánto dio realmente el causante para convertirse en cuánto vale hoy lo que dio.

---

referencia al valor al tiempo de la donación por la correspondiente al momento en que los bienes han de ser evaluados, lo que implica un desplazamiento del criterio temporal de valoración. De otra, se incorpora el calificativo físico al aludir al aumento o deterioro, precisando así que tales variaciones han de entenderse referidas al estado material de los bienes y no a las oscilaciones de valor independientes de dicho estado.

[70] STS 728/2006 de 22 de febrero, ECLI:ES:TS:2006:728: «la doctrina jurisprudencial, sobre la redacción actual del artículo 1045 CC, tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha declarado que se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación (STS de 28 de abril de 1988); la modificación del artículo 1045 consistió en referir el tiempo del evalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación (STS de 17 de marzo de 1989)». Así, también, STS 7228/2009 de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7228.

[71] ALBALADEJO GARCÍA, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», cit., pp. 496 s., que participó como vocal en la Comisión redactora de la reforma de 1981, afirma que el cambio legislativo respondió a la voluntad consciente de abandonar el sistema nominalista del antiguo artículo 1045 CC, considerado ya insatisfactorio e injusto. Como ejemplo, recuerda un arbitraje real en el que las cantidades anotadas durante años por un padre como valor de las donaciones resultaban irrisorias al tiempo de su fallecimiento en comparación con el valor efectivo de los bienes transmitidos. Adhiere, DEL CASTILLO MORAGO, «La colación hereditaria», cit., p. 7, POUS DE LA FLOR, «El valor de los bienes en la colación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 682, 2004, pp. 531 s.

[72] ALBALADEJO GARCÍA, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», cit., p. 491, sostiene que la reforma de 1981 respondió a la necesidad de corregir las graves injusticias derivadas del sistema anterior, ya que la inflación convertía en irrisorios los valores donados décadas antes, desvirtuando la función igualadora de la colación al tiempo de la apertura de la sucesión.

[73] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., p. 220, considera el artículo 1045 CC como técnicamente deficiente, destacando su carácter «poco meditado» y «desgraciado». Critica, en particular, la falta de previsión sobre la enajenación del bien antes de la partición, la problemática valoración de bienes depreciables, la ambigüedad en las donaciones de dinero y la dificultad de separar mejoras del donatario de plusvalías externas. En conjunto, subraya la incoherencia del sistema al no ofrecer criterios claros y operativos para garantizar una valoración equitativa y sistemática.

Además, el factor temporal no desaparece, sino que se desplaza. Antes era decisiva la fecha de la donación. Ahora lo es la del fallecimiento. En ambos casos, el tiempo sigue operando como variable parcialmente contingente, sin ser plenamente juridificado.

La persistencia de la regla conforme a la cual el aumento o deterioro físico del bien corresponde al donatario no resulta suficiente para compensar esta carencia. Dicha norma solo regula el riesgo material, no el riesgo estructural derivado de las fluctuaciones del mercado. La imputación del deterioro o mejora física no equivale a una verdadera racionalización del riesgo económico.

Desde esta perspectiva, puede sostenerse que una evolución más coherente habría consistido en perfeccionar el modelo histórico mediante técnicas de actualización objetiva y controlable[74]. Un sistema basado en el valor originario corregido habría permitido integrar pasado y presente, voluntad y resultado, causalidad y equidad material, reforzando la función reconstructiva de la colación[75].

Tal solución habría preservado, además, su dimensión interpretativa. La autoridad judicial no se limitaría a constatar un valor actual, sino que reconstruiría el impacto real de la liberalidad en el equilibrio familiar, atendiendo a su contexto de formación y a su proyección económica. La institución conservaría así su función de mediación entre historia patrimonial y justicia sucesoria.

No debe pasarse por alto, finalmente, que la evolución encuentra paralelos significativos en otros ordenamientos, en particular en el Derecho catalán, cuya concepción estrictamente valorativa de la legítima confirma la centralidad de la imputación económica en la distribución hereditaria.

7. Fundamento de la valoración al tiempo de la muerte: unidad temporal de la sucesión y coherencia sistemática

La fijación del momento del fallecimiento del causante como referencia para la valoración de los bienes colacionables responde a una opción de alcance propiamente dogmático, que solo se comprende a partir de una concepción unitaria del fenómeno sucesorio. No se trata de una mera solución técnica orientada a simplificar las operaciones particionales, sino de la afirmación de un principio estructural que impone la convergencia de todos los mecanismos distributivos en un mismo horizonte temporal.

7.1. Unidad temporal de la sucesión

[74] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., p. 228, sostiene que la solución más equitativa consistiría en valorar el bien al tiempo de la donación y actualizar posteriormente esa cantidad conforme a la inflación hasta la partición, evitando así las dificultades derivadas de la evolución física o económica del bien donado.

[75] ALBALADEJO GARCÍA, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», cit., p. 499, reconoce que algunos autores y parte de la jurisprudencia defendieron una interpretación valorista del antiguo artículo 1045, pero es muy crítico con esta posición, que califica de «fantasía morisca». A su juicio, no es legítimo apartarse de un precepto claro para imponer una solución considerada más justa. Sostiene, por el contrario, que el artículo era inequívocamente nominalista, apoyándose en el Proyecto de 1851 y en García Goyena, quienes entendían la donación como una verdadera enajenación valorada en el momento de su realización.

La apertura de la sucesión constituye, en este sentido, el instante en el que se consolidan los elementos esenciales del sistema: la identificación de los llamados, la delimitación del caudal relicto, la cuantificación de las legítimas y la activación de los instrumentos de corrección. Solo entonces se configura plenamente el marco normativo en el que puede desarrollarse una justicia distributiva dotada de coherencia interna. La muerte del causante no actúa únicamente como presupuesto fáctico de la transmisión hereditaria, sino como el punto de reorganización jurídica del patrimonio, que se transforma en una masa sujeta a reglas de imputación y reparto.

Las liberalidades *inter vivos* no agotan su relevancia en el momento de su perfección. Aunque producen efectos patrimoniales inmediatos, su significado sucesorio permanece incompleto hasta que se define el contexto global en el que han de ser integradas. Solo con la apertura de la sucesión es posible valorar su incidencia real sobre el equilibrio entre coherederos y legitimarios.

El criterio de valoración al tiempo del fallecimiento expresa, por tanto, una concepción relacional de la sucesión, en la que las distintas atribuciones patrimoniales solo adquieren sentido en su consideración conjunta. De este modo, la colación se inserta en un principio más amplio de unidad funcional del sistema sucesorio. Cómputo legitimario, imputación, reducción y colación no constituyen técnicas autónomas, sino manifestaciones convergentes de una misma operación distributiva, que exige la previa determinación de una masa homogéneamente valorada. La utilización de referencias temporales dispares introduciría una fractura interna incompatible con la coherencia del sistema.

La unificación del momento valorativo permite, además, una comparación efectiva entre las distintas atribuciones, condición indispensable para dotar de contenido material al principio de igualdad sucesoria. Sobre esta base, se refuerza también la dimensión preventiva del modelo, en la medida en que somete todas las liberalidades a una evaluación final común, reduciendo los márgenes de planificación oportunista y favoreciendo la transparencia en las relaciones patrimoniales familiares[76].

7.2. Autonomía privada y valoración de las liberalidades dinerarias

Ahora bien, esta estructura no opera de manera absolutamente rígida. La eficacia del criterio valorativo puede verse modulada por la propia voluntad del causante, en la medida en que la colación constituye una institución disponible dentro de los límites fijados por el ordenamiento[77]. La posibilidad de dispensar la colación confirma que el sistema no responde

[76] STS 7758/2003 de 4 de diciembre, ECLI:ES:TS:2003:7758, afirma que la colación se rige por un sistema *ad valorem*, de modo que los bienes donados deben valorarse no en el momento de la donación, sino en el tiempo en que se evalúan los bienes hereditarios, es decir, en la partición. Subraya así la importancia decisiva del momento de evaluación, que debe coincidir con la práctica efectiva de la partición, garantizando la actualización del valor y la igualdad real entre los coherederos. STS 728/2006 de 22 de febrero, ECLI:ES:TS:2006:728: «el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase «al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios» significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla». En el mismo sentido, STS 7228/2009 de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7228.

[77] En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 790. Así, BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 116: «El precepto contenido en el art. 1045 CC es de naturaleza dispositiva, de manera que el causante puede ordenar en su testamento, o en cualquier otro instrumento que sirva para realizar la dispensa de la colación, que esta se realice por un valor inferior del que

exclusivamente a una lógica imperativa de igualdad, sino que admite espacios relevantes de autonomía privada[78].

En este mismo sentido, cuando la liberalidad consista en una donación de dinero, el cambio normativo desplaza de manera expresa el tradicional criterio nominalista, imponiendo, en su lugar, la consideración del valor efectivo que la suma donada presenta al tiempo de la partición, en coherencia con la lógica de homogeneización valorativa que informa el sistema[79].

La centralidad del valor actual debilita, sin embargo, la conexión entre la colación y la concreta voluntad dispositiva del causante, desplazando el foco desde el significado originario de la liberalidad hacia su resultado económico presente. El tiempo no desaparece como factor de riesgo, sino que se reconfigura en torno al momento del fallecimiento, manteniendo una dependencia significativa respecto de variables económicas no juridificadas.

Precisamente por ello, la propia admisión de márgenes de autonomía privada pone de relieve que el sistema no se orienta exclusivamente a captar el valor económico existente al final del proceso sucesorio, sino también a respetar el significado patrimonial que las atribuciones tuvieron en el

resultaría de aplicar la regla contenida en este precepto. De esta manera que la diferencia entre el valor de lo donado al tiempo en que se practique la partición y la que resulte de la voluntad del causante se tendrá como una especie de dispensa parcial de la liberalidad en cuestión». Para GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1235 s., el causante puede establecer criterios de valoración distintos de los previstos en el artículo 1045 CC, pues la colación responde a una institución de carácter dispositivo. En consecuencia, la alteración de las reglas legales de valoración equivale, en la práctica, a una dispensa parcial de colación.

[78] V. STS 7228/2009 de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7228, en cuyo FD 4 se lee: «Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el Código civil o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicio de las legítimas que correspondan».

[79] STS 3981/2005 de 20 de junio, ECLI:ES:TS:2005:3981 mantiene que, ante el silencio del artículo 1045 CC respecto de las donaciones de dinero, la colación no puede realizarse conforme al valor nominal de las sumas entregadas, sino atendiendo a su valor real actualizado al momento de la partición. La sentencia fundamenta esta solución en la necesidad de evitar un perjuicio a los coherederos, preservar la igualdad efectiva entre ellos y respetar tanto la voluntad del causante como la coherencia del sistema sucesorio. Asimismo, destaca que la reforma de 1981 introduce un criterio valorativo unitario referido al momento de la evaluación de los bienes hereditarios, lo que impone la actualización monetaria de las cantidades donadas para mantener su poder adquisitivo originario. V. BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 116. Cabe destacar la opinión de LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 183 s., según los cuales, en las donaciones de dinero, la cantidad colacionable no debe computarse por su valor nominal histórico, sino por su poder adquisitivo actualizado al tiempo de la partición. La inflación no afecta al dinero donado como realidad económica, sino al valor de la moneda que lo representa. Por ello, para evitar la injusticia derivada de la pérdida de poder adquisitivo, la suma entregada debe revalorizarse conforme a la depreciación monetaria. A diferencia de lo que sucede con los bienes que han perdido valor por deterioro físico o por circunstancias del mercado, supuesto en el que la disminución de valor recae sobre la propia cosa y debe soportarla el donatario, en las donaciones de dinero la depreciación monetaria no constituye un deterioro del bien donado, sino de la unidad de medida utilizada para valorarlo. En consecuencia, la colación debe realizarse atendiendo al valor actualizado de la suma donada y no a su importe nominal originario. Para GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1239 s., las donaciones de dinero deben colacionarse conforme a un criterio valorista y no nominalista, de modo que se tome en consideración el poder adquisitivo que la suma tenía al tiempo de la donación. En consecuencia, el donatario debe imputar el importe necesario para alcanzar en el momento de la partición el valor económico originariamente donado, criterio que considera más acorde con la justicia material y con el sistema de valoración del artículo 1045 CC, y que ha sido acogido por la jurisprudencia más reciente.

momento en que fueron realizadas. Desde esta perspectiva, la posibilidad de que la voluntad del causante module los efectos de la colación constituye un argumento adicional a favor de una valoración basada en el valor originario debidamente actualizado. Un modelo de esta naturaleza permitiría conservar la referencia a la entidad económica real de la liberalidad en el momento de su atribución, evitando que el resultado final dependa excesivamente de fluctuaciones posteriores ajenas tanto a la voluntad del donante como a la finalidad inicial del acto de liberalidad.

Por ello, aun reconociendo la razonabilidad de la solución vigente, no puede descartarse que un modelo basado en la actualización objetiva del valor originario hubiera permitido una integración más equilibrada entre memoria patrimonial y resultado distributivo. La opción actual expresa, en definitiva, una concepción dinámica y unitaria de la sucesión, pero no resuelve de manera definitiva la tensión entre la reconstrucción del pasado y las exigencias de la equidad material en el presente.

8. Distribución del riesgo patrimonial: aumento, deterioro y pérdida del bien colacionable

La problemática de la distribución del riesgo en materia de colación constituye uno de los aspectos más delicados del sistema sucesorio, pues obliga a armonizar la evolución económica de los bienes con las exigencias de igualdad que inspiran la partición hereditaria. En este contexto, el segundo inciso del artículo 1045 CC contiene una opción normativa de gran relevancia sistemática al disponer que el aumento o deterioro físico posterior a la donación, e incluso la pérdida total del bien, quedan a cargo y riesgo, o beneficio, del donatario[80].

8.1. Beneficio y riesgo como elementos inseparables

La regla responde a una idea sencilla pero profunda: quien recibe anticipadamente un bien a título gratuito no solo adquiere la ventaja de su inmediata disponibilidad, sino que asume también las consecuencias derivadas de su evolución posterior. La donación no anticipa únicamente un beneficio patrimonial; anticipa también la exposición al riesgo. Por ello, el donatario pasa a ocupar una posición económica que comprende inseparablemente ambas dimensiones[81].

[80] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 217 s., precisa que el bien debe valorarse según su estado físico en el momento de la donación, aunque su precio se determine al tiempo de la partición. Las alteraciones materiales derivadas del uso o de mejoras introducidas por el donatario le son imputables exclusivamente a él, mientras que las variaciones de valor de naturaleza económica o jurídica, ajenas a su actuación, se integran en la masa hereditaria y repercuten en todos los coherederos.

[81] Para GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1237 s., en la colación deben computarse las variaciones de valor derivadas de cambios externos o de las circunstancias económicas existentes al tiempo de la partición, mientras que las mejoras, deterioros o incrementos de valor imputables a la actividad, inversiones o esfuerzo del donatario le benefician o perjudican exclusivamente a él. En consecuencia, las plusvalías generadas por actuaciones del donatario quedan fuera de la masa hereditaria, mientras que las revalorizaciones debidas a factores objetivos del mercado o del entorno sí aprovechan a la comunidad hereditaria. Asimismo, la pérdida o destrucción del bien donado, incluso por caso fortuito, corre a cargo del donatario, quien debe colacionar su valor como si el bien subsistiera en el estado en que fue donado.

Desde esta perspectiva, el régimen legal refleja un principio general según el cual beneficio y riesgo deben permanecer unidos. Si quien recibe el bien pudiera apropiarse de las ventajas derivadas de su incremento de valor, pero trasladar a los demás coherederos las consecuencias de su deterioro o pérdida, se produciría una alteración injustificada del equilibrio sucesorio. La colación dejaría entonces de cumplir su función correctora para convertirse en un mecanismo de distribución asimétrica de beneficios y costes.

Así se comprende que el aumento de valor experimentado por el bien después de la donación corresponda al donatario. Dicho incremento puede derivar de la evolución general del mercado, de circunstancias económicas favorables o de la propia gestión del beneficiario. En todos estos casos, el enriquecimiento se vincula a la titularidad asumida tras la donación y, por tanto, pertenece a quien ha soportado el riesgo asociado al bien. Atribuir ese incremento a la masa hereditaria equivaldría a socializar un beneficio que no ha sido generado por la comunidad hereditaria, sino por la evolución posterior de un bien ya salido del patrimonio del causante[82].

La misma lógica explica que el deterioro físico posterior e incluso la pérdida total del bien recaigan igualmente sobre el donatario. La norma no distingue entre pérdida fortuita y pérdida culpable cuando afirma que ambas quedan a su cargo. En consecuencia, tampoco resulta admisible que los demás coherederos soporten las consecuencias de la desaparición o depreciación de un bien cuya titularidad y aprovechamiento correspondieron exclusivamente al beneficiario de la liberalidad.

De igual modo, debe sostenerse que la eventual adquisición por prescripción de los bienes donados no excluye la colación, pues admitir lo contrario supondría permitir que una conducta meramente omisiva del donatario en la tutela de su derecho termine proyectando efectos sobre la igualdad entre coherederos. En este sentido, la prescripción no altera la lógica interna de la colación, sino que, en su caso, se asemeja funcionalmente a una hipótesis de pérdida del bien, cuyos efectos ya han sido reconducidos por la propia disciplina sucesoria a la esfera exclusiva del donatario[83].

Ahora bien, aunque el resultado jurídico sea el mismo, conviene distinguir entre la pérdida o deterioro fortuitos y aquellos imputables a la conducta del donatario. Cuando la disminución de valor deriva de circunstancias ajenas a su voluntad, como el desgaste natural, una catástrofe, la obsolescencia tecnológica, la imputación responde exclusivamente a la lógica objetiva del riesgo. El ordenamiento considera que tales acontecimientos forman parte de las vicisitudes normales a las que queda expuesto todo propietario.

---

[82] POUS DE LA FLOR, «El valor de los bienes en la colación», cit., pp. 533 s., mantiene que el artículo 1045 CC exige valorar el bien en el estado en que fue donado, pero con los precios vigentes al tiempo de la partición, de modo que solo se actualiza su valor de mercado sin alterar su naturaleza. Los cambios posteriores debidos a transformaciones o deterioros son de riesgo o beneficio exclusivo del donatario, al operar el sistema mediante colación por imputación y no in natura.

[83] GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1243 s., aborda la distinta cuestión de si el transcurso del tiempo desde la donación, hasta el punto de que el donatario hubiera adquirido el bien por prescripción, excluye la obligación de colacionar. El autor responde negativamente a esta tesis y sostiene que la colación sigue siendo exigible, puesto que la prescripción puede afectar a la titularidad del bien, pero no elimina la necesidad de computar su valor en la partición hereditaria para salvaguardar la igualdad entre los legitimarios.

Por el contrario, cuando el deterioro o la pérdida son consecuencia de una conducta negligente o dolosa del donatario, la solución legal sigue siendo que el menoscabo queda a su cargo. Ello significa que, a efectos de colación, debe operarse como si el deterioro no se hubiera producido o como si el bien no hubiera desaparecido. Aunque la norma sigue actuando mediante la lógica de la imputación del riesgo, en estos supuestos parece añadirse una evidente función correctora, destinada a impedir que una conducta antijurídica altere el equilibrio distributivo de la sucesión.

La regulación catalana refuerza esta misma idea al atribuir expresamente al donatario las consecuencias del deterioro, pérdida o transformación del bien. Más que introducir una solución diferente, pone de manifiesto con mayor claridad que la colación no pretende redistribuir los riesgos posteriores a la donación, sino imputarlos a quien ocupa la posición económica correspondiente.

8.2. Variaciones de valor, mejoras y riesgo patrimonial

Sin embargo, la regla del artículo 1045 CC no alcanza cualquier variación de valor. Su ámbito de aplicación se limita a los aumentos y deterioros de carácter físico. Precisamente por ello resulta fundamental distinguir entre las modificaciones materiales del bien y aquellas otras que obedecen a factores jurídicos o funcionales[84].

Piénsese, por ejemplo, en un terreno que adquiere un valor extraordinario porque una modificación urbanística lo convierte en suelo edificable; en un inmueble cuyo precio aumenta por la aprobación de un nuevo plan de infraestructuras públicas; en la obtención de una licencia administrativa que permite una explotación económica mucho más intensa; en la cancelación de una carga que gravaba el bien; o, en sentido inverso, en la imposición de limitaciones administrativas que reducen significativamente su aprovechamiento económico. En todos estos casos no existe una transformación física relevante del bien, sino una alteración de su posición jurídica o económica en el mercado.

Estas variaciones no encajan fácilmente en la lógica del riesgo físico contemplada por el artículo 1045 CC. Mientras que el aumento, el deterioro material o incluso la pérdida total del bien quedan expresamente atribuidos al beneficio o riesgo del donatario, las alteraciones derivadas de circunstancias jurídicas o funcionales se sitúan fuera del ámbito de aplicación de la norma. Precisamente por ello, razonando *a contrario*, debe entenderse que las ventajas o desventajas producidas por tales modificaciones no corresponden exclusivamente al donatario, sino que repercuten sobre el conjunto de los herederos sujetos a colación.

En efecto, al no quedar excluidas por la regla especial del artículo 1045 CC, dichas variaciones deben reflejarse en la valoración del bien al tiempo de efectuar la colación, de modo que el incremento o la disminución de valor resultante se proyecta sobre la masa de cálculo y, en consecuencia, sobre la posición de todos los interesados en la sucesión. La clave interpretativa reside, por tanto, en distinguir entre las vicisitudes físicas del bien, que permanecen en la esfera

[84] BADENAS CARPIO, *La dispensa de la colación,* cit., p. 114: «Para valorar las cosas en el momento de su colación se tiene que atender al estado físico o material que tenían en el momento en que fueron donadas; pero, atribuyéndoles el valor contable que les correspondería, en el momento de la colación, si tal estado físico no hubiera variado. De esta manera, los cambios de estado físico no redundan ni en favor ni en contra del donatario -y, por ende, de los restantes coherederos-; mientras que las variaciones de valor por motivos extrínsecos (inflación, revalorización de terrenos, cambio en el valor de la moneda, etc.) sí que son tenidos en consideración»

exclusiva del riesgo y beneficio del donatario, y las alteraciones jurídicas o funcionales de su valor, cuya incidencia se incorpora a la valoración colacionable y termina repercutiendo en el equilibrio distributivo de la herencia[85].

Una cuestión particularmente delicada es la relativa a los gastos realizados por el donatario sobre el bien donado. En realidad, el artículo 1045 CC está construido pensando en las alteraciones físicas del bien, esto es, en sus mejoras, deterioros o incluso en su pérdida. Por ello, los gastos destinados a conservar el bien o a mejorar materialmente su estado quedan normalmente integrados en el propio régimen de riesgo y beneficio asumido por el donatario. Si quien recibió el bien invierte en su mantenimiento, reparación o mejora física, las consecuencias patrimoniales de tales actuaciones forman parte de la esfera económica que la ley le atribuye.

Más problemática resulta la situación de aquellos gastos que no inciden sobre la realidad física del bien, sino sobre su valor jurídico. Así sucede, por ejemplo, cuando el donatario financia la regularización urbanística de un inmueble, obtiene una licencia que incrementa su edificabilidad, cancela cargas que limitaban su circulación en el mercado o promueve actuaciones que aumentan significativamente su aprovechamiento económico. En todos estos supuestos, el incremento de valor no deriva de una transformación material del bien, sino de una actuación jurídica realizada a expensas del propio donatario.

Precisamente por ello, cabe sostener que tales incrementos no quedan comprendidos en la regla del artículo 1045 CC relativa a las variaciones físicas. Ahora bien, si se entiende que estas mejoras jurídicas deben reflejarse en la valoración colacionable, la ventaja generada repercutiría sobre la totalidad de los coherederos, puesto que el mayor valor del bien sería tomado en consideración para determinar la cuantía de la colación. En otras palabras, el esfuerzo económico realizado por el donatario terminaría beneficiando también a quienes no contribuyeron a sufragarlo.

Esta consecuencia plantea una evidente exigencia de corrección. Resultaría difícilmente conciliable con los principios generales de equidad que el donatario soportara íntegramente el coste de una actuación cuyo resultado económico aprovecha a toda la comunidad hereditaria. Por ello, si el incremento de valor derivado de estos gastos ha de computarse en beneficio de la masa, parece igualmente razonable reconocer al donatario el correspondiente derecho de reembolso o, al menos, descontar de la valoración colacionable el coste efectivamente asumido para obtener esa ventaja. De otro modo, se produciría una doble atribución patrimonial en favor de los restantes coherederos: participarían en el incremento de valor generado por la actuación del donatario sin asumir ninguna parte del sacrificio económico que lo hizo posible.

La cuestión confirma, una vez más, las dificultades que genera el modelo actual de valoración y refuerza la conveniencia de una solución distinta. En efecto, si la colación se realizara tomando como referencia el valor del bien al tiempo de la donación, debidamente actualizado hasta la

[85] STS 9176/1992 de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:1992:9176, STS 18518/1992 de 17 de diciembre ECLI:ES:TS:1992:18518 y STS 9167/1992 de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:1992:9167, interpretan el artículo 1045 CC en el sentido de que la regla del riesgo y beneficio del donatario se limita exclusivamente a las alteraciones físicas posteriores a la donación, quedando excluidos los incrementos o decrementos puramente económicos del bien. En consecuencia, las plusvalías derivadas de factores urbanísticos, administrativos o de mercado se imputan a la masa hereditaria, consolidando un sistema de colación por imputación que busca la equivalencia entre coherederos mediante la valoración contable del bien al tiempo de la partición. En el mismo sentido: STS 7228/2009 de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:7228.

apertura de la sucesión mediante criterios objetivos de corrección monetaria, desaparecerían gran parte de los problemas derivados de las mejoras, deterioros o incrementos de valor producidos con posterioridad. Este criterio permitiría aislar la atribución originariamente realizada por el causante de las vicisitudes económicas posteriores imputables al donatario, evitando complejas distinciones entre alteraciones físicas y jurídicas del bien y ofreciendo una solución más sencilla, previsible y coherente con la finalidad igualadora de la colación.

La escasa densidad normativa del Código civil estatal en esta materia contrasta con la mayor elaboración técnica que presenta el Derecho catalán. El artículo 464-20 CCCat establece que las atribuciones colacionables se computan por el valor que los bienes tienen en el momento de la muerte del causante, remitiendo a su vez a las reglas contenidas en el artículo 451-5 CCCat. Estas disposiciones precisan que el valor de los bienes donados debe determinarse en el momento del fallecimiento del causante, con deducción de los gastos útiles realizados por el donatario y de los gastos extraordinarios de conservación que haya sufragado, así como con la adición de los deterioros imputables a su culpa.

Este modelo introduce criterios correctores que permiten reflejar con mayor precisión la evolución económica del bien donado. En particular, la deducción de los gastos útiles evita que el incremento de valor generado por la inversión personal del donatario se socialice automáticamente entre los coherederos. Del mismo modo, la imputación de los deterioros culpables refuerza la coherencia del sistema al impedir que conductas negligentes alteren el equilibrio distributivo.

Aunque estas reglas pertenecen a un sistema jurídico distinto, su lógica resulta ilustrativa para la interpretación del derecho estatal. La regulación catalana muestra que el principio de valoración en el momento de la apertura de la sucesión puede ser complementado mediante criterios que tengan en cuenta las intervenciones posteriores del donatario sobre el bien. De este modo se consigue articular un modelo más equilibrado entre la función igualadora de la colación y el reconocimiento del esfuerzo patrimonial individual.

9. La enajenación, transformación y pérdida culpable del bien colacionable: problemas técnicos y soluciones sistemáticas

La enajenación y transformación del bien colacionable constituyen uno de los ámbitos en los que con mayor intensidad se manifiesta la complejidad técnica del instituto de la colación. En estos supuestos, el objeto originario de la liberalidad desaparece del patrimonio del donatario o se integra en una realidad patrimonial distinta, lo que obliga al sistema sucesorio a operar necesariamente sobre equivalencias económicas. La cuestión no consiste simplemente en determinar un valor abstracto, sino en reconstruir, a través de un proceso jurídico de imputación, la incidencia que esa liberalidad debe tener en el equilibrio final entre coherederos.

El Código Civil estatal, a diferencia del Código civil de Cataluña, que regula expresamente esta cuestión, no contiene una regulación específica para los supuestos en que el bien donado ha sido enajenado, transformado antes de la apertura de la sucesión. No obstante, el artículo 1045 CC ofrece elementos suficientes para afrontar estas situaciones desde la lógica propia de la colación. La primera consecuencia que se desprende del sistema es que la colación se configura como una operación esencialmente valorativa y no real. Lo que se toma en consideración no es la

restitución de la cosa donada, sino la incidencia económica que la liberalidad ha producido en la posición patrimonial del donatario. Gracias a esta configuración, la colación puede seguir operando incluso cuando el bien originariamente atribuido ya no existe o ha sido sustituido por otros activos.

Esta idea adquiere especial relevancia en los supuestos de enajenación. Cuando el donatario transmite el bien a un tercero durante la vida del causante, desaparece la relación material entre la liberalidad y el bien concreto recibido. Sin embargo, ello no significa que desaparezca la ventaja patrimonial derivada de la donación. La atribución gratuita ha producido un enriquecimiento que continúa proyectándose sobre el patrimonio del donatario, aunque lo haga bajo una forma distinta. El bien podrá haber sido sustituido por dinero, por otros bienes o por inversiones diversas, pero la ventaja económica originaria no se ha extinguido[86].

La solución encuentra fundamento en la autonomía conceptual del valor respecto de la cosa. El valor colacionable no constituye un simple atributo del bien donado, sino una magnitud jurídica autónoma que puede subsistir aun cuando la realidad material que la generó haya desaparecido. La colación opera así sobre la ventaja patrimonial producida por la liberalidad y no sobre la permanencia física del objeto donado.

Desde esta perspectiva, la enajenación del bien no puede convertirse en un mecanismo apto para neutralizar la colación. Admitir lo contrario supondría permitir que una decisión unilateral del donatario alterase el equilibrio distributivo perseguido por el sistema sucesorio[87].

Incluso podría sostenerse, con las debidas cautelas, que la enajenación voluntaria presenta ciertas analogías con la hipótesis de pérdida total imputable al donatario contemplada en el artículo 1045 CC. Naturalmente, no se trata de una pérdida en sentido estricto, pues el valor económico del bien permanece normalmente incorporado a su patrimonio bajo otra forma. Sin embargo, desde la perspectiva de la cosa donada, existe una desaparición deliberada de su individualidad patrimonial que ha sido provocada por la actuación del propio donatario. Precisamente por ello, resulta coherente que las consecuencias de tal situación recaigan sobre su esfera jurídica y que la valoración colacionable continúe operando como si la ventaja patrimonial derivada de la donación siguiera presente, porque, en realidad, sigue estándolo, aunque ya no se identifique con el mismo bien.

9.1. Transformación y equivalencia económica

[86] Según LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 183 ss. en el supuesto de enajenación del bien donado, y pese al tenor literal del artículo 1045 CC, la valoración debe realizarse atendiendo a la finalidad de la norma. En consecuencia, el bien habrá de valorarse en el momento de su venta o de su ulterior donación, actualizándose posteriormente dicha valoración mediante la aplicación del índice de variación monetaria hasta la fecha en que se practique la partición hereditaria. De este modo, se procura mantener la equivalencia económica del valor colacionable y evitar las distorsiones derivadas del transcurso del tiempo.

[87] Cuando el donatario ha enajenado el bien recibido antes de la apertura de la sucesión, la donación sigue siendo colacionable. Frente a la aplicación literal del artículo 1045 CC, que conduciría a valorar el bien según su valor actual, GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1241 s., considera más adecuada la solución de tomar como referencia el valor real que tenía el bien en el momento en que salió del patrimonio del donatario y actualizar posteriormente dicha cuantía hasta el momento de la partición. Este criterio evita que las variaciones posteriores del bien, ya ajenas al donatario, repercutan indebidamente en la operación colacionable.

La transformación del bien plantea una problemática distinta, aunque conceptualmente relacionada. A diferencia de la enajenación, en la transformación el bien originario no desaparece necesariamente del patrimonio del donatario, sino que se integra en una realidad económica distinta mediante procesos de modificación, incorporación o reinversión. El problema consiste entonces en determinar en qué medida el valor final puede considerarse una proyección del bien donado o el resultado de factores adicionales imputables a la actividad del donatario.

El artículo 1045 CC no regula expresamente esta situación, pero su lógica permite ofrecer una solución coherente. Si la colación opera sobre el valor del bien al tiempo de la valoración del caudal hereditario, resulta razonable entender que el sistema debe identificar la parte de ese valor que corresponde al bien originariamente donado. Cuando la transformación conserve sustancialmente la identidad económica del bien, el valor resultante podrá ser tomado como referencia para la imputación sucesoria. En cambio, cuando la nueva realidad patrimonial derive en gran medida de inversiones, trabajo o decisiones empresariales posteriores del donatario, será necesario distinguir entre el valor imputable a la donación y el valor generado por esos factores adicionales.

La escasa regulación del Código Civil estatal en esta materia contrasta con la mayor precisión técnica del Derecho catalán. En efecto, el art. 451-5 lett. d Código civil de Cataluña prevé expresamente que, si el donatario ha enajenado el bien donado, debe tomarse en consideración el valor que este tenía en el momento de la enajenación.

Esta solución resuelve de manera clara los problemas derivados de la desaparición del bien y confirma que la colación debe proyectarse sobre la ventaja patrimonial obtenida y no sobre la subsistencia material de la cosa. Desde una perspectiva sistemática y comparada, existen sólidas razones para entender que esta misma solución, aunque no formulada expresamente, debe considerarse igualmente aplicable en el Derecho estatal.

La comparación entre ambos sistemas pone de relieve, además, la tensión estructural que caracteriza al instituto de la colación. Por una parte, el Derecho sucesorio pretende preservar una cierta igualdad entre los herederos mediante la integración de las liberalidades *inter vivos* en el reparto final. Por otra, debe reconocer que esas liberalidades se insertan en trayectorias patrimoniales dinámicas, sometidas a decisiones económicas, transformaciones y riesgos.

La enajenación y la transformación del bien colacionable representan precisamente el punto de encuentro entre estas dos dimensiones. El sistema no puede ignorar la mutabilidad de los bienes ni la autonomía patrimonial del donatario, pero tampoco puede permitir que esa mutabilidad se convierta en un instrumento para distorsionar el equilibrio sucesorio.

10. La complejidad del régimen de riesgos y la posible alternativa del valor actualizado de la donación

A la luz de las complejidades que revela el régimen vigente, y de la intensa labor interpretativa que exige su aplicación práctica, resulta difícil no advertir que el propio sistema parece reclamar una solución más simple desde el punto de vista estructural. La reconstrucción dogmática necesaria para mantener la coherencia funcional de la colación conduce con frecuencia a

elaboraciones interpretativas que, aun siendo sistemáticamente defendibles, presentan inevitablemente un cierto carácter casuístico. Ello no constituye un defecto del intérprete, sino la consecuencia de una opción normativa que ha preferido articular el instituto mediante reglas fragmentarias relativas a la evolución del bien donado.

10.1. La actualización objetiva como alternativa

Desde esta perspectiva, cabe sostener que el criterio más adecuado para determinar el valor colacionable habría sido, con mayor coherencia, el del valor del bien en el momento de la donación actualizado hasta el momento de la apertura de la sucesión. Este modelo habría permitido captar con mayor precisión la verdadera entidad económica de la liberalidad, que no reside únicamente en el valor histórico del bien transmitido, sino en la ventaja patrimonial efectiva que dicha atribución anticipada representa en el tiempo.

Un sistema construido sobre esta base habría ofrecido una solución estructuralmente más simple y conceptualmente más transparente. En efecto, la actualización económica del valor inicial mediante un proceso de capitalización habría incorporado de manera implícita la dimensión temporal de la ventaja patrimonial recibida, evitando así la necesidad de articular reglas específicas sobre el aumento, deterioro o pérdida del bien donado. La evolución posterior del bien habría quedado absorbida en el propio mecanismo de actualización, reduciendo de forma significativa los problemas interpretativos que actualmente plantea la distribución del riesgo.

Al mismo tiempo, este criterio habría resultado más respetuoso con la lógica profunda del sistema sucesorio. La colación tiene por finalidad restablecer la igualdad entre coherederos teniendo en cuenta las liberalidades realizadas en vida por el causante. Desde esta óptica, lo que debe ser objeto de imputación no es tanto la trayectoria económica contingente del bien donado, cuanto el valor efectivo de la ventaja patrimonial concedida al donatario en el momento en que se produjo la atribución.

La actualización del valor originario mediante técnicas económicas de capitalización permitiría precisamente reflejar esa ventaja en términos reales al tiempo de la apertura de la sucesión. De este modo, la colación se orientaría a restablecer el equilibrio distributivo tomando como referencia el verdadero alcance económico de la liberalidad, evitando al mismo tiempo que factores ajenos a la voluntad del causante o a la lógica de la atribución gratuita condicionen de manera excesiva el resultado final del reparto.

Cabe advertir, además, que un modelo de esta naturaleza habría permitido mantener intacta la función redistributiva de la colación sin necesidad de recurrir a complejas elaboraciones sobre la imputación del riesgo patrimonial. La actualización del valor inicial habría operado como un mecanismo neutral desde el punto de vista económico, capaz de preservar la equivalencia entre coherederos sin trasladar al sistema sucesorio las incertidumbres propias de la evolución del bien en el mercado.

En definitiva, la adopción de un criterio basado en el valor de la donación actualizado al momento de la apertura de la sucesión habría permitido integrar en una única regla la dimensión temporal, económica y distributiva del instituto. La solución finalmente acogida por el Código civil, aunque plenamente defendible desde la lógica de la imputación del riesgo al donatario, exige en cambio

una elaboración interpretativa más compleja para alcanzar resultados materialmente equilibrados.

Esta constatación no implica negar la coherencia interna del régimen vigente, pero sí invita a reconocer que una técnica normativa fundada en la actualización del valor originario habría ofrecido una respuesta más sencilla, más transparente y probablemente más acorde con la finalidad última de la colación, que no es otra que reconstruir con la mayor fidelidad posible el equilibrio patrimonial entre los herederos forzosos a partir del valor real de las liberalidades efectuadas en vida del causante.

11. La colación de cuotas y participaciones sociales: empresa familiar, mérito empresarial y justicia distributiva

La colación de cuotas y participaciones sociales constituye uno de los ámbitos en los que con mayor intensidad se revelan los límites del esquema tradicional de valoración. No se trata de bienes estáticos, sino de posiciones jurídicas complejas, integradas por derechos económicos y de control, cuyo contenido depende de la evolución constante de la empresa. Esta naturaleza dinámica impide su tratamiento conforme a esquemas puramente aritméticos y exige una reconstrucción funcional del valor colacionable[88].

En el ámbito de la empresa familiar, la transmisión *inter vivos* de participaciones responde, con frecuencia, a finalidades que exceden la mera liberalidad. Se inserta en procesos de sucesión ordenada, continuidad del proyecto empresarial y progresiva asunción del control por parte del heredero designado como sucesor en la gestión. La donación aparece, así como un instrumento de organización de la continuidad empresarial y no como un acto aislado de atribución patrimonial, lo que condiciona necesariamente la lógica de la colación.

La dificultad central reside en la determinación del objeto de la imputación. La participación social no se identifica ni con su valor originario ni con una simple fotografía contable posterior, sino con una realidad económica en la que confluyen factores de mercado, decisiones estratégicas, capital relacional y, en ocasiones decisivas, la actuación personal del donatario. De ahí que la aplicación rígida del criterio de valoración al tiempo del fallecimiento genere tensiones evidentes, en la medida en que puede proyectar sobre la masa hereditaria incrementos que no derivan exclusivamente de la liberalidad, sino del desarrollo autónomo de la empresa.

Ahora bien, la solución opuesta, consistente en congelar el valor en el momento de la donación, tampoco resulta satisfactoria. Este enfoque desconoce la dimensión económica real de la ventaja

[88] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria,* cit., pp. 229 ss., no se ocupa del problema del eventual incremento patrimonial derivado de la actividad del donatario, sino que centra su análisis en la correcta determinación del valor de las acciones y participaciones sociales a efectos de colación. Su propuesta se articula sobre la exigencia de atender siempre al valor real y no al nominal, distinguiendo entre sociedades cotizadas, donde propone el valor de mercado en la partición con posible referencia a la media trimestral, y no cotizadas, que deben valorarse mediante criterios periciales vinculados al valor de realización.

En los supuestos de sociedades extinguidas, entiende que debe colacionarse la cuota de liquidación, con su correspondiente actualización si se trata de valores monetarios. Finalmente, en materia de ampliaciones de capital y derechos de suscripción, formula una solución técnica compleja destinada a aislar únicamente la plusvalía imputable al derecho, y no el conjunto de las nuevas acciones, mientras que en las ampliaciones liberadas considera procedente la colación íntegra de las acciones recibidas.

transmitida y consolida diferencias patrimoniales que pueden ser particularmente intensas en contextos de fuerte crecimiento empresarial, sin que exista un fundamento material suficiente que las justifique plenamente. La colación quedaría así desvinculada de su función de reequilibrio entre coherederos.

Se ha propuesto, en este contexto, la exclusión del incremento causalmente imputable al trabajo del donatario. Esta solución introduce una distinción conceptualmente relevante entre capital recibido y valor añadido personal, pero su aplicación práctica resulta altamente compleja, al exigir una reconstrucción detallada y frecuentemente incierta de la evolución empresarial, con el consiguiente riesgo de inseguridad y litigiosidad.

Sin embargo, la propia experiencia de las participaciones sociales muestra que el problema no es meramente técnico, sino estructural. En este tipo de activos resulta especialmente visible la dificultad de separar con precisión lo que corresponde al patrimonio transmitido del causante y lo que deriva del esfuerzo del donatario, lo que termina por debilitar cualquier intento de descomposición analítica del incremento de valor[89].

La experiencia de las participaciones sociales muestra, precisamente, la necesidad de superar estas construcciones fragmentarias. En este ámbito se advierte con especial nitidez que la colación no puede descansar sobre la descomposición analítica del incremento de valor, sino sobre una reconstrucción unitaria del fenómeno económico. Por ello, el criterio de actualización del valor de la donación al tiempo de la apertura de la sucesión se presenta como una solución sistemáticamente más coherente. Permite integrar en una sola operación la dimensión temporal de la liberalidad y su proyección económica, evitando la necesidad de distinguir artificialmente entre componentes del crecimiento.

esta perspectiva, la ausencia de una regla específica para las participaciones sociales obliga hoy a operar mediante principios generales que exigen una intensa labor interpretativa, especialmente en lo relativo a la imputación del riesgo y del esfuerzo del donatario. El modelo de valor actualizado reduciría de forma significativa esta complejidad, al ofrecer un parámetro único, verificable y homogéneo de imputación.

En definitiva, la colación de participaciones sociales pone de relieve la tensión entre dos exigencias difícilmente conciliables: la preservación de la igualdad entre coherederos y el reconocimiento del mérito empresarial del donatario. El criterio del valor actualizado no elimina esta tensión, pero la ordena de manera más coherente, al reconstruir la ventaja patrimonial en términos globales y temporalmente integrados, sin someter el sistema sucesorio a la fragmentación analítica propia de la evolución empresarial.

[89] En el supuesto de donación de usufructo vitalicio, la STS 1134/2026 de 5 de marzo, ECLI:ES:TS:2026:1134 afirma que su valoración debe realizarse al tiempo de la partición, atendiendo al valor real del derecho en función de la edad de los usufructuarios y del tiempo previsible de disfrute, y que la colación únicamente alcanza a la parte efectivamente donada por cada causante, imputándose cada mitad a la herencia correspondiente.

12. Liberalidades indirectas mediante financiación de adquisiciones inmobiliarias

Entre las diversas manifestaciones de las liberalidades indirectas, pocas presentan una relevancia práctica y una complejidad dogmática comparables a los supuestos en los que una persona financia total o parcialmente la adquisición de un inmueble que termina integrándose en el patrimonio de otra. Se trata de una figura extremadamente frecuente en las relaciones familiares, especialmente entre padres e hijos, y que plantea problemas particularmente delicados en sede de colación, pues obliga a determinar cuál es el verdadero objeto de la atribución liberal y, en consecuencia, cuál es el bien que debe ser tomado en consideración a efectos de la igualdad entre coherederos.

Para simplificar la exposición, puede denominarse beneficiario a quien adquiere o recibe finalmente el inmueble, disponente a quien proporciona los recursos económicos o asume la carga patrimonial que permite la adquisición, y vendedor al tercero que transmite el bien.

La primera hipótesis, aparentemente la más sencilla, es aquella en la que el disponente entrega una suma de dinero al beneficiario y este, una vez incorporada dicha cantidad a su patrimonio, decide emplearla para adquirir una vivienda. Desde una perspectiva jurídica, en este caso la liberalidad recae directamente sobre el dinero y no sobre el inmueble. La adquisición posterior del bien constituye una decisión autónoma del beneficiario, que utiliza libremente los recursos recibidos. El vínculo entre la donación y la compra existe desde un punto de vista económico o fáctico, pero no necesariamente desde una perspectiva jurídica. Por ello, el objeto de la atribución liberal continúa siendo el dinero.

Distinta es la situación en la que el beneficiario celebra el contrato de compraventa, pero el precio es satisfecho directamente por el disponente. Aquí la liberalidad no se realiza mediante una entrega previa de dinero al adquirente, sino mediante la satisfacción de una obligación que correspondía a este último. La operación puede adoptar diversas formas técnicas. Puede consistir en un pago efectuado por un tercero, en la asunción de la obligación de satisfacer el precio o incluso en mecanismos más sofisticados de delegación de pago. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, también en estos casos podría sostenerse que el objeto inmediato de la liberalidad es el desembolso económico o la liberación de una deuda y no el inmueble en sí mismo considerado.

La misma problemática se presenta cuando el beneficiario adquiere el inmueble mediante financiación ajena y, posteriormente, el disponente asume el pago de las cuotas del préstamo hipotecario o incluso se hace cargo de la deuda mediante mecanismos de asunción. También aquí la estructura formal de la operación parece conducir a la conclusión de que la atribución liberal recae sobre el dinero desembolsado o sobre la deuda extinguida, y no sobre el inmueble incorporado al patrimonio del beneficiario[90].

[90] En este sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria»,* cit., pp. 1240 s., quien considera más acertada la tesis mayoritaria acogida por el Tribunal Supremo, según la cual lo colacionable es el dinero entregado para la adquisición, actualizado al momento de la partición, salvo que exista una verdadera donación directa o disimulada del propio inmueble.

Sin embargo, una aproximación exclusivamente formal resulta insuficiente cuando el problema se analiza desde la perspectiva de la colación y de la justicia distributiva que inspira esta institución. En todas las hipótesis examinadas existe un dato común que no puede ser ignorado: el sacrificio patrimonial asumido por el disponente tiene como finalidad específica y predeterminada la adquisición del inmueble. El dinero entregado, el precio satisfecho, la deuda asumida o las cuotas hipotecarias abonadas no constituyen normalmente el objetivo final perseguido por las partes, sino el instrumento mediante el cual se procura al beneficiario la titularidad de una vivienda. Desde esta perspectiva, el enriquecimiento efectivamente querido y realizado no consiste en la recepción de una determinada suma de dinero, sino en la incorporación de un bien inmueble al patrimonio del favorecido.

Precisamente por ello, la cuestión fundamental consiste en determinar si, a efectos de colación, debe atenderse al valor nominal del dinero entregado o desembolsado, o si, por el contrario, debe considerarse que el verdadero objeto económico y jurídico de la liberalidad es el inmueble adquirido gracias a dicha intervención patrimonial. La segunda solución parece claramente preferible. No solo responde mejor a la realidad económica de la operación, sino que además satisface de manera más adecuada las exigencias de igualdad sustancial entre los coherederos. De lo contrario, podrían producirse resultados profundamente injustos en aquellos supuestos en los que, entre el momento de la adquisición y la apertura de la sucesión, el inmueble hubiera experimentado una notable revalorización. En tales casos, limitar la colación al importe nominal del dinero desembolsado equivaldría a ignorar el verdadero alcance de la ventaja patrimonial obtenida por el beneficiario.

No es casual que la jurisprudencia italiana más reciente, y particularmente la del Tribunal Supremo, haya mostrado una clara tendencia a identificar el objeto colacionable con el bien adquirido y no con el mero desembolso económico que permitió su adquisición. Esta orientación se fundamenta precisamente en la necesidad de privilegiar una visión sustancial de la operación y de reconstruir la voluntad efectiva del disponente, atendiendo al resultado patrimonial que este quiso producir.

Con todo, esta conclusión no puede extenderse indiscriminadamente a cualquier supuesto de donación de dinero seguida de una adquisición inmobiliaria. Debe mantenerse una distinción fundamental. Cuando el disponente entrega una suma de dinero al beneficiario sin imponerle un destino específico y este decide posteriormente emplearla para comprar un inmueble, la liberalidad continúa teniendo por objeto el dinero. Piénsese en el caso de un padre que dona a uno de sus hijos una cantidad equivalente al valor de una vivienda y deja al hijo plena libertad para decidir cómo utilizarla. Si este opta finalmente por adquirir un inmueble, dicha decisión pertenece exclusivamente a su esfera patrimonial y no puede alterar retrospectivamente el objeto de la donación. En tales circunstancias, la colación debe recaer sobre el dinero recibido y no sobre el bien posteriormente adquirido.

La diferencia entre ambos grupos de casos es decisiva. Allí donde la adquisición del inmueble constituye el resultado querido y directamente perseguido por el disponente, la lógica de la colación conduce a considerar el inmueble como objeto de la liberalidad. Allí donde, por el contrario, el beneficiario recibe simplemente una suma de dinero y dispone libremente de ella, el objeto de la atribución sigue siendo el dinero, aunque posteriormente este sea invertido en la compra de una vivienda. La clave interpretativa reside, por tanto, en identificar si el inmueble

constituye el fin inmediato de la operación liberal o tan solo una utilización posterior y autónoma de los recursos recibidos.

13. La imputación del valor colacionable a la cuota hereditaria: técnica distributiva y límites estructurales

La imputación del valor colacionable a la cuota hereditaria constituye el momento en el que la colación despliega su función distributiva y se revela como técnica de racionalización interna del sistema sucesorio. Si en fases anteriores opera como instrumento de reconstrucción del caudal partible, es aquí donde dicha reconstrucción se proyecta en una redistribución jurídicamente eficaz de las posiciones de los coherederos, transformando una operación preparatoria en un mecanismo de asignación diferenciada de ventajas y cargas.

13.1. Imputación del valor y límite de la cuota

El artículo 1047 CC configura esta imputación como una técnica de compensación interna. El heredero que ha recibido bienes colacionables no los restituye al caudal, sino que su valor se descuenta de su cuota[91]. Esta aparente simplicidad encubre una estructura conceptual precisa: la colación no persigue la recomposición del patrimonio del causante, sino la corrección de un equilibrio distributivo ideal, construido sobre la ficción de atribuciones anticipadas homogéneas entre coherederos[92].

En consecuencia, la imputación no opera sobre bienes, sino sobre cuotas. El bien permanece en el patrimonio del donatario; lo que se modifica es su posición relativa en la partición. No hay restitución ni reversión, sino integración funcional de la liberalidad en el sistema sucesorio hasta el límite en que ello es necesario para preservar la igualdad entre coherederos[93].

De este planteamiento se sigue que la lógica del instituto no es sancionadora ni correctora de la donación, sino estrictamente relacional. La imputación evita que las atribuciones previas alteren la estructura distributiva de la herencia mediante un ajuste interno de valor que preserva la estabilidad patrimonial adquirida y garantiza una distribución materialmente equilibrada.

---

[91] PRATDESABA I RICART; PÉREZ VALENZUELA ; FRANCO MANJÓN; ESTÉVEZ ABELEIRA/BARCELÓ COMPTE, «La partición y la colación», cit., p. 1510.

[92] VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 809, mantiene que la colación no incide en la relación entre los títulos sucesorios del heredero y del donatario, sino que opera exclusivamente como un mecanismo de reajuste del valor de la masa hereditaria, destinado a restablecer la proporcionalidad entre lo recibido a título lucrativo por los herederos forzosos. Desde esta perspectiva, sostiene que la atribución de bienes relictos al coheredero colacionante, en la medida en que suponga un incremento efectivo de su cuota como consecuencia de la colación realizada en bienes hereditarios, debe calificarse como propiamente hereditaria y no como un simple legado.

[93] V. STS 3274/2011 de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2011:3274: «La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante, lo que, desde luego no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 CC. El modo de practicar la colación, como operación no tanto de la partición sino como previa a la misma, es por adición contable a la masa hereditaria del valor de los bienes donados (como dice literalmente la sentencia de 17 de diciembre de 1992), cuyo valor será el del momento de la partición, como dice el artículo 1045 CC (así, sentencia de 8 de julio de 1995 y las más recientes de 14 de diciembre de 2005, 18 de octubre de 2007)».

El valor colacionable se descuenta de la porción hereditaria del donatario. Si coincide con su cuota, queda excluido del reparto del remanente; si es inferior, participa por la diferencia; si es superior, surge el problema del exceso, que delimita uno de los núcleos más delicados del sistema.

13.2. Ausencia de restitución del exceso

El modelo legal opera *intra limites hereditatis*. La imputación se agota en la cuota del heredero, sin obligación de restitución del exceso[94]. Esta opción no es una carencia, sino una decisión estructural: la colación no convierte al donatario en deudor de la herencia, sino en destinatario de una compensación que encuentra su límite natural en su propia posición sucesoria[95].

El exceso no constituye, por ello, un enriquecimiento injustificado, sino la consecuencia de una liberalidad *inter vivos* plenamente eficaz dentro de los márgenes de la autonomía dispositiva del causante. La colación no revisa la donación ni introduce una eficacia resolutoria implícita; simplemente la integra en el sistema sucesorio en la medida funcionalmente necesaria[96].

Este esquema encuentra confirmación en el Derecho catalán, cuyo artículo 464-20.2 CCCat excluye expresamente el deber de restitución del exceso. Esta opción normativa no introduce una ruptura con el modelo tradicional, sino que explicita con mayor claridad una idea estructural: la colación es una operación de imputación y no de reintegro. La solución resulta, además, plenamente coherente con la configuración de la legítima en el Derecho catalán como un derecho de crédito y no como una cuota hereditaria sobre bienes determinados, lo que desplaza el centro de gravedad del sistema desde la recomposición material del patrimonio hacia la mera determinación contable de las posiciones económicas de los sucesores.

La convergencia de ambos sistemas delimita con claridad el umbral del instituto. La igualdad sucesoria se construye dentro de la herencia, no más allá de ella. Fuera de ese perímetro, la liberalidad conserva plena eficacia, incluso si genera diferencias patrimoniales relevantes, lo que evidencia la coexistencia entre igualdad distributiva y autonomía de la voluntad.

---

[94] PÉREZ ARDÁ, «El problema de la colación», cit., p. 221, ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* cit., p. 194.

[95] Debe señalarse que ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», cit., pp. 403 ss., al comentar la sentencia, advierte que ésta aborda el supuesto del donatario que recibió en vida del causante más de lo que le corresponde por herencia. Frente a la doctrina tradicional, según la cual dicho sujeto no participa en el *relictum* pero tampoco debe restituir, la resolución introduce una solución innovadora al imponer la devolución del exceso a la masa hereditaria. En línea con VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., pp. 802 s., se sostiene que, si el heredero acepta pura y simplemente, asume una obligación *ultra vires* de restitución y se somete a la colación, «como el heredero gravado con un legado de cosa propia queda sometido a cumplirlo si acepta la herencia».

[96] Por todos, GALLEGO DOMÍNGUEZ, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», cit., pp. 1228 ss., según el cual a colación constituye una operación esencialmente contable y particional mediante la cual el valor de lo donado se imputa a la cuota hereditaria del legitimario, sin afectar a la titularidad del bien transmitido en vida. Defiende el sistema de imputación acogido por el Código Civil por respetar la estabilidad de las atribuciones realizadas por el causante y sostiene que, si la donación excede la porción hereditaria del donatario, este simplemente no recibirá más bienes de la herencia, salvo que proceda la reducción por inoficiosidad.

Esta tensión explica la doble función de la imputación. Corrige desequilibrios sin anular decisiones dispositivas del causante. El sistema no persigue la nivelación absoluta, sino una igualdad funcionalmente razonable, compatible con la libertad de disposición *inter vivos*.

Este diseño evita que la colación derive en un espacio de litigiosidad restitutoria y preserva la estabilidad de las donaciones, reforzando su papel en la planificación sucesoria.

El descuento del valor colacionable en la cuota hereditaria es solo la expresión externa de una operación más profunda de redistribución interna de posiciones sucesorias. La aritmética sucesoria es un instrumento, no el fundamento. De ahí que la imputación no pueda reducirse a un cálculo mecánico. Depende de la valoración de los bienes, de la masa hereditaria, de la estructura de las legítimas y de la interacción con otras instituciones sucesorias.

La reducción de la participación del donatario no responde a una lógica punitiva, sino compensatoria. La imputación redistribuye indirectamente activos dentro del caudal para restablecer el equilibrio entre atribuciones previas y herencia. Este mecanismo presenta, no obstante, límites estrictos. En primer lugar, el límite cuantitativo de la cuota hereditaria. En segundo lugar, la imposibilidad de proyectarse sobre patrimonios ajenos a la herencia. En tercer lugar, su falta de operatividad cuando no existe pluralidad de coherederos, pues la imputación presupone necesariamente una situación de concurrencia.

La exclusión del deber de restitución del exceso puede generar en ciertos supuestos resultados discutibles, especialmente en donaciones de gran entidad cercanas al fallecimiento. Sin embargo, su corrección mediante una ampliación del ámbito restitutorio alteraría profundamente la naturaleza del instituto, aproximándolo a la reducción por inoficiosidad y erosionando la coherencia del sistema.

La colación perdería entonces su identidad como técnica interna de ajuste para convertirse en un mecanismo general de revisión de liberalidades. El sistema sucesorio quedaría expuesto a una superposición funcional entre instituciones, con el consiguiente debilitamiento de su estructura. Frente a ello, el modelo vigente mantiene una racionalidad apreciable. Cada institución conserva su función: la colación opera dentro de la herencia, la reducción protege la legítima. La imputación articula esta arquitectura evitando interferencias indebidas.

14. Colación, legítima y reducción: una arquitectura sistemática integrada

La colación no puede comprenderse de manera aislada dentro del sistema sucesorio. El punto de partida se sitúa en la configuración de la legítima como límite estructural a la autonomía *mortis causa*. El Código civil no consagra una libertad dispositiva absoluta, sino un sistema de protección familiar que impone una reserva legal en favor de determinados parientes, proyectada no solo sobre las disposiciones testamentarias, sino también sobre las liberalidades *inter vivos*. En este contexto, la legítima opera como principio ordenador del fenómeno sucesorio, que condiciona globalmente la circulación gratuita del patrimonio del causante.

Sobre esta base, la reducción y la colación se sitúan en planos funcionales distintos dentro de un mismo sistema. La reducción actúa cuando se ha vulnerado el límite cuantitativo de la legítima,

mediante un mecanismo de depuración externa de las atribuciones excesivas[97]. La colación, por el contrario, opera en el ámbito interno de la comunidad hereditaria, sin que ello presuponga la eventual lesión de la legítima, pues su función no es la tutela del *quantum* indisponible, sino la ordenación de las relaciones entre coherederos forzosos mediante la imputación del valor de las liberalidades recibidas en vida.

Esta distinción funcional se proyecta sobre la estructura del sistema de cómputo. La determinación de la legítima exige la agregación de las donaciones realizadas por el causante, operación que comparte con la colación el presupuesto de considerar las liberalidades *inter vivos* como elementos relevantes del fenómeno sucesorio, aunque con finalidades distintas. Mientras el cómputo delimita la base de cálculo del derecho legitimario, la colación ordena su proyección en el reparto interno entre coherederos.

La colación se inserta así en un proceso de integración sistemática en el que las atribuciones realizadas en vida del causante no se fragmentan, sino que se reconducen a una unidad valorativa. De este modo, el sistema evita tanto la disociación entre vida y muerte del patrimonio como la irrupción de desigualdades no justificadas dentro del círculo legitimario.

La experiencia catalana ofrece un punto de referencia particularmente expresivo. Su configuración de la legítima como derecho de valor refuerza la dimensión estrictamente económica del sistema, mientras que la regulación de la reducción como instrumento de tutela del crédito legitimario y la concepción de la colación como técnica de imputación en la partición evidencian una clara diferenciación funcional entre planos. No se trata de una divergencia estructural respecto del sistema común, sino de una mayor explicitación de sus implicaciones sistemáticas.

Esta coherencia se hace especialmente visible en los supuestos de concurrencia de instituciones. Cuando una donación realizada a un legitimario debe ser simultáneamente colacionada y sometida a reducción por inoficiosidad, el orden lógico de actuación impone primero la determinación del caudal computable, después la verificación de la eventual lesión de la legítima y, solo en su caso, la reducción del exceso. La colación opera en un momento posterior y distinto, sin interferir en la función correctiva propia de la reducción.

La opción por conservar un sistema legitimario no constituye aquí una premisa dogmáticamente indiscutible, sino el marco normativo dentro del cual se formula el problema valorativo. Las propuestas de ampliación de la libertad de testar o de reducción de la legítima responden a una cuestión de política legislativa distinta. Mientras el legislador mantenga, sin embargo, la protección legitimaria, la racionalidad de la colación depende de que sus reglas permitan realizar con coherencia la función distributiva que el propio sistema le atribuye.

La arquitectura del sistema sucesorio responde a una lógica escalonada de control de la autonomía privada. La legítima fija el marco de indisponibilidad; la colación asegura la coherencia interna en la distribución entre coherederos legitimarios; la reducción actúa como

[97] Precisa VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* cit., p. 809, que el exceso que el colacionante debe restituir a sus coherederos forzosos no tiene naturaleza hereditaria, pues no constituye una atribución sucesoria en sentido propio, sino una devolución parcial de un valor que ya había salido del patrimonio del causante en el momento de la donación. Por ello, entiende que puede calificarse como un legado legalmente presunto, impuesto por la ley a cargo del colacionante en favor de los demás legitimarios.

mecanismo de cierre frente a los excesos que desbordan el sistema. No se trata de una yuxtaposición de técnicas, sino de una secuencia funcional orientada a preservar la coherencia global del fenómeno sucesorio[98].

Esta estructura no expresa una desconfianza hacia la autonomía del causante, sino una determinada, no siempre compartible, concepción de la solidaridad familiar y de la continuidad intergeneracional del patrimonio. El sistema no persigue la uniformidad absoluta de resultados, sino la eliminación de desequilibrios estructurales que comprometerían su racionalidad interna. La colación no opera como instrumento de nivelación matemática, sino como técnica de imputación que ordena las liberalidades dentro del perímetro fijado por la legítima.

La articulación entre estas instituciones se completa con su diferenciación en el plano subjetivo. La colación se circunscribe a la relación entre coherederos legitimarios concurrentes, mientras que la reducción puede proyectarse también frente a terceros beneficiarios de liberalidades inoficiosas. Esta diferencia refuerza la idea de que la colación pertenece al ámbito interno de la partición, mientras que la reducción desborda ese marco para operar como mecanismo general de tutela del límite legitimario.

En términos funcionales, esta distinción evita solapamientos y garantiza la coherencia del sistema. La imputación del valor colacionable se coordina con la eventual reducción, de modo que solo el exceso respecto de la porción disponible activa la función correctiva propia de esta última, evitando duplicidades y preservando la autonomía conceptual de cada institución.

15. Conclusiones

La investigación desarrollada a lo largo de este trabajo permite afirmar, con fundamento dogmático suficiente, que la evaluación del bien colacionable no constituye un problema técnico secundario ni una mera cuestión de aritmética particional, sino el núcleo estructural que determina el alcance real de la colación como institución de equilibrio intrafamiliar. En torno al criterio valorativo se articula, en efecto, la coherencia interna del sistema sucesorio, la efectividad del principio de igualdad material entre coherederos legitimarios y la racionalidad distributiva que justifica la propia existencia del instituto.

La colación, entendida en su sentido más depurado, opera como una técnica de recomposición del equilibrio patrimonial alterado por atribuciones gratuitas realizadas en vida del causante a favor de algunos de sus descendientes. Sin embargo, dicha función correctora solo se cumple adecuadamente si el parámetro valorativo elegido es capaz de neutralizar las distorsiones temporales y las asimetrías acumulativas que el dinamismo económico introduce en el patrimonio familiar. La determinación del momento de la valoración no es, por tanto, indiferente: define el contenido material de la igualdad que el sistema sucesorio pretende garantizar.

La evolución legislativa culminada en la reforma de 1981 del Código civil español, al modificar el criterio del artículo 1045 y optar por la valoración al tiempo del fallecimiento, representa un giro

[98] PÉREZ ARDÁ, «El problema de la colación», cit., pp. 225 s., rechaza la supresión de la colación y sostiene que su complejidad desaparece cuando se entiende como una simple regla de partición. Su función es permitir que el heredero forzoso conserve la donación recibida y obtenga la porción hereditaria que legalmente le corresponde.

sistemático de gran profundidad. Se abandona así el congelamiento histórico del valor propio del texto originario, que fijaba la referencia temporal en el momento de la donación. Este tránsito no responde únicamente a una actualización técnica, sino a una transformación conceptual del Derecho de sucesiones en el marco de la constitucionalización del ordenamiento civil y de la relectura del principio de igualdad en clave sustantiva. La sucesión mortis causa se concibe como fenómeno unitario que se consuma en un único instante jurídico, el de la muerte, y es en ese momento cuando debe medirse el equilibrio patrimonial entre quienes concurren a la herencia.

La valoración dinámica al tiempo del fallecimiento asegura la coherencia entre las distintas operaciones que integran el sistema legitimario: cómputo, imputación, colación y, en su caso, reducción. Si cada una de estas instituciones responde a una lógica temporal diversa, el resultado es la fragmentación del sistema y la consiguiente pérdida de racionalidad interna. Por el contrario, la unificación del momento valorativo permite articular un modelo distributivo armónico, en el que la igualdad no es puramente formal, sino material y efectiva.

En este punto, el diálogo con el Derecho civil catalán resulta particularmente ilustrativo. El Código civil de Cataluña, especialmente en sus artículos 464-17 a 464-20 y en el régimen legitimario de los artículos 451-5 y concordantes, configura la legítima como *pars valoris* y consolida una concepción estrictamente valorativa de las atribuciones colacionables. Esta opción técnica refuerza la idea de que la colación no persigue la restitución material del bien, sino la imputación de un valor al haber hereditario del donatario, dentro de los límites de su cuota. La experiencia catalana confirma, así, la pertinencia dogmática de concebir la colación como mecanismo de equivalencias patrimoniales y no como supervivencia de esquemas restitutorios premodernos.

La distribución del riesgo patrimonial constituye otra dimensión esencial del problema valorativo. El segundo inciso del artículo 1045 del Código civil, interpretado sistemáticamente, atribuye al donatario las consecuencias del aumento o disminución del valor del bien hasta el momento de la apertura de la sucesión. Este principio de imputación del riesgo responde a una lógica de coherencia económica: quien ha disfrutado anticipadamente del bien y ha podido obtener de él rendimientos o asumir riesgos debe soportar también las variaciones de su valor. El sistema evita así que el azar temporal se traduzca en ventajas o perjuicios injustificados para el resto de coherederos.

La cuestión adquiere especial complejidad cuando el bien colacionable ha sido enajenado, transformado o sustituido por otros activos. El artículo 1048 del Código civil, en conexión con el régimen catalán, revela que la colación opera sobre el equivalente económico del bien originario, preservando la continuidad funcional del valor en el patrimonio del donatario. No se trata de reconstruir materialmente el objeto donado, sino de asegurar que su incidencia económica sea debidamente considerada en la formación del caudal partible. La colación se configura así como técnica dinámica de seguimiento del valor, capaz de adaptarse a las mutaciones patrimoniales sin perder su finalidad distributiva.

Un ámbito paradigmático para comprobar la solidez del modelo es el de la empresa familiar y la donación de participaciones sociales. La valoración al tiempo del fallecimiento puede generar tensiones cuando el incremento de valor de la empresa deriva, en parte significativa, del esfuerzo personal del donatario. Sin embargo, el sistema no puede ignorar que el capital originariamente transmitido constituye el sustrato sobre el que se edifica ese crecimiento. La solución no reside

en la congelación pura del valor inicial, que desnaturalizaría la igualdad sucesoria, ni en la socialización indiscriminada del mérito empresarial, sino en una imputación funcional del riesgo y del valor añadido que permita distinguir, con criterios objetivos y probatorios exigentes, entre capital donado y aportación personal. De este modo, la colación mantiene su función de equilibrio sin desincentivar la iniciativa económica.

En todo caso, la colación se agota en la imputación del valor a la cuota hereditaria del donatario y encuentra su límite estructural en dicha cuota. El artículo 1047 del Código civil, en consonancia con el modelo catalán, excluye la obligación de reintegrar el eventual exceso cuando el valor colacionable supera la porción hereditaria. Este rasgo confirma que la colación no es una acción restitutoria autónoma, sino una técnica de ajuste interno dentro de la partición. Su finalidad no es sancionar al donatario ni reconstruir un patrimonio ideal, sino distribuir con justicia el activo hereditario existente al tiempo de la muerte.

Desde una perspectiva sistemática, la relación entre colación, legítima y reducción por inoficiosidad revela una arquitectura normativa integrada. Cada institución cumple una función específica, pero todas convergen en la preservación de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de las legítimas. La colación actúa en el plano interno de los coherederos legitimarios; la reducción opera frente a atribuciones que lesionan objetivamente la legítima. La coherencia del sistema exige que el criterio valorativo sea homogéneo en ambos ámbitos, reforzando la opción por la valoración al tiempo del fallecimiento como expresión de la unidad temporal de la sucesión.

En definitiva, la evaluación en la colación se erige en la clave de la justicia sucesoria contemporánea. A través de ella se materializa el principio de igualdad sustancial entre descendientes, se neutralizan estrategias elusivas basadas en donaciones tempranas y se racionaliza la gobernanza patrimonial intrafamiliar. El modelo dinámico consagrado por el legislador y confirmado por la experiencia catalana responde mejor a la complejidad económica actual que los esquemas rígidos del pasado.

La colación no puede entenderse ya como una reliquia histórica, sino como una institución de alta sofisticación técnica al servicio de la equidad distributiva. Su correcta interpretación exige una lectura sistemática, constitucionalmente orientada y atenta a la función económica de los bienes. Solo así la evaluación dejará de ser un problema contable para convertirse en el verdadero instrumento de justicia que el Derecho sucesorio está llamado a proporcionar en una sociedad caracterizada por patrimonios dinámicos, empresas familiares complejas y crecientes expectativas de igualdad real entre los miembros de la familia.

16. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones,* 10ª ed., Edisofer, Madrid, 2013.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045: y su derecho transitorio», *Actualidad civil*, nº 13, 2002, pp. 489-502.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *La dispensa de la colación,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

BARBA, Vincenzo, «La protección de los herederos forzosos. La acción de reducción», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXXVII, n. IV (octubre-diciembre), 2024, pp. 1523-1568.
DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, «Para la exegesis del artículo 1045 del Código civil», *Revista de Derecho privado*, 1966, pp. 545-561.

DEL CASTILLO MORAGO, José Damián, «La colación hereditaria», *Diario La Ley*, nº 9034, 2017, pp. 1-14.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2025.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *Anuario de Derecho Civil*, n. 1, 1992, pp. 377-418.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «*La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria*», en FERRER VANRELL, Francisco/LLEDÓ YAGÜE, María Pilar/TORRES LANA, José Ángel/MONJE BALMASEDA, Óscar, *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 1223-1252.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La colación hereditaria,* Tecnos, Madrid, 2002.
GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *Anuario de Derecho Civil*, n 3, 1995, pp. 1105-1196.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

LÓPEZ, Marta, *Colación y partición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MARÍN MONROY, Antonio, «La colación: historia y crítica de los problemas de valoración», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. XXII, n. 216, 1946, pp. 319-329.

PÉREZ ARDÁ, Enrique, «El problema de la colación», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n 109, 1906, pp. 217-226.

POUS DE LA FLOR, María Paz, «El valor de los bienes en la colación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 682, 2004, pp. 521-548.

PRATDESABA I RICART, Ramon/PÉREZ VALENZUELA, Pilar/FRANCO MANJÓN, Raquel/ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa/BARCELÓ COMPTE, Rosa, «La partición y la colación», en BARCELÓ COMPTE, Rosa/PRATDESABA

I RICART, Ramon/BOSCH CARRERA, Antoni, *Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 1475-1565

ROCA JUAN, Juan, «Comentario Artículos 1037 a 1087 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo XIV, Vol. 2. Artículos 1037 a 1087 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, «Estudio introductorio en la jurisprudencia española de la colación de las donaciones simuladas», *Actualidad civil*, n 11, 2011, pp. 1219-1244.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B, *Panorama del Derecho de sucesiones. II Perspectiva dinámica,* Civitas, Madrid, 1984.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J., «La colación y los herederos forzosos», *Diario La Ley*, n. 10452, 2024, pp. 1-12

InDret
4.2026

Tutela jurídico-privada de los datos de salud en el Reglamento (UE) 2025/327: intimidad, autonomía y responsabilidad por daños

Luis Corpas Pastor
Universidad de Málaga

Sumario

El Reglamento (UE) 2025/327, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, ordena un nuevo marco europeo de acceso, circulación e interoperabilidad de los datos de salud electrónicos. Su finalidad es doble: mejorar la asistencia sanitaria mediante el uso primario de los datos y favorecer la investigación, la innovación y la formulación de políticas públicas mediante su uso secundario. Desde el Derecho civil, sin embargo, el problema no consiste solo en determinar si el tratamiento es administrativamente lícito, sino en precisar qué tutela merece la persona cuando sus datos de salud se convierten en un recurso electrónico reutilizable, interoperable y potencialmente expuesto a brechas de seguridad, reidentificación o inferencias algorítmicas. La intimidad digital de unos datos personalísimos –como los relativos a la salud– debe ser entendida como una manifestación actual de los derechos de la personalidad y que el régimen del EEDS exige una lectura desde el derecho privado centrada en la autonomía, la diligencia reforzada, la trazabilidad y la reparación efectiva de los daños materiales y morales cuando estos acontezcan –porque la innovación regulatoria es valiosa, pero en materia de salud la eficiencia no puede convertirse en una presunción de sacrificio de los derechos de la persona–.

Abstract

Regulation (EU) 2025/327 on the European Health Data Space establishes a new European framework for access to, circulation and interoperability of electronic health data. Its purpose is twofold: to improve healthcare through the primary use of data and to promote research, innovation and public-policy making through secondary use. From the perspective of civil law, however, the central issue is not only whether the processing is administratively lawful, but also what protection must be afforded to individuals when their health data become a reusable, interoperable resource exposed to security breaches, re-identification and algorithmic inference. This article argues that digital health privacy should be understood as a contemporary expression of personality rights and that the EHDS requires a civil-law reading based on autonomy, reinforced diligence, traceability and effective compensation for material and non-material damage –because regulatory innovation is valuable, but in the realm of health, efficiency cannot become a presumption that the individual's rights are to be sacrificed–.

Title: *Private law protection of health data in EU Regulation 2025/327: privacy, autonomy and liability for damages*

Palabras clave: Espacio Europeo de Datos de Salud, datos de salud, intimidad, autonomía del paciente, responsabilidad civil, daño moral, reidentificación, ciberseguridad.
Keywords: *European Health Data Space, health data, privacy, patient autonomy, civil liability, non-material damage, re-identification, cybersecurity.*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.07

InDret

4.2026

Recepción
04/06/2026
-
Aceptación
09/09/2026
-

Índice

-

1. Consideraciones preliminares
2. El dato de salud como bien jurídico civilmente protegido
2.1. Intimidad, protección de datos y derechos de la personalidad
2.2. Historia clínica, confianza y circulación digital
3. Del consentimiento informado al opt-out: autonomía sanitaria y autonomía informativa
4. Ciberseguridad, reidentificación y pérdida de control: la nueva morfología del daño
5. Responsabilidad civil por tratamiento ilícito, brecha de seguridad o reidentificación
5.1. El artículo 82 RGPD y el artículo 100 EEDS
5.2. Sujetos responsables y deberes reforzados de diligencia
5.3. Daño moral, prueba y causalidad
6. La futura Ley española de Salud Digital
7. Conclusiones y propuestas de lege ferenda
8. Bibliografía

-

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

1. Consideraciones preliminares*

El Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847 (en adelante, EEDS), constituye una de las piezas más ambiciosas del proceso europeo de construcción de espacios sectoriales de datos[1]. Su objetivo declarado es crear un marco común que facilite el acceso a los datos de salud electrónicos tanto para el uso primario, vinculado directamente a la asistencia sanitaria, como para el uso secundario, orientado a investigación, innovación, salud pública, formulación de políticas, seguridad de los pacientes o actividades de regulación. La norma no se limita a ordenar un flujo técnico de información: transforma el estatuto jurídico del dato de salud, que deja de ser solo un elemento de la historia clínica para convertirse en un activo interoperable dentro del Mercado Único Digital.

El desplazamiento del dato de salud hacia un ecosistema interoperable no crea la cuestión jurídico-privada, que ya está presente en la propia relación clínica paciente-sanitario, sino que la intensifica y le añade nuevos sujetos y riesgos. Cuando el dato sanitario se mantiene dentro de la relación clínica, el eje tradicional de protección se articula en torno a la confidencialidad, el secreto profesional, la autonomía del paciente y el consentimiento informado. Cuando el dato se desplaza a un ecosistema de reutilización, el eje se modifica: el titular ya no se relaciona solo con su médico o con el centro o profesional sanitario que lo atiende, sino con tenedores de datos, organismos de acceso, usuarios de datos, entornos seguros de tratamiento, infraestructuras transfronterizas y, eventualmente, sistemas de inteligencia artificial capaces de inferir información sensible no expresamente declarada por la persona.

El Derecho civil no puede quedar reducido, en este contexto, a una función subsidiaria posterior a la infracción administrativa. La tutela civil es la que responde a la pregunta decisiva: qué ocurre con la persona concreta cuando su intimidad sanitaria ha sido lesionada, cuando pierde el control sobre información clínica especialmente sensible, cuando sufre una brecha de seguridad, cuando es reidentificada en un conjunto aparentemente anonimizado, o cuando una inferencia algorítmica permite deducir una patología, predisposición genética o situación de vulnerabilidad. La respuesta no puede agotarse en la multa administrativa ni en la proclamación formal de derechos. La confianza en el EEDS dependerá, en nuestra opinión, de que existan remedios civiles efectivos, comprensibles y proporcionados al riesgo. El enfoque de este trabajo es, por ello, deliberadamente iuscivilista[2]. No se pretende realizar un análisis completo del Reglamento, ni explorar su dimensión administrativa, sanitaria o tecnológica. Se examina el

* Luis Corpas Pastor. (lcorpas@uma.es).

[1] Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.

[2] *Cfr.* NAVAS NAVARRO (dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19),* Comares, Granada, 2021. Hasta ahora, la doctrina privatista española había abordado la protección de los datos de salud desde perspectivas sectoriales –la historia clínica, el secreto médico, la autonomía del paciente– sin enfrentarse a un marco normativo que transforme el estatuto jurídico del dato sanitario a escala europea. Esta obra colectiva singulariza la necesidad de construir respuestas desde el Derecho Civil a la digitalización sanitaria, anticipando retos que hoy el EEDS convierte en urgentes, tales como la responsabilidad por sistemas algorítmicos, la protección del dato de salud en entornos interoperables y las garantías civiles frente al pretendido uso secundario.

EEDS desde tres categorías propias del Derecho civil: la intimidad como derecho de la personalidad, la autonomía como presupuesto de legitimidad en el tratamiento de datos de salud, y la responsabilidad civil como mecanismo de reparación de daños materiales y morales. Esta perspectiva no agota el análisis del Reglamento, pero aporta un enfoque todavía no desarrollado en nuestro ámbito respecto de esta norma, publicada en marzo de 2025 y aplicable a partir de 2027.

La hipótesis central es que la interoperabilidad sanitaria solo será jurídicamente legítima si se acompaña de un sistema de tutela civil reforzada. La innovación regulatoria es valiosa, pero en materia de salud la eficiencia no puede convertirse en una presunción de sacrificio de los derechos de la persona.

Esta reflexión tiene una relevancia particular para España. El Ministerio de Sanidad ha iniciado el proceso de elaboración de una futura Ley de Salud Digital para adaptar el ordenamiento nacional al EEDS, extender la historia clínica digital interoperable, regular el uso de tecnologías emergentes y organizar la gobernanza del uso primario y secundario de datos de salud[3]. En un sistema sanitario descentralizado, en el que las comunidades autónomas ostentan competencias esenciales de gestión sanitaria, el problema no será únicamente técnico. Será también jurídico-civil: cómo asegurar que la persona reciba una protección homogénea, que pueda ejercer de forma real sus derechos y que disponga de vías eficaces de reparación cuando la digitalización sanitaria cause daños. Por este motivo, la consulta pública previa sobre la futura Ley española de Salud Digital, publicada por el Ministerio de Sanidad en septiembre de 2025, convierte el presente estudio en una aportación de oportunidad singular para el debate legislativo nacional. La norma proyectada deberá adaptar el ordenamiento interno al EEDS y desarrollar aquellas previsiones organizativas, técnicas, procedimentales y sancionadoras que el propio Reglamento remite al Derecho nacional, en un sistema sanitario descentralizad en el que las comunidades autónomas gestionan servicios de información con distintos grados de madurez tecnológica e institucional[4].

Adicionalmente, la reflexión civil resulta necesaria porque el EEDS opera sobre una tensión que atraviesa todo el Derecho privado contemporáneo: la tensión entre utilidad colectiva de los datos y protección de la persona concreta. La salud pública, la investigación biomédica y la innovación tecnológica justifican un uso intenso de datos, pero no autorizan a tratar al paciente como una mera fuente de información. A nuestro juicio, la persona no desaparece detrás del dato, al contrario, el dato de salud conserva una dimensión biográfica y relacional que obliga a repensar las categorías clásicas de intimidad, consentimiento, diligencia y daño. Conviene detenerse en una cuestión que la doctrina civilista ha comenzado a afrontar con creciente rigor: la de si el dato de salud puede ser objeto de relaciones patrimoniales sin perder su naturaleza personalísima. La pregunta no es retórica. El considerando 2 del Reglamento (UE) 2022/868 sobre gobernanza de

[3] Ministerio de Sanidad, consulta pública previa sobre el futuro Proyecto de Ley de Salud Digital, 22 septiembre 2025. La nota ministerial identifica como objetivos la adaptación al Reglamento (UE) 2025/327, la interoperabilidad de la historia clínica, la regulación de tecnologías digitales y el tratamiento de datos personales de salud en el Sistema Nacional de Salud con fines de interés público. https://www.sanidad.gob.es/gl/gabinete/notasPrensa.do?id=6750.

[4] La doctrina civil española ha comenzado a abordar la protección de los datos de salud en entornos digitales, pero todavía no ha desarrollado de forma suficiente qué previsiones específicas de Derecho privado debería incorporar la futura Ley de Salud Digital para garantizar la efectividad de los remedios civiles en caso de brecha de seguridad, reidentificación o inferencia algorítmica sobre datos de salud.

datos ya reconoce que los datos pueden ser un recurso valioso y que su reutilización genera valor económico. El EEDS prolonga esa lógica al sector sanitario. Sin embargo, la admisión de un valor económico del dato no equivale a su plena patrimonialización.

Como ha señalado ZECH, el dato digital no encaja cómodamente en las categorías tradicionales del derecho de propiedad, porque no es rival –puede usarse simultáneamente por varios sujetos sin exclusión– ni agotable[5]. Esta inespecificidad obliga al Derecho civil a construir una categoría intermedia: la del dato como bien de interés personal cuya explotación económica es posible pero no incondicionada.

En materia sanitaria, esa condición se intensifica. La reutilización comercial de datos de salud –aunque sea indirecta, mediada por la investigación aplicada o por desarrollos de inteligencia artificial– no puede eludir la consideración de que el origen del dato reside en una persona concreta que confió información íntima en un contexto terapéutico, dando por hecho que el profesional no traicionaría dicha confianza.

La ausencia de una contraprestación directa al paciente, y la opacidad sobre los beneficios derivados del uso secundario, plantean un problema de justicia distributiva que el Derecho civil no puede ignorar indefinidamente. En este sentido, la categoría del enriquecimiento injusto podría ofrecer, en determinados supuestos de explotación comercial masiva de datos de salud sin adecuada compensación o transparencia, un cauce civil complementario a la responsabilidad por daños, en un proceso similar al cambio que se produjo sobre el carácter autónomo del daño a la autonomía decisoria del paciente cuando existe ausencia de información o inexistencia de un consentimiento informado válido[6].

Una última precisión metodológica resulta necesaria. A lo largo de este trabajo se distingue entre el análisis del Derecho vigente (de lege lata) y las propuestas dirigidas al legislador (de lege ferenda). Cuando se emplean expresiones como «a nuestro juicio» o «en nuestra opinión» para introducir una interpretación de normas o principios ya vigentes, se está formulando una lectura del Derecho actual, sujeta como toda interpretación doctrinal a discusión; pero no una propuesta de reforma. Cuando, en cambio, se utiliza la fórmula «de lege ferenda» o se afirma que algo «debería» ser reconocido, regulado o presumido, se está formulando una propuesta para la futura Ley española de Salud Digital u otra norma de desarrollo, no una descripción del Derecho hoy vigente. Se ha procurado mantener esta distinción de forma expresa en los pasajes en que ambas perspectivas podrían confundirse, particularmente en materia de responsabilidad civil.

[5] ZECH, «A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights in data», Journal of *Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, núm. 6, 2016, pp. 460-470. DOI: https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw072.

[6] *Vid.* EVANGELIO LLORCA, «Responsabilidad civil e inteligencia artificial en el ámbito sanitario», en ÁLVAREZ LATA, (coord.) *et al., Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 149-222. La doctrina científica ha consolidado la autonomía del paciente como eje del régimen de responsabilidad médica. La infracción del deber de información y la ausencia de consentimiento informado válido constituyen actualmente títulos autónomos de imputación, con independencia del resultado asistencial, conforme a una jurisprudencia bien asentada del Tribunal Supremo. Sin embargo, la traslación de ese principio de autonomía al entorno del uso secundario de datos de salud no ha sido objeto de estudio específico en la literatura española posterior al EEDS. El modelo de *opt-out* del artículo 71 del Reglamento introduce una quiebra relevante con la tradición del consentimiento informado en su modalidad activa: el silencio del paciente pasa a operar, por defecto, en favor de la disponibilidad del dato para fines de investigación, innovación o políticas públicas.

2. El dato de salud como bien jurídico civilmente protegido

Los datos de salud pertenecen al núcleo más sensible de la información personal. No revelan solo un episodio clínico aislado, pueden expresar la biografía corporal de una persona, su vulnerabilidad, sus hábitos, su exposición a riesgos, su herencia genética, sus relaciones familiares o incluso su expectativa vital. Por ello, el dato sanitario no puede analizarse como una mera unidad informacional.

Desde el Derecho civil, se integra en la esfera de los derechos de la personalidad y conecta directamente con la intimidad, la dignidad y la autodeterminación. En esta línea, los derechos de la personalidad han de ser interpretados dinámicamente, atendiendo a las condiciones sociales y tecnológicas en que se ejercen[7]. En el plano de los datos personales, Rebollo Delgado ha descrito la evolución del derecho fundamental a la protección de datos como respuesta progresiva a la expansión tecnológica, insistiendo en la necesidad de dotar al ciudadano de poderes efectivos de control frente al tratamiento de su información[8]. La novedad que aporta el presente trabajo es la articulación de esa lectura de los derechos de la personalidad con el dato de salud en el marco específico del EEDS: un dato que, por su naturaleza biográfica y relacional –y, en determinados supuestos, como los datos genéticos, genómicos o los derivados de dispositivos de identificación fisiológica, también biométrica–, no puede ser tratado simplemente como información patrimonializable sin perder su dimensión personalísima. La categoría intermedia que aquí se propone –dato de salud como bien de interés personal cuya explotación económica es posible pero no incondicionada– no aparece todavía consolidada en esos términos en la doctrina española y constituye una de las contribuciones teóricas centrales de este trabajo.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, parte de esta premisa cuando reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley[9]. La confidencialidad no es una mera regla burocrática: es la traducción jurídica de una relación de confianza con el profesional sanitario. El paciente revela datos que, fuera de la relación asistencial, probablemente no compartiría. Esa revelación se justifica por la finalidad terapéutica y queda rodeada de deberes de secreto, custodia y uso limitado de tales datos.

El EEDS altera parcialmente esta arquitectura al impulsar la interoperabilidad y la reutilización. La alteración no es necesariamente ilegítima, pero sí exige una reconstrucción de las garantías. El artículo 1 del Reglamento establece reglas, normas e infraestructuras comunes para facilitar

[7] García Rubio, «Los derechos de la personalidad», en Gete-Alonso y Calera/Solé Resina (coords.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 595-631.

[8] Rebollo Delgado, El derecho fundamental a la protección de datos personales, Dykinson, Madrid, 2018.

[9] Artículo 7.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Sobre la conexión entre historia clínica, confidencialidad y acceso indebido, CASANOVA ASENCIO, «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», *InDret*, núm. 2, 2019, p. 26.

el acceso a datos de salud electrónicos a efectos de uso primario y secundario[10]. El dato de salud pasa así de un modelo relacional, centrado en la historia clínica y en el prestador sanitario, a un modelo ecosistémico, donde distintas entidades pueden intervenir en la puesta a disposición, autorización, acceso, tratamiento y supervisión.

Por consiguiente, la pregunta desde el derecho civil no es solo si existe base jurídica para el tratamiento, sino qué posición conserva el titular de los datos de salud frente a esa circulación ampliada. Por otra parte, la eventual licitud administrativa del tratamiento no agota la legitimidad civil de la injerencia. En nuestra opinión, un sistema jurídicamente correcto debe permitir al ciudadano conocer, controlar y, en su caso, reclamar por el uso de sus datos, especialmente cuando estos reflejan aspectos íntimos de su identidad sanitaria.

2.1. Intimidad, protección de datos y derechos de la personalidad

El Derecho civil debe interpretar esta evolución a la luz de los derechos de la personalidad. La intimidad no se agota en el secreto de lo ya oculto. En la sociedad digital, la lesión puede producirse también por agregación, correlación o inferencia. Un dato aislado puede parecer neutro, pero su cruce con otros datos puede revelar información íntima. Una historia clínica desidentificada puede volverse identificable si se combina con información genómica, localización, edad, enfermedad rara o datos disponibles en fuentes externas. La protección civil debe atender, por tanto, no solo al acceso ilícito clásico, sino a la pérdida de control sobre el contexto de uso.

La doctrina constitucional española refuerza esta lectura. El Tribunal Constitucional ha distinguido el derecho a la intimidad del derecho fundamental a la protección de datos, señalando que este último atribuye a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, para impedir un tráfico ilícito o lesivo para la dignidad del afectado[11]. En materia sanitaria, esta distinción tiene especial importancia. Puede existir una lesión de la protección de datos aunque el contenido no haya sido difundido públicamente, basta con que la persona pierda el control jurídico sobre un dato cuyo tratamiento excede la finalidad, base legal o garantía exigible.

Esta separación entre intimidad y protección de datos resulta decisiva para el dato sanitario. La lesión no se produce solo cuando la información se difunde públicamente, sino también cuando se rompe el poder de disposición jurídica sobre su circulación, uso o destino. En este sentido, la protección de datos opera como una garantía autónoma de control frente a infraestructuras que tratan información personal a gran escala[12]. Esta construcción resulta más sólida si se parte de una categoría unitaria de los derechos fundamentales de la personalidad. Honor, intimidad, propia imagen y protección de datos no operan como compartimentos cerrados cuando la lesión procede de la circulación digital de información personal, se proyectan sobre un mismo centro

[10] Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847, art. 1.1.

[11] STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 5 y 6. Vid. también STC 58/2018, de 4 de junio, especialmente sobre la dimensión específica del artículo 18.4 CE.

[12] González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU,* Springer, Cham, 2014.

de gravedad, que es el señorío jurídico de la persona sobre los atributos esenciales de su identidad. Por eso, en materia sanitaria, la autodeterminación informativa no debe entenderse como un derecho meramente procedimental, sino como una manifestación civil de la personalidad frente a tratamientos capaces de recomponer, clasificar o exponer la vida íntima del paciente[13].

De igual manera, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales obliga a leer cualquier regulación civil o administrativa desde el prisma constitucional. Prieto Sanchís ha señalado que los derechos fundamentales irradian sobre el conjunto del sistema, hasta el punto de que detrás de cada precepto legal puede advertirse una norma constitucional que lo confirma o contradice14. Esta idea resulta especialmente útil en el EEDS: detrás de cada regla de interoperabilidad, de cada permiso administrativo y de cada entorno seguro se encuentra la pregunta por el respeto a la dignidad, la intimidad y la autodeterminación informativa.

Asimismo, la protección de datos personales no puede entenderse ya como un mecanismo puramente instrumental. Rebollo Delgado describe su evolución como una respuesta progresiva a la expansión tecnológica y a la necesidad de dotar al ciudadano de poderes frente al tratamiento de su información personal[15]. Sumado a esto, en la era digital la tutela civil de los datos sanitarios debe enlazar con una idea material de control: no basta con que el dato no se publique, es necesario que el titular pueda saber qué se hace con él, por quién, con qué finalidad y bajo qué responsabilidad[16].

Por ello, el dato de salud debe ser tratado como un bien jurídico civilmente protegido, aunque no sea un bien patrimonial en sentido estricto. La información sanitaria pertenece a la esfera personalísima, pero puede circular, ser explotada, generar valor y producir daños. Esta doble naturaleza -personalísima y económicamente útil- explica buena parte de los problemas del EEDS. El riesgo civil aparece cuando la utilidad colectiva del dato de salud electrónico desplaza la consideración de la persona que originó el dato de salud.

A esta exigencia debe añadirse una dimensión estructural de la transparencia. En un ecosistema de reutilización masiva, la persona afectada difícilmente podrá controlar sus datos si los conjuntos utilizados no están descritos de forma homogénea, actualizada y comprensible. La identificación de la fuente, el alcance, las categorías de datos, las variables incluidas, la procedencia, la cobertura temporal y las condiciones de disponibilidad no constituye una cuestión meramente técnica. Desde el Derecho civil, cumple una función de garantía: permite reconstruir el itinerario del dato, valorar si el uso se mantuvo dentro de la finalidad autorizada y

[13] De Verda y Beamonte, «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 54-111; Caballero Trenado, «Cartografía legal de la autodeterminación informativa digital. Un derecho de construcción jurisprudencial», *Universitas*, núm. 35, 2021, pp. 2-27.

[14] Prieto Sanchís, «El constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 24, núm. 71, 2004, p. 51.

[15] Rebollo Delgado, 2018, cit., pp. 68-71.

[16] *Cfr.* Rubí Puig, «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 2018, pp. 62-73. En el ámbito del RGPD, la legitimación pasiva de los «sujetos responsables» se ha estudiado convenientemente. Sin embargo, conviene señalar la existencia de nuevos «responsables» en los daños a los que se refiere el art. 100 del Reglamento (UE) 2025/327 porque, sobre todo, los conceptos de tratamiento de datos y usos secundarios no tienen plena identidad de razón.

determinar, en su caso, quién debe responder por una brecha, una reidentificación o un tratamiento desviado[17].

2.2. Historia clínica, confianza y circulación digital

La historia clínica ha sido tradicionalmente el espacio documental de la relación asistencial. En ella confluyen datos objetivos, apreciaciones profesionales, antecedentes, pruebas, diagnósticos y decisiones terapéuticas. Su régimen jurídico no puede separarse de la confianza que permite al paciente revelar información íntima. Ordás Alonso ha destacado la conexión entre intimidad, secreto médico y protección de datos sanitarios al analizar la historia clínica como ámbito especialmente sensible de reserva[18]. De la misma manera, la Ley 41/2002 separa el uso asistencial de la historia clínica de otros accesos, precisamente porque el dato fue entregado en un marco funcional y fiduciario.

El EEDS no destruye ese marco, pero lo desplaza. El uso primario mantiene una conexión directa con la asistencia sanitaria. En cambio, el uso secundario se separa de la relación clínica inmediata y permite que el dato sirva a finalidades de investigación, innovación, salud pública o formulación de políticas. A nuestro juicio, esta separación impone una exigencia adicional de transparencia: el paciente debe poder comprender que el dato que entregó para ser curado puede circular después en un ecosistema institucional distinto.

Igualmente, la digitalización sanitaria introduce una dimensión territorial y transfronteriza que altera la relación clásica entre paciente y prestador. La historia clínica interoperable permite continuidad asistencial y puede evitar errores médicos, duplicidades y retrasos. Sin embargo, también multiplica los puntos de acceso y los posibles fallos de custodia. La confianza deja de depender solo del médico o del hospital y pasa a depender de una arquitectura completa de seguridad, registro, trazabilidad y responsabilidad.

Por lo tanto, desde una perspectiva civil, la historia clínica digital interoperable debe ser vista como una institución de confianza reforzada. Su legitimidad no deriva solo de su eficiencia, sino de la capacidad del sistema para preservar la confidencialidad, limitar los accesos, registrar las operaciones y reparar de forma efectiva los daños. En materia sanitaria, la confianza no es un elemento psicológico accesorio: es una condición de funcionamiento del sistema.

Esta consideración de la historia clínica digital como institución de confianza permite sugerir una categoría conceptual que la doctrina civil todavía no ha desarrollado con suficiente detalle en el contexto del EEDS: la de la obligación de lealtad del tenedor de datos sanitarios frente al paciente. En la tradición angloamericana, la relación fiduciaria genera deberes de lealtad que van más allá de la mera diligencia: quien ostenta una posición de confianza no puede usar la información del beneficiario en su propio interés ni en interés de terceros sin autorización

[17] De Miguel Beriain/López De La Peña De Pablo/Loyo-Menoyo, «El nuevo reglamento europeo relativo al espacio europeo de datos de salud: su impacto en la gobernanza del dato y su uso ético y seguro», Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 61, 2025, pp. 1-30; Loza Corera, «Datos y gobernanza de datos y conexiones con principios protección de datos en el artículo 10 del Reglamento», en Cotino Hueso/Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, 2024, pp. 565-591.

[18] Ordás Alonso, «Intimidad, secreto médico y protección de datos sanitarios», en García Amado (coord.), *Razonar sobre derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 779-783.

expresa. La relación médico-paciente ha sido identificada, desde Pellegrino, como paradigma de relación fiduciaria en el ámbito sanitario[19]. Si esa dimensión fiduciaria se traslada a los tenedores de datos del EEDS, la consecuencia es que estos no solo están obligados a no revelar sin autorización, sino que están positivamente impedidos de explotar la información más allá de la finalidad consentida, aunque esa explotación no sea detectada ni genere un daño inmediato. En nuestro Ordenamiento, la obligación de buena fe del artículo 7 del Código Civil y los deberes de información y lealtad en las relaciones de confianza ofrecen anclajes dogmáticos para esta construcción[20]. A nuestro juicio, la figura del tenedor de datos del artículo 2.18 del EEDS –que gestiona datos de salud sin ser necesariamente el prestador sanitario– no puede quedar definida solo por sus obligaciones técnicas y administrativas. Su posición jurídica debe ser construida, desde el Derecho civil, como la de un sujeto que ostenta un encargo de confianza sobre información ajena, con los consiguientes deberes de no auto beneficiarse, de actuar en interés del titular y de rendir cuentas de toda operación de tratamiento. Se trata, en todo caso, de una propuesta de lectura del Derecho vigente –no de un enunciado normativo ya consolidado por la jurisprudencia–, cuya plena eficacia práctica dependería de que la futura Ley española de Salud Digital la recogiera expresamente. Con esa salvedad, esta reconstrucción podría derivarse de los principios generales del Derecho civil y de la aplicación sistemática del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) y el EEDS interpretados a la luz del artículo 10 CE.

El uso primario confirma esta lectura. Los derechos de acceso, portabilidad, introducción de información en la historia clínica, conocimiento de accesos y limitación frente a determinados profesionales no son meras facultades administrativas añadidas al sistema. Desde una perspectiva civil, son manifestaciones concretas del control personal sobre la propia biografía sanitaria y permiten que la interoperabilidad asistencial no se construya a costa de convertir al paciente en un sujeto pasivo del flujo informacional[21].

El derecho de acceso a la historia clínica confirma, además, que el control del paciente no puede confundirse con una apertura indiscriminada de información. La historia clínica contiene datos objetivos, valoraciones profesionales, anotaciones subjetivas, información de terceros y, en ocasiones, datos relativos a personas fallecidas o a familiares. De ahí que el acceso deba ser efectivo, pero jurídicamente ordenado: debe permitir al paciente conocer la información relevante para su salud y para la defensa de sus derechos, sin desconocer los límites derivados de la intimidad de terceros, de las anotaciones subjetivas legítimamente reservables y de la confidencialidad profesional. En el entorno digital, esta misma lógica exige un derecho operativo a conocer los accesos producidos, porque sin registro de accesos no hay control real, y sin control real la autonomía informativa se convierte en una declaración puramente retórica[22].

---

[19] PELLEGRINO y THOMASMA, *A Philosophical Basis of Medical Practice*, Oxford University Press, New York, 1981, pp. 159-180.

[20] DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 189-220. Para el marco actual del art. 7 CC: DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 420-435.

[21] DE MIGUEL BERIAIN, «Los derechos relativos al uso primario de los datos personales en el Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud. Una visión panorámica», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 64, 2025, pp. 71-96; JORQUI AZOFRA, «Derechos y disposiciones relativas al uso primario de los datos de salud electrónicos personales», en EGUSQUIZA BALMASEDA/LUQUIN BERGARECHE/JORQUI AZOFRA/VIDÁN PEÑA, *Régimen jurídico de protección de datos de salud en el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS),* 2025, pp. 49-114.

[22] SAIZ RAMOS/LARIOS RISCO, «El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas», *Derecho y Salud*, vol. 18, núm. 1, 2009, pp. 21-41; LOPEZ ULLA, «El acceso a los datos

3. Del consentimiento informado al opt-out: autonomía sanitaria y autonomía informativa

La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del Derecho civil. En el ámbito sanitario adopta una forma específica: la autonomía del paciente. La Ley 41/2002 reconoce que toda actuación en el ámbito de la salud requiere, con carácter general, el consentimiento libre y voluntario del afectado una vez recibida la información adecuada[23]. El consentimiento informado no se limita a autorizar un acto médico, expresa una concepción de la persona como sujeto capaz de decidir sobre su cuerpo, su salud y su información.

El EEDS introduce un cambio relevante. En el uso primario, el Reglamento complementa derechos de acceso, portabilidad, rectificación y control sobre los datos electrónicos de salud. En el uso secundario, sin embargo, la lógica se aproxima a un modelo de habilitación legal, autorización institucional y derecho de autoexclusión. El artículo 71 reconoce el derecho de las personas físicas a optar por que sus datos de salud electrónicos no sean tratados para uso secundario, pero configura ese derecho como salida de un sistema que parte de la disponibilidad inicial del dato[24].

Conviene no simplificar el problema. El Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) no es un régimen construido exclusivamente sobre el consentimiento. Para categorías especiales de datos, como los datos de salud, el artículo 9 RGPD establece una prohibición general de tratamiento salvo que concurra alguna de las excepciones previstas, entre ellas el consentimiento explícito, la asistencia sanitaria, la salud pública o la investigación científica con garantías adecuadas[25]. Por consiguiente, el problema no es que el EEDS sustituya siempre consentimiento por poder público, sino que para el uso secundario desplaza el centro de gravedad desde la voluntad individual hacia la autorización institucional.

A nuestro juicio, debe distinguirse entre consentimiento como base jurídica del tratamiento y consentimiento como expresión de autonomía. El primero pertenece a la técnica del RGPD, el segundo pertenece al estatuto civil de la persona. Que un tratamiento sea lícito por una base legal distinta del consentimiento no significa necesariamente que la autonomía resulte irrelevante. El *opt-out* del artículo 71 EEDS conserva una forma de elección, pero es una elección reactiva: el ciudadano debe oponerse para salir de un circuito que, por defecto, puede estar orientado a la reutilización.

relativos a la salud: criterios aplicables de acuerdo con la Ley de transparencia y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 12, 2018, pp. 1-21; BELTRAN AGUIRRE, «Tratamiento de datos de salud en la prestación de servicios sociales», Derecho y Salud, vol. 18, núm. 1, 2009, pp. 1-19; CASANOVA ASENCIO, «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», *InDret*, núm. 2, 2019, pp. 1-31.

[23] Artículos 8 y 10 de la Ley 41/2002. Sobre el Convenio de Oviedo como refuerzo de la autonomía del paciente, DE MIGUEL BERIAIN/LAZCOZ MORATINOS, «El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de enmienda», *Quaestio Iuris*, vol. 11, núm. 1, 2018, p. 448.

[24] Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847, art. 71.

[25] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), arts. 6, 9 y 89.

De igual manera, el *opt-out* solo será jurídicamente valioso si es real, inteligible y ejercitable. La autoexclusión formal, escondida en portales digitales complejos o redactada en términos incomprensibles, no satisface la exigencia civil de autonomía. La persona debe recibir información clara sobre qué datos se reutilizan, para qué finalidades, por qué sujetos, durante cuánto tiempo y con qué consecuencias. Además, debe poder revocar su decisión y ejercerla sin cargas desproporcionadas.

La información previa al ejercicio del *opt-out* debe responder a un estándar material, no meramente formal. La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre transparencia algorítmica de la Administración –dictada en un contexto distinto, pero trasladable por analogía a la exigencia de información material que aquí se defiende– exige, frente a decisiones o sistemas automatizados que condicionan derechos o prestaciones de los ciudadanos, un conocimiento efectivo de su funcionamiento y no una mera explicación formularia[26]. En la tradición del consentimiento informado, la validez de la decisión depende de que el paciente conozca los riesgos, alternativas y consecuencias relevantes para decidir. Trasladado al uso secundario de datos, ello implica que la persona debe comprender qué categorías de datos se reutilizan, para qué finalidades, con qué garantías, qué sujetos pueden acceder y qué riesgos razonables existen de inferencia, reidentificación o uso algorítmico. Esta exigencia se intensifica respecto de menores y personas vulnerables, pues la prestación del consentimiento o el ejercicio de la autoexclusión no pueden separarse de la protección de la intimidad familiar, del interés superior del menor y de su progresiva capacidad de decisión[27].

El artículo 71 EEDS exige que el derecho pueda ejercerse en cualquier momento, sin necesidad de motivación y de forma reversible, también exige que el mecanismo sea accesible y fácilmente comprensible[28]. Sin embargo, el Reglamento deja a los Estados miembros un margen relevante en la concreción del mecanismo. Por ello, la futura legislación española debería evitar que el derecho se convierta en una garantía desigual según comunidad autónoma, prestador sanitario o nivel de alfabetización digital.

Asimismo, la opción por un modelo de autoexclusión debe interpretarse a la luz del artículo 9.4 RGPD, que permite a los Estados miembros mantener o introducir condiciones adicionales, incluso limitaciones, para el tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud[29]. El EEDS intenta reducir esa fragmentación, pero no la elimina por completo. En nuestra opinión,

[26] *Vid.* STS 1119/2025, Contencioso-administrativo, de 11 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3826) (caso Civio/BOSCO, FD noveno).

[27] CADENAS OSUNA, «El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica», *InDret,* núm. 4, 2016, pp. 1-42; VILLANUEVA TURNES, «El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 208-221; SÁNCHEZ GÓMEZ, «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 168-191; RECUERO, «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 525-551.

[28] Reglamento (UE) 2025/327, art. 71. Este precepto establece el derecho de autoexclusión respecto del uso secundario, su reversibilidad, la necesidad de mecanismos accesibles y comprensibles, el efecto sobre permisos posteriores y las condiciones de eventuales excepciones nacionales.

[29] RGPD, art. 9.4. Sobre la fragmentación derivada de la facultad de especificación nacional, *vid.* Comisión Europea, *Proposal for a Regulation on the European Health Data Space*, COM(2022) 197 final, 3 mayo 2022, *Impact Assessment*, apart. 3.2.

la tensión entre armonización europea y diversidad nacional se proyectará especialmente sobre la forma de informar, registrar y hacer oponible el *opt-out*.

También debe advertirse que la autonomía informativa no se agota en decir sí o no. Puede requerir niveles de granularidad: no es lo mismo permitir el uso de datos para investigación pública en enfermedades raras que permitir su empleo por entidades privadas en desarrollos comerciales de inteligencia artificial. El Reglamento establece finalidades permitidas y prohibidas, pero la percepción civil del riesgo puede variar según finalidad, sujeto y sensibilidad del dato. Del mismo modo, el ciudadano puede aceptar una reutilización solidaria y rechazar una reutilización económicamente orientada.

Desde la perspectiva del Derecho civil de la persona, la cuestión de la granularidad del consentimiento no es un tecnicismo regulatorio sino una exigencia de coherencia con el principio de autonomía. La Ley 41/2002 consagró la autonomía del paciente como principio rector de la relación asistencial, el RGPD extendió esa autonomía al plano informativo, y el EEDS debe completar esa proyección en el ámbito del uso secundario. Ahora bien, la autonomía informativa no funciona en el vacío: requiere información suficiente, capacidad real de comprensión y ausencia de presiones contextuales que desvirtúen la decisión. En este punto, la doctrina anglosajona de la *contextual integrity,* desarrollada por NISSENBAUM, resulta especialmente iluminadora: la legitimidad del flujo informativo no depende solo de que el sujeto haya consentido, sino de que la información circule en un contexto normativo congruente con aquel en que fue originalmente revelada[30]. Trasladada al EEDS, esta idea implica que el dato entregado en la consulta médica no fluye legítimamente hacia un sistema de inteligencia artificial comercial con el solo respaldo de una base legal administrativa, aunque esta sea formalmente válida. El Derecho civil debe exigir que la arquitectura del *opt-out* sea congruente con esa expectativa contextual razonable del paciente. Ello supone, entre otras consecuencias, que la ausencia de respuesta activa del ciudadano no puede interpretarse sin más como manifestación de voluntad favorable al uso secundario: el silencio informativo no equivale al consentimiento tácito, máxime cuando la complejidad del ecosistema impide a la mayoría de ciudadanos comprender las implicaciones reales de su omisión.

Por consiguiente, la futura Ley española de Salud Digital debería configurar el opt-out como un derecho de ejercicio sencillo, multicanal, reversible, documentado y portable. Debe poder ejercerse digitalmente, pero también por vías no digitales. Debe ser comprensible para personas mayores, personas con discapacidad y ciudadanos sin habilidades tecnológicas. Y, además, debe proyectarse sobre prestadores públicos y privados, porque la intimidad sanitaria no puede depender del circuito asistencial al que pertenezca la historia clínica.

La autonomía informativa también debe proyectarse sobre la intervención de sistemas de inteligencia artificial en la asistencia sanitaria. Cuando una herramienta algorítmica influya de modo significativo en el diagnóstico, la priorización o el tratamiento, no basta con que exista formalmente un profesional en el circuito. La intervención humana debe ser material, competente y capaz de modificar la recomendación automatizada, además, el paciente debe

[30] NISSENBAUM, Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life, Stanford University Press, Stanford, 2010, pp. 127-157.

conservar un margen real para conocer esa intervención y, en los términos compatibles con la buena práctica clínica, oponerse a que la decisión quede absorbida por el sistema técnico[31].

4. Ciberseguridad, reidentificación y pérdida de control: la nueva morfología del daño

La ciberseguridad sanitaria ya no puede considerarse una cuestión meramente técnica. Desde el Derecho civil, integra el contenido de los deberes de diligencia y custodia. Quien conserva, permite acceder o facilita el uso de datos de salud asume una obligación reforzada de seguridad, porque el daño previsible no consiste solo en la pérdida de disponibilidad de un sistema, sino en la exposición de información íntima. Casarosa ha mostrado que el sector sanitario presenta riesgos específicos en la intersección entre dispositivos conectados, ciberseguridad y protección jurídica de datos[32].

Si el dato sanitario es especialmente sensible, la obligación de custodia debe ser igualmente reforzada. La brecha de seguridad no produce únicamente una incidencia informática: puede desencadenar una intromisión en la intimidad, una pérdida de control sobre datos personales, un riesgo de discriminación y un daño moral autónomo. Sumado a esto, la naturaleza digital del dato permite que la lesión se replique, se conserve y se proyecte en el tiempo de forma difícilmente reversible.

El Reglamento reconoce la importancia de la anonimización, la seudonimización y los entornos seguros de tratamiento. Para el uso secundario, los datos personales deben ponerse a disposición preferentemente en formato anonimizado y, cuando resulte necesario el tratamiento de datos personales, en formato seudonimizado[33]. Además, el acceso debe realizarse en entornos seguros sometidos a condiciones técnicas y organizativas estrictas. Estas garantías son necesarias, pero no eliminan el riesgo. La anonimización absoluta es especialmente problemática en datos genómicos, enfermedades raras o conjuntos de datos de gran granularidad.

La diferencia entre dato anónimo y dato seudonimizado es decisiva. El dato anonimizado queda fuera del RGPD cuando la identificación ya no es razonablemente posible. El dato seudonimizado, en cambio, sigue siendo dato personal porque la reidentificación permanece posible mediante información adicional. En salud, la frontera entre ambas categorías es particularmente inestable. La singularidad clínica, la combinación de variables y la disponibilidad de fuentes externas pueden convertir en identificable un conjunto que parecía neutralizado.

La experiencia de los biobancos y de la investigación biomédica confirma esta cautela. La seudonimización constituye una medida útil para equilibrar investigación y derechos de la

[31] DE MIGUEL BERIAIN, «Should we have a right to refuse diagnostics and treatment planning by artificial intelligence?», Medicine, *Health Care and Philosophy*, vol. 23, 2020, pp. 247-252. *Vid.* DE MIGUEL BERIAIN/SANZ/LAZCOZ MORATINOS, «Machine learning in the EU health care context: exploring the ethical, legal and social issues», *Information, Communication & Society*, vol. 23, núm. 8, 2020, pp. 1139-1153.

[32] CASAROSA, «Cybersecurity of Internet of Things in the health sector: Understanding the applicable legal framework», *Computer Law & Security Review*, vol. 53, 2024, pp. 3-6.

[33] Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847, arts. 61, 68 y 73; vid. también considerandos 70 a 72.

persona, pero no elimina el carácter personal del dato cuando la reidentificación sigue siendo posible mediante información adicional o cruces con otros conjuntos. Por ello, la reutilización de datos de salud exige no solo técnicas de separación o codificación, sino también reglas de finalidad, seguridad, trazabilidad y control sobre ulteriores transferencias[34].

La infraestructura técnica sobre la que descansará el EEDS obliga también a mirar más allá del responsable formal. La contratación de servicios en la nube, la intervención de encargados y subencargados, la eventual transferencia internacional de información y el uso de arquitecturas distribuidas pueden diluir la identificación del sujeto que decide o ejecuta el tratamiento. Desde el Derecho civil, esta complejidad no puede operar en perjuicio del afectado. La trazabilidad debe alcanzar a toda la cadena técnica y contractual, y, cuando la reutilización se apoye en analítica de datos masivos, el sistema debe permitir reconstruir las operaciones relevantes y facilitar la prueba del origen del daño. Los comités de ética y las estructuras de revisión de proyectos de investigación no pueden limitarse a comprobar formularios de consentimiento: deben valorar anonimización, seudonimización, cruces de bases de datos, externalización tecnológica, finalidad científica real y riesgos de comercialización encubierta[35].

La literatura técnica ha demostrado que la anonimización no siempre cumple la promesa de irreversibilidad. OHM advirtió ya que la anonimización podía generar una falsa sensación de seguridad en contextos de cruce de bases de datos[36]. De igual manera, ROCHER, HENDRICKX Y DE MONTJOYE han mostrado que conjuntos incompletos pueden seguir siendo reidentificables mediante modelos generativos y datos auxiliares[37].

En el ámbito genómico, la advertencia es todavía más intensa. Gymrek et al. demostraron la posibilidad de inferir apellidos desde genomas personales mediante perfiles Y-STR y bases genealógicas recreativas[38]. Asimismo, SHRINGARPURE y BUSTAMANTE han analizado riesgos de privacidad en sistemas de compartición de datos genómicos capaces de revelar pertenencia a un conjunto y rasgos fenotípicos inferidos[39]. Por lo tanto, cuando el EEDS admite la reutilización de datos genéticos o de enfermedades raras, la tutela civil no puede descansar en la simple afirmación de que los datos han sido tratados técnicamente.

[34] PENASA *et al.*, «The EU General Data Protection Regulation: How will it impact the regulation of research biobanks? Setting the legal frame in the Mediterranean and Eastern European area», *Medical Law International*, vol. 18, núm. 4, 2018, pp. 241-255.

[35] NAVAS NAVARRO, «Computación en la nube: Big Data y protección de datos personales», *InDret*, núm. 4, 2015, pp. 1-48; MARTIN JIMÉNEZ, «Big Data: riesgos y soluciones desde el Derecho y desde los principios», *Revista de Derecho Politico*, núm. 119, 2024, pp. 215-249; SIMÓN MARCO, «Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo?», *Revista CEFLegal*, núm. 233, 2020, pp. 89-120; DE LECUONA, «Evaluación de los aspectos metodológicos, éticos, legales y sociales de proyectos de investigación en salud con datos masivos (big data)», *Gaceta Sanitaria*, vol. 32, núm. 6, 2018, pp. 576-578.

[36] OHM, «Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization», *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1704-1711.

[37] ROCHER/ HENDRICKX/DE MONTJOYE, «Estimating the Success of Re-identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models», *Nature Communications*, vol. 10, 2019, art. 3069, pp. 1-9.

[38] GYMREK/MCGUIRE/GOLAN/HALPERIN/ERLICH, «Identifying Personal Genomes by Surname Inference», *Science*, vol. 339, núm. 6117, 2013, pp. 321-324.

[39] SHRINGARPURE/BUSTAMANTE, «Privacy Risks from Genomic Data-Sharing Beacons», *American Journal of Human Genetics*, vol. 97, núm. 5, 2015, pp. 631-646.

Desde la responsabilidad civil, hay que distinguir tres escenarios. El primero es la brecha de seguridad: acceso, exfiltración o difusión no autorizada de datos de salud. El segundo es la reidentificación: reasociación de un dato seudonimizado o aparentemente anonimizado con una persona concreta. El tercero es la inferencia algorítmica: obtención de información sanitaria sensible a partir de cruces de datos o modelos predictivos. Los tres pueden generar daño moral, pérdida de control y, en ocasiones, perjuicio patrimonial. El tercer escenario –la inferencia algorítmica– merece una atención específica porque representa el desafío civil más novedoso y menos explorado. A diferencia de la brecha de seguridad o de la reidentificación, la inferencia no presupone un acceso indebido ni la reasociación de un dato con su titular. Opera sobre datos en apariencia lícitamente tratados para deducir información que el sujeto nunca proporcionó expresamente. Un sistema de inteligencia artificial entrenado con historias clínicas puede inferir, a partir de patrones combinados, predisposiciones genéticas, trastornos mentales latentes, comportamientos adictivos o expectativas vitales, sin que ningún dato concreto sea, aisladamente, sensible. Como han puesto de relieve Wachter y Mittelstadt, la inferencia genera lo que denominan «datos derivados» (*inferred data*), que no son recogidos sino construidos por el sistema, y que pueden ser más reveladores e íntimos que los datos originales[40]. Esta construcción algorítmica de información sanitaria plantea un problema civil de primera magnitud: ¿quién es responsable cuando el dato inferido es erróneo y causa daño?, ¿quién responde cuando el dato inferido es correcto pero su obtención viola las expectativas razonables de privacidad del paciente? A nuestro juicio, ambas preguntas deben tener respuesta civil, no solo administrativa. El artículo 22 RGPD ofrece un punto de partida en materia de decisiones automatizadas individuales, pero no agota el problema: la inferencia masiva sin decisión individual identificable escapa de su ámbito de aplicación estricto. Por ello, BYGRAVE ha sostenido que el RGPD presenta una laguna estructural en materia de datos inferidos que los ordenamientos nacionales deben colmar[41]. La futura legislación española de salud digital debería afrontar expresamente esta laguna, estableciendo que la creación de perfiles de salud basados en inferencias algorítmicas genera, por sí misma, los mismos deberes de información, limitación de finalidad y responsabilidad por daños que el tratamiento de datos de salud expresamente declarados.

El daño moral sanitario presenta una intensidad propia. La exposición de datos financieros puede ser grave, la exposición de datos de salud puede afectar la identidad personal, la reputación, la vida familiar, la empleabilidad, la asegurabilidad y la confianza en el sistema sanitario. Además, el daño puede ser irreversible: una vez revelada una patología, una predisposición genética o un dato psiquiátrico, la reparación económica no recompone plenamente la esfera de privacidad perdida. Por ello, la tutela civil debe operar de forma preventiva y reparadora.

A nuestro juicio, la pérdida de control debe ser reconocida como una modalidad relevante de daño no patrimonial cuando afecte a datos de salud. No toda infracción formal debe generar automáticamente indemnización, pero tampoco puede exigirse al afectado que demuestre una consecuencia psicológica extrema. En materia sanitaria, la angustia razonable, la incertidumbre sobre el destino de datos íntimos y la exposición a usos discriminatorios constituyen efectos jurídicamente relevantes si se apoyan en hechos objetivos.

[40] WACHTER/MITTELSTADT, «A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI», *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, núm. 2, 2019, pp. 494-620.

[41] BYGRAVE, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 62-89.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el artículo 82 RGPD ofrece criterios particularmente útiles para delimitar el daño indemnizable. En el asunto *Österreichische Post*, el TJUE afirmó, por un lado, que la mera infracción del RGPD no basta por sí sola para generar un derecho a indemnización y, por otro, que el daño moral no puede quedar condicionado a la superación de un umbral mínimo de gravedad[42]. Asimismo, en el asunto VB c. *Natsionalna agentsia za prihodite*, admitió que el temor fundado a un posible uso indebido de los datos personales por terceros puede constituir un daño moral indemnizable[43].

La jurisprudencia civil española ha acogido en los últimos años estos criterios europeos sobre el daño indemnizable en el marco del RGPD. Así, la STS 398/2024, Civil, de 19 de marzo de 2024, ha precisado que no toda infracción de la normativa de protección de datos comporta necesariamente una vulneración del derecho a la intimidad y que, para que nazca el derecho a indemnización, es necesaria la existencia de un perjuicio real[44]. Esta doctrina, coherente con la sentada por el TJUE en *Österreichische Post*, plantea una dificultad específica cuando se proyecta sobre los datos de salud. La opacidad técnica de los sistemas interoperables, la pluralidad de sujetos que intervienen en el ecosistema del EEDS y la frecuente invisibilidad inicial del daño para el afectado pueden convertir la exigencia de prueba del perjuicio real en un obstáculo estructural para el ejercicio de la acción civil.

5. Responsabilidad civil por tratamiento ilícito, brecha de seguridad o reidentificación

Los tres escenarios generadores de daño identificados en el epígrafe anterior –brecha de seguridad, reidentificación e inferencia algorítmica– exigen ahora un análisis sistemático del régimen de responsabilidad civil aplicable, distinguiendo con nitidez la conducta que genera el daño, ya descrita, del daño indemnizable y del régimen de imputación, que se abordan a continuación. La responsabilidad civil en el EEDS debe cumplir una función doble. En primer lugar, una función reparadora: compensar a la persona afectada por daños materiales y morales. En segundo lugar, una función preventiva: incentivar diligencia reforzada en quienes tratan datos especialmente sensibles. En nuestra opinión, si el sistema permite una circulación ampliada de datos, debe asumir también una ampliación correlativa de los deberes de seguridad, transparencia y reparación.

5.1. El artículo 82 RGPD y el artículo 100 EEDS

La reparación de los daños derivados del tratamiento de datos de salud se sitúa en la confluencia del RGPD, el EEDS y el Derecho civil interno. El artículo 82 RGPD reconoce que toda persona que haya sufrido daños materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o del encargado una indemnización por los

[42] STJUE de 4 de mayo de 2023, UI c. *Österreichische Post AG*, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, UI c. *Österreichische Post AG*, apartados 32, 42 y 51.

[43] STJUE de 14 de diciembre de 2023, VB c. *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986, 79 a 86.

[44] STS 398/2024, Civil, de 19 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1495).

daños sufridos[45]. Este precepto ha sido esencial para europeizar la responsabilidad por daños de protección de datos. Por su parte, el artículo 100 del Reglamento relativo al EEDS dispone, de forma paralela, que toda persona física o jurídica que haya sufrido daños materiales o morales como consecuencia de una infracción del Reglamento tiene derecho a recibir indemnización conforme al Derecho de la Unión y nacional[46]. La existencia del precepto impide afirmar que el Reglamento ignore totalmente la reparación. Sin embargo, su formulación es demasiado escueta y, como señala RUBÍ PUIG, «los afectados no podrán fundar sus pretensiones indemnizatorias en este precepto, sino que deberán identificar otro fundamento en el derecho europeo o en el derecho nacional para sustentar una acción indemnizatoria»[47]. Esto es así porque no establece criterios propios de imputación, no define reglas probatorias específicas, no prevé un fondo de compensación, no configura presunciones de daño en supuestos graves y no desarrolla una vía procedimental especializada. Además, esta remisión podría ser insuficiente por tres razones: en primer lugar, el ciudadano normalmente desconoce qué entidad gestionó el dato, qué organismo autorizó el acceso, qué usuario lo trató y dónde se produjo la brecha. En segundo lugar, la prueba técnica del incumplimiento suele estar en manos de quienes integran el ecosistema de datos y, en tercer lugar, el daño moral sanitario puede no manifestarse de forma inmediata, aunque la pérdida de control sea ya objetivamente relevante.

En el Derecho español, las vías generales serían la responsabilidad contractual, cuando exista una relación asistencial o de prestación de servicios, y la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil cuando la lesión provenga de un tercero ajeno a la relación previa; e incluso la vía de la responsabilidad patrimonial de la Adminsitración, en aquellos casos en los que el daño se provoque como consecuencia de la actividad pública. También podrían operar acciones vinculadas a la protección civil del honor, intimidad y propia imagen, en función del tipo de intromisión[48]. No obstante, estos cauces generales no siempre se adaptan bien a daños digitales complejos, transfronterizos y técnicamente opacos.

Adicionalmente, el artículo 101 EEDS contempla mecanismos de representación de personas físicas cuando consideren infringidos sus derechos, lo que puede favorecer reclamaciones colectivas o por entidades habilitadas[49]. Sin embargo, tampoco esta previsión sustituye la

[45] RGPD, art. 82.1. Sobre su relación con el EEDS, vid. Reglamento (UE) 2025/327, art. 100 (derecho a recibir una indemnización cuando cualquier persona «física o jurídica» sufra «daños materiales o morales» como consecuencia de una infracción del Reglamento).

[46] *Vid.,* ampliamente, RUBÍ PUIG, «Espacio Europeo de Datos de Salud y responsabilidad civil. La norma indemnizatoria del artículo 100 del Reglamento (UE) 2025/327», en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Uso de Inteligencia Artificial en la Cirugía 4.0 y Salud Digital: Incidencias Jurídicas –Perspectivas Tecnológicas, Médicas y Legales–,* Dykinson, Madrid, 2026, pp. 877-928. El autor explica que el artículo 100 REEDS consagra una norma de garantía indemnizatoria imperfecta, que no crea una acción autónoma, sino que remite a otros fundamentos del Derecho de la UE o nacional (especialmente el art. 82 RGPD) para reclamar la reparación de daños materiales o morales derivados de infracciones del Reglamento. La legitimación activa corresponde a personas físicas y jurídicas, la pasiva, a autoridades de salud digital, organismos de acceso, tenedores y usuarios de datos. La eficacia práctica del precepto –que se complementa con el considerando 101, sobre la reparación integral y la interpretación amplia del daño, y con las normas sectoriales sobre uso primario, secundario y seguridad de sistemas de HCE– dependerá de la articulación con los regímenes internos de responsabilidad, sin perjuicio del control del TJUE sobre su interpretación uniforme.

[47] *Ibid*., pág. 924.

[48] Código civil, art. 1902. *Vid*. también Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, arts. 1, 2, 7 y 9.

[49] Por el que se abre la puerta a las acciones de representación cuando el perjudicado considere que se le han vulnerado los derechos que le reconoce el Reglamento relativo al EEDS.

necesidad de un régimen civil materialmente eficaz. La representación facilita el ejercicio de la acción, pero no resuelve por sí sola los problemas de prueba, cuantificación, identificación del responsable y ejecución transfronteriza.

5.2. Sujetos responsables y deberes reforzados de diligencia

El ecosistema del EEDS multiplica los sujetos relevantes. Intervienen prestadores sanitarios, tenedores de datos, organismos de acceso a datos de salud, usuarios de datos, encargados del tratamiento, proveedores tecnológicos, operadores de entornos seguros y autoridades supervisoras. Esta pluralidad puede mejorar la gobernanza, pero también puede diluir la responsabilidad. Desde el Derecho civil, la complejidad organizativa no debe convertirse en una excusa para la irresponsabilidad.

Conviene precisar, además, qué sujetos del ecosistema del EEDS pueden quedar sometidos al artículo 82 RGPD. Dicho precepto se aplica a quienes ostentan la condición de responsable o encargado del tratamiento en el sentido del RGPD: típicamente, el prestador sanitario, el organismo de acceso a datos de salud y, en su caso, el usuario de datos cuando trata datos personales para fines de investigación u otros usos secundarios. La cuestión es más dudosa respecto de los operadores de entornos seguros de tratamiento y de los proveedores tecnológicos que actúan como meros encargados sin margen de decisión sobre los fines y medios del tratamiento: estos últimos podrán no responder directamente frente al paciente al amparo del artículo 82 RGPD, sin perjuicio de su responsabilidad interna frente al responsable. El artículo 100 EEDS, por su parte, reconoce el derecho a indemnización mediante una remisión al Derecho de la Unión y al Derecho nacional, sin sustituir el régimen del artículo 82 RGPD ni resolver expresamente qué ocurre con aquellos sujetos del EEDS que, no siendo responsables ni encargados en sentido RGPD, intervienen materialmente en el ecosistema –así, determinados organismos de gobernanza o infraestructuras técnicas compartidas– y, como afirma RUBÍ PUIG, «el artículo 82 RGPD, tal como viene siendo interpretado por el TJUE, constituiría probablemente el marco principal para dilucidar la reparación de los daños y perjuicios en el ámbito del EEDS»[50].

De lege ferenda, sería deseable que la futura Ley española de Salud Digital precisara el régimen de responsabilidad aplicable a estos últimos sujetos, bien mediante su equiparación funcional a los encargados del tratamiento, bien mediante un régimen específico de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva por el riesgo creado[51]. La regla debe ser la diligencia reforzada. Quien trata datos

[50] RUBÍ PUIG, «Espacio Europeo de Datos de Salud y responsabilidad civil. La norma indemnizatoria del artículo 100 del Reglamento (UE) 2025/327», en MORENO MARTÍNEZ (coord.), *Uso de Inteligencia Artificial en la Cirugía 4.0 y Salud Digital: Incidencias Jurídicas –Perspectivas Tecnológicas, Médicas y Legales–*, Dykinson, Madrid, 2026, p. 924.

[51] *N. B.* El régimen del artículo 82 RGPD ofrece, además, herramientas específicas para la pluralidad de sujetos característica del EEDS. En primer lugar, su apartado 3 exonera de responsabilidad al responsable o encargado que demuestre no ser en modo alguno responsable del hecho que originó el daño -exoneración que, en el EEDS, exigirá acreditar el cumplimiento estricto de los protocolos de acceso, trazabilidad y seguridad propios de cada rol-. En segundo lugar, su apartado 4 establece que, cuando varios responsables o encargados –o un responsable y un encargado– hayan participado en el mismo tratamiento y sean responsables de un daño, cada uno de ellos responderá de la totalidad del daño, precisamente para garantizar una indemnización efectiva del interesado. Esta regla resulta especialmente valiosa en el EEDS, donde la intervención simultánea de tenedores de datos, organismos de acceso y usuarios de datos dificulta aislar la contribución causal de cada uno. Y, finalmente, su apartado 5 reconoce el correlativo derecho de regreso: quien haya satisfecho la totalidad de la indemnización podrá reclamar de los demás responsables o encargados implicados la parte que corresponda a su respectiva responsabilidad en el daño causado. Sin embargo, la articulación de este régimen con el artículo 100 EEDS no es

de salud no cumple con una diligencia ordinaria, sino con una diligencia cualificada por la sensibilidad del dato, la previsibilidad del daño y la intensidad de los riesgos. BLÁZQUEZ RUIZ ha advertido que las garantías constitucionales de privacidad requieren mecanismos robustos de rendición de cuentas frente a quienes abusan o se lucran con datos personales obtenidos ilícitamente[52]. De igual modo, la responsabilidad civil debe traducir esa rendición de cuentas en deberes concretos de identificación, seguridad, trazabilidad y reparación.

La diligencia reforzada exige, al menos, una evaluación previa del riesgo antes de poner los datos a disposición para usos secundarios, la estricta minimización de los datos que circulan, la adopción de medidas de seguridad técnica actualizadas –incluidos cifrado, control de accesos, registro de operaciones y auditorías periódicas–, la trazabilidad completa de cada acceso, con identificación del sujeto que accede, del momento, de la finalidad y del permiso habilitante, y, finalmente, una respuesta rápida ante incidentes, acompañada de información efectiva al afectado y de mecanismos de reclamación accesibles.

La responsabilidad civil debe adaptarse a esta estructura: si un organismo autoriza indebidamente un acceso, si un tenedor entrega datos más amplios de los necesarios, si un usuario excede la finalidad autorizada o si un proveedor tecnológico incumple medidas de seguridad, cada sujeto debe responder en función de su intervención causal y de su esfera de control. Debe advertirse, no obstante, que este régimen de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC solo opera cuando el prestador sanitario es una entidad privada. Cuando el prestador es un servicio público de salud, el paciente no dispone de la acción del artículo 1902 CC, sino de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, con sus propios presupuestos, plazo de prescripción y vía de reclamación previa, lo que introduce una dualidad de regímenes de responsabilidad –contractual o extracontractual, de un lado, y patrimonial-administrativa, de otro– que la futura Ley española de Salud Digital debería coordinar expresamente para evitar desigualdades de tutela entre pacientes de la sanidad pública y de la privada. Asimismo, cuando la opacidad del sistema impida al afectado identificar el origen exacto del daño, de lege ferenda debería reconocerse la operatividad de reglas de solidaridad o de distribución interna de responsabilidad entre los intervinientes, pues el Derecho vigente no articula todavía un mecanismo específico para esta hipótesis.

De ahí que resulte razonable defender una carga dinámica de la prueba. Por ello, propugnamos de lege ferenda la corrección de la asimetría probatoria mediante una carga dinámica de la prueba –que debería desplazar al responsable la acreditación de la diligencia desplegada y de la ausencia de daño indemnizable en supuestos de brecha grave, reidentificación o incumplimiento de trazabilidad– ofrece una respuesta concreta al problema identificado tanto por la jurisprudencia nacional como por el propio TJUE. Estas ideas deben proyectarse, con mayor razón, sobre los datos relativos a la salud de los ciudadanos. Corresponde al afectado acreditar un daño o, al menos, una lesión objetivable de su esfera de control. Pero corresponde a quienes gestionan el sistema probar que actuaron con la diligencia debida, que el acceso estaba autorizado, que el

automática: este último remite al «Derecho de la Unión» y al Derecho «nacional» sin aclarar si la responsabilidad solidaria del artículo 82.4 RGPD se extiende a los sujetos del EEDS (que no ostentan la condición de «responsable» o «encargado» en sentido del RGPD). Resulta necesario que esta cuestión sea abordada pertinentemente por la futura Ley española de Salud Digital, que debería resolverla expresamente.

[52] BLÁZQUEZ RUIZ, «Aplicaciones de la inteligencia artificial al ámbito biosanitario: protección de datos y privacidad. Implicaciones éticas y legales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 56, 2022, p. 264.

tratamiento fue proporcional y que las medidas de seguridad eran adecuadas al riesgo. Por consiguiente, la asimetría informativa debe corregirse en el plano probatorio.

La trazabilidad debería erigirse, de lege ferenda, en una garantía civil autónoma –hoy no reconocida expresamente como tal en nuestro ordenamiento–. No serviría solo para auditorías administrativas, serviría para identificar responsables, reconstruir causalidad y cuantificar daños. Sin registros fiables de acceso y tratamiento, la acción civil se vuelve prácticamente ilusoria. Por ello, a nuestro juicio, la futura Ley española de Salud Digital debería concebir la trazabilidad no solo como requisito técnico, sino como presupuesto de tutela judicial efectiva en materia de daños sanitarios digitales.

La diligencia reforzada no se agota, por tanto, en impedir accesos no autorizados. Comprende también deberes de calidad, coherencia semántica, actualización y validación de los datos puestos a disposición para usos secundarios. Un dato clínico técnicamente accesible, pero incompleto, mal codificado o descontextualizado, puede generar riesgos propios: inferencias erróneas, resultados algorítmicos sesgados, conclusiones científicas defectuosas o decisiones sanitarias indirectamente lesivas. Cuanto mayor sea la escala de reutilización y más intensa la automatización del análisis, más exigible será que quienes custodian, describen o autorizan el uso de los datos puedan acreditar la idoneidad del conjunto utilizado para la finalidad declarada[53].

Esta exigencia se intensifica cuando los datos de salud sirven para entrenar, validar o alimentar sistemas de inteligencia artificial con impacto clínico. En tales casos, el riesgo no se limita a la privacidad, sino que puede proyectarse sobre la propia asistencia sanitaria. La diligencia exigible debe comprender la validación del sistema en un entorno comparable al de uso, la integración segura con la historia clínica, la supervisión humana efectiva, la documentación de la intervención algorítmica y la posibilidad real de corregir o rechazar la recomendación automatizada. Si la herramienta influye de forma relevante en el diagnóstico, la priorización o el tratamiento, el paciente debe conservar también un derecho material a comprender que ha existido esa intervención y a exigir una explicación suficiente[54].

5.3. Daño moral, prueba y causalidad

La cuestión más delicada es la prueba del daño moral. En materia de datos de salud, no debería exigirse al afectado una prueba psicológica excesiva cuando la lesión objetiva sea grave. La exposición no autorizada de una enfermedad, de un diagnóstico psiquiátrico, de un dato genético o de información reproductiva puede lesionar la intimidad por sí misma. También puede generar

[53] LAZCOZ MORATINOS/DE MIGUEL BERIAIN, «Is more data always better? On alternative policies to mitigate bias in Artificial Intelligence health systems», *Bioethics,* vol. 39, núm. 5, 2025, pp. 414-424; DE MIGUEL BERIAIN, «Medicina personalizada, algoritmos predictivos y utilización de sistemas de decisión automatizados en asistencia sanitaria. Problemas éticos», *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 30, 2019, pp. 93-109.

[54] DE MIGUEL BERIAIN, «La aplicabilidad del Reglamento de inteligencia artificial al ámbito salud y especialidades respecto de su cumplimiento», en COTINO HUESO/SIMÓN CASTELLANO (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, 2024, pp. 337-348. *Cfr.* LAZCOZ MORATINOS, «La vigilancia o supervisión humana en el artículo 14 del Reglamento de inteligencia artificial: ¿un mero requisito obligatorio para los sistemas de alto riesgo?», en COTINO HUESO/SIMÓN CASTELLANO (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea,* 2024, pp. 681-699.

miedo, vergüenza, estigmatización, pérdida de confianza y alteración de la vida personal o familiar.

El Tribunal de Justicia ha rechazado la existencia de un umbral mínimo de gravedad para el daño moral indemnizable del RGPD, aunque exige que el daño sea real y probado[55], doctrina reafirmada en 2025 al calificar la pérdida de control sobre los propios datos como un perjuicio inmaterial autónomo, reparable con independencia de cualquier umbral de gravedad[56]. En nuestra opinión, esta doctrina permite construir una regla equilibrada para datos de salud: no toda irregularidad formal genera indemnización automática, pero, de lege ferenda, proponemos que ciertas lesiones graves de control, confidencialidad o seguridad justifiquen una presunción razonable de daño moral, salvo prueba en contrario, sin que ello implique afirmar que tal presunción esté ya reconocida en el Derecho vigente.

Esta presunción sería especialmente justificada en tres supuestos: brecha grave de seguridad con acceso no autorizado a datos clínicos identificables, reidentificación de datos seudonimizados o aparentemente anonimizados, y uso de datos de salud para finalidades prohibidas o discriminatorias. También debería operar cuando el afectado no pueda conocer el alcance exacto de la difusión porque el responsable no conserva registros suficientes. No puede premiarse probatoriamente a quien incumple deberes de trazabilidad.

La causalidad presenta dificultades particulares. En un ecosistema interoperable, el daño puede resultar de una cadena de decisiones: recogida del dato, conservación, seudonimización defectuosa, autorización insuficiente, acceso excesivo, ausencia de controles y uso posterior. Por ello, el análisis causal debe atender a la posición de garante de cada interviniente. Quien crea o administra un riesgo digital significativo debe responder por las consecuencias previsibles de su materialización si no acredita haber adoptado medidas razonables.

La cuantificación debe atender a criterios como la naturaleza del dato, número de accesos, duración de la exposición, grado de identificabilidad, finalidad del tratamiento, vulnerabilidad del afectado, reiteración del incumplimiento, conducta posterior del responsable y medidas de mitigación. Asimismo, debe valorarse si el dato afectaba a enfermedad estigmatizante, salud mental, genética, salud sexual o información relativa a menores. Del mismo modo, la indemnización debe cumplir una función suficientemente disuasoria para que la tutela civil no sea absorbida por el coste ordinario de la actividad.

La coordinación con las sanciones administrativas es imprescindible. Una multa puede castigar el incumplimiento, pero no repara a la persona. Además, la existencia de sanción no debe impedir la reclamación civil, más bien puede servir como elemento probatorio del incumplimiento. A nuestro juicio, la resolución administrativa firme debería tener una eficacia relevante en el proceso civil, al menos respecto de los hechos constatados y la infracción declarada, sin perjuicio de la prueba del daño y de la causalidad.

[55] STJUE 4 mayo 2023, asunto C-300/21, UI c. *Österreichische Post* AG, apartados 50 y 51. En sentido complementario, STJUE de 25 de enero de 2024, BL c. *MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH*, C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72, apartados 60 a 67.

[56] STJUE de 4 de septiembre de 2025, *Quirin Privatbank*, C-655/23, ECLI:EU:C:2025:655, apartados 55 y 56.

Cabe plantearse, finalmente, si la indemnización civil en materia de datos de salud debe cumplir únicamente una función compensatoria o si puede incorporar, en determinados supuestos, una dimensión punitiva o desincentivadora suficientemente intensa. La cuestión es polémica en el Derecho continental, donde los daños punitivos carecen de reconocimiento expreso en el ordenamiento español. Sin embargo, la doctrina más atenta a los daños digitales ha señalado que la cuantificación meramente reparadora puede resultar insuficiente cuando el responsable haya obtenido beneficios derivados del tratamiento ilícito superiores a la indemnización pagada, o cuando la probabilidad de ser identificado y demandado sea estadísticamente baja, lo que convierte la responsabilidad en un coste tolerable de la actividad. Koziol ha argumentado que las funciones preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil, aunque secundarias en la tradición continental, adquieren mayor relieve cuando el daño afecta a bienes de la personalidad y cuando la asimetría entre dañante y dañado hace inviable la tutela puramente compensatoria[57]. En este marco, aunque no corresponda hablar de daños punitivos en sentido estricto, la jurisprudencia española podría desarrollar un criterio de cuantificación del daño moral que tome en consideración el beneficio obtenido por el infractor, la reiteración de la conducta, la posición de poder del responsable y la particular vulnerabilidad de los datos afectados. Esta orientación encuentra apoyo en la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación, que promueve que la reparación colectiva sea efectiva y disuasoria[58], y podría proyectarse sobre acciones colectivas en materia de brechas masivas de datos sanitarios, en las que la lesión individual es difusa pero el daño social es considerable.

6. La futura Ley española de Salud Digital

El proceso español de elaboración de la futura Ley de Salud Digital ofrece una ocasión especialmente relevante para integrar la dimensión iusprivatista del EEDS. La norma no debería limitarse a organizar la interoperabilidad, crear autoridades o reproducir categorías europeas. Debe preguntarse también qué remedios tendrá el ciudadano si el sistema falla. En nuestra opinión, esta es la verdadera prueba de madurez de la digitalización sanitaria: no solo funcionar, sino responder.

La descentralización sanitaria española añade complejidad. Las comunidades autónomas gestionan servicios sanitarios y sistemas de información con distintos grados de madurez. La futura historia clínica digital interoperable debe operar en todo el territorio y, además, integrar a prestadores privados. PERNA, CRUZ-MARTÍNEZ y MORENO FUENTES han analizado cómo la movilidad de pacientes y la descentralización sanitaria plantean retos específicos para el Sistema Nacional de Salud[59]. Igualmente, la gobernanza de datos exigirá coordinación técnica y jurídica para que la protección civil no varíe según territorio.

La estructura federada del futuro espacio nacional refuerza esta exigencia. Si los datos no se integran en un repositorio único, sino que permanecen en distintos sistemas conectados

[57] KOZIOL, «Punitive Damages: Admission into the Club*?», Journal of European Tort Law*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 9-37. DOI: https://doi.org/10.1515/JETL.2010.9.

[58] 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 consumidores. DOUE L 409, de 4 de diciembre de 2020.

[59] PERNA/CRUZ-MARTÍNEZ/MORENO FUENTES, «Movilidad de pacientes y descentralización sanitaria: respuestas y retos en el Sistema Nacional de Salud español», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 30, 2022, pp. 27-44, especialmente pp. 31-37.

mediante protocolos comunes, la garantía civil no puede depender del nodo desde el que se produzca el acceso, de la comunidad autónoma que custodie la información o del grado de madurez tecnológica de cada plataforma. La futura Ley debería establecer un suelo común de protección aplicable a todos los participantes: registro completo de accesos, trazabilidad interoperable, criterios homogéneos de notificación de incidencias, ejercicio portable del derecho de autoexclusión y un canal claro para que el ciudadano pueda identificar frente a quién debe reclamar[60].

La perspectiva civil aconseja introducir, al menos, ocho previsiones. La primera es un mecanismo nacional de opt-out único, accesible, comprensible, reversible y operativo frente a prestadores públicos y privados. La segunda es un deber reforzado de información al ciudadano, con lenguaje claro y explicación de las finalidades de uso secundario. La tercera es una obligación de trazabilidad individualizada que permita conocer accesos, permisos, usuarios y finalidades. La cuarta previsión debería ser una regla probatoria específica. En caso de brecha grave, reidentificación o incumplimiento de trazabilidad, correspondería al responsable acreditar la diligencia desplegada y la ausencia de daño indemnizable. La quinta previsión sería una vía de reclamación civil ágil, especializada y coordinada con la Agencia Española de Protección de Datos y con los órganos de acceso a datos de salud. La sexta consistiría en reconocer expresamente la posibilidad de daño moral por pérdida objetiva de control sobre datos sanitarios especialmente sensibles. La séptima previsión debería consistir en una regla específica de gobernanza multinivel. La futura ley debe prever cómo se articulan los organismos de acceso a datos de salud, los servicios autonómicos, los prestadores privados, los comités éticos y las autoridades de protección de datos. La experiencia del Mercado Único Digital demuestra que la armonización normativa pierde eficacia si no se acompaña de una participación real de los niveles subestatales y de mecanismos de coordinación que eviten asimetrías territoriales en la disponibilidad y calidad de los datos[61]. La octava previsión debería conectar expresamente el modelo español con la gobernanza europea del EEDS. El Consejo del EEDS ha sido configurado como foro de cooperación entre Estados miembros y Comisión, con capacidad para emitir contribuciones escritas, guías de ejecución, directrices no vinculantes, hojas de ruta, estrategias de comunicación e intercambios de buenas prácticas, además, su funcionamiento se somete a reglas de secreto profesional, acceso documental y transparencia. La futura ley española debería prever un mecanismo interno para incorporar esas orientaciones al sistema nacional, publicarlas de modo comprensible, explicar su impacto sobre los derechos de los ciudadanos y evitar que la gobernanza técnica se desplace a espacios opacos sin rendición de cuentas[62]. Adicionalmente, la futura ley debería precisar la relación entre los organismos nacionales y regionales de acceso a datos de salud. Si la autorización se decide a nivel nacional, puede faltar conocimiento contextual sobre la procedencia y calidad del dato. Si se decide a nivel regional, puede surgir

[60] DE MIGUEL BERIAIN/LÓPEZ DE LA PEÑA DE PABLO/LOYO-MENOYO, «El nuevo reglamento europeo relativo al espacio europeo de datos de salud: su impacto en la gobernanza del dato y su uso ético y seguro», cit.; DE MIGUEL BERIAIN/ATIENZA-MACÍAS/ARMAZA ARMAZA, «The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities», *Disaster Medicine and Public Health Preparedness,* vol. 9, núm. 2, 2015, pp. 234-238.

[61] RECUERO, «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», cit.; PÉREZ DE LAS HERAS, «Hacia el Mercado Único Digital en la Unión Europea: retos y potencialidades para los entes subestatales», *Ekonomiaz,* núm. 98, 2020, pp. 150-171.

[62] Reglamento de Ejecución (UE) 2026/771 de la Comisión, de 7 de abril de 2026, por el que se establecen las medidas necesarias para el establecimiento y el funcionamiento del Consejo del Espacio Europeo de Datos de Salud, considerandos 1 a 5 y arts. 2, 8, 9 y 10.

fragmentación y desigualdad. Por ello, parece preferible un modelo coordinado: decisión homogénea, intervención técnica regional cuando sea necesaria y registro nacional de permisos, accesos e incidencias.

También debe atenderse a la incorporación de tecnologías emergentes. La consulta pública ministerial menciona inteligencia artificial, biometría y neurotecnologías. Estas herramientas pueden mejorar diagnóstico y seguimiento, pero también intensificar la inferencia de información íntima. PÉREZ-UGENA ha advertido que la inteligencia artificial presenta riesgos significativos para los derechos fundamentales cuando opera mediante decisiones opacas o tratamientos masivos de datos[63]. Por consiguiente, la ley española debería prever garantías civiles frente a decisiones automatizadas o inferencias sanitarias perjudiciales. Entre esas tecnologías, los neurodatos merecen una mención específica. Su eventual integración en el EEDS no puede resolverse mediante una simple equiparación con otros datos sanitarios. Por su capacidad para revelar estados cognitivos, emocionales o conductuales, y por su posible utilización en el entrenamiento de sistemas de inteligencia artificial, deberían recibir una protección reforzada: exclusión de bases legitimadoras débiles cuando el acceso sea pretendido por usuarios privados, exigencia de motivación cualificada en el permiso de datos, posibilidad de consentimiento explícito para determinados usos secundarios y reconocimiento de un derecho de autoexclusión especialmente visible y granular[64].

No se trata, por lo tanto, de frenar la innovación. Se trata de disciplinarla jurídicamente. La investigación biomédica necesita datos, la medicina personalizada necesita interoperabilidad, la salud pública necesita información de calidad. Pero la persona necesita saber que no queda indefensa ante un ecosistema que no comprende. De la misma manera, el interés público no puede convertirse en una cláusula general de disponibilidad de la intimidad.

En este punto, la legislación civil y sanitaria debería asumir una idea de proporcionalidad material. Cuanto más sensible sea el dato, mayor debe ser la garantía. Cuanto más amplio sea el acceso, mayor debe ser la trazabilidad. Cuanto más opaco sea el sistema técnico, mayor debe ser la carga explicativa. Y cuanto más difícil sea para el afectado probar la lesión, más necesario será corregir la asimetría probatoria. Así entendido, el Derecho civil no obstaculiza el EEDS, lo legitima.

7. Conclusiones y propuestas de lege ferenda

Primera. El EEDS representa una oportunidad relevante para mejorar la asistencia sanitaria, la investigación biomédica y la formulación de políticas públicas. Su finalidad es legítima y responde a una necesidad real de interoperabilidad europea. Sin embargo, esa oportunidad no elimina la naturaleza civilmente sensible del dato de salud.

Segunda. La información sanitaria se integra en la esfera de los derechos de la personalidad. No es un dato neutro ni puramente administrativo. Puede afectar a la identidad, la reputación, la

[63] PÉREZ-UGENA, «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 72, núm. 1, 2024, pp. 321-330.

[64] NAVAS NAVARRO, «Neurodatos y Espacio Europeo de Datos de Salud. Los "intereses legítimos" del usuario de datos», *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 14, 2026, pp. 139-173.

vida familiar, la empleabilidad, la asegurabilidad y la confianza en el sistema sanitario. Su reutilización exige garantías materiales, no solo gobernanza formal.

Tercera. El tránsito del consentimiento individual al modelo de autorización institucional con *opt-out* altera la posición jurídica del ciudadano. El derecho de autoexclusión puede ser una garantía útil, pero solo si es accesible, comprensible, reversible, granular y homogéneo. Un *opt-out* formalmente reconocido pero difícil de ejercer no satisface la exigencia civil de autonomía.

Cuarta. La ciberseguridad sanitaria debe formar parte del contenido de la diligencia civil exigible. En salud, una brecha de seguridad, una reidentificación o una inferencia algorítmica pueden producir daño moral, pérdida de control y perjuicios patrimoniales. La protección no puede descansar en la presunción de que la anonimización elimina todo riesgo.

Quinta. El artículo 100 EEDS reconoce el derecho a indemnización por daños materiales y morales, pero no establece un régimen civil reforzado. La futura legislación española debería concretar reglas de legitimación, prueba, trazabilidad, presunción de daño moral en supuestos graves y coordinación entre sanción administrativa e indemnización privada.

Sexta. A nuestro juicio, la tutela civil del EEDS debe construirse sobre una idea sencilla: la confianza ciudadana no nace de la mera interoperabilidad, sino de la posibilidad real de controlar, conocer y reparar. La innovación regulatoria solo será legítima si preserva la dignidad, la autonomía y la intimidad del paciente. En materia de datos de salud, la reparación efectiva no es un complemento del sistema, es una condición de su legitimidad.

Séptima. El éxito jurídico del EEDS no podrá medirse solo por la existencia de normas, autoridades y procedimientos de acceso. Desde el Derecho civil, la cuestión decisiva será si el sistema permite generar una confianza verificable: que el ciudadano pueda comprender el destino de sus datos, que los operadores puedan demostrar la licitud y diligencia de cada uso, que las incidencias sean trazables y que los daños encuentren una vía real de reparación. Sin esa dimensión probatoria y remedial, la interoperabilidad corre el riesgo de convertirse en una infraestructura eficiente para los usuarios de datos, pero insuficientemente protectora para quienes los originan.

Octava. Asimismo, el caso español puede aportar una respuesta relevante para otros Estados miembros. La descentralización del Sistema Nacional de Salud obliga a diseñar mecanismos de coordinación que permitan compatibilizar pluralidad institucional e igualdad de protección. Si España consigue articular un modelo de historia clínica interoperable, opt-out efectivo, trazabilidad y reparación civil reforzada, podrá ofrecer una pauta útil para la implementación nacional del EEDS en la Unión Europea.

Novena. De lege ferenda, la futura Ley española de Salud Digital debería convertir la trazabilidad en un derecho subjetivo operativo. No bastaría con registrar accesos para fines internos de auditoría: el ciudadano debe poder conocer, de forma comprensible, qué entidades han accedido a sus datos, con qué permiso, para qué finalidad y durante qué periodo, salvo límites estrictos, motivados y revisables. Esta información debería integrarse en una interfaz única para todo el Sistema Nacional de Salud y para los prestadores privados incorporados al ecosistema.

Décima. La ley debería establecer un estatuto civil del uso secundario de datos de salud. Ese estatuto tendría que incluir: opt-out nacional, multicanal y reversible, información reforzada sobre finalidades, categorías de datos y usuarios, reglas de granularidad para datos genéticos, biométricos, neurodatos, salud mental, enfermedades raras y menores, prohibición de invocar intereses puramente comerciales como justificación suficiente para acceder a datos especialmente sensibles, y obligación de motivar de forma reforzada todo permiso concedido a usuarios privados para entrenamiento o validación de sistemas de inteligencia artificial.

Undécima. La ley debería prever una regla específica de responsabilidad y prueba. En caso de brecha grave, reidentificación, incumplimiento del registro de accesos, uso fuera de finalidad o imposibilidad de reconstruir la cadena de tratamiento, debería presumirse la falta de diligencia del operador correspondiente, sin perjuicio de que este pueda acreditar que adoptó todas las medidas técnicas, organizativas y contractuales exigibles. Esta regla no eliminaría la necesidad de daño real, pero corregiría la asimetría probatoria que padece el paciente frente a infraestructuras de datos complejas.

Duodécima. Finalmente, la ley debería crear una vía de tutela civil especializada, sencilla y rápida, coordinada con la Agencia Española de Protección de Datos, los organismos de acceso a datos de salud y las autoridades sanitarias autonómicas. La digitalización sanitaria solo será legítima si el ciudadano puede reclamar sin tener que reconstruir por sí solo una cadena técnica que no controla. En ese punto se juega, en última instancia, la confianza civil del EEDS: que la interoperabilidad no deje al paciente más expuesto, sino mejor protegido.

8. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, «El espacio europeo de datos de salud. Daños indemnizables», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir.), *Fundamentos, prueba y justicia del daño*, Aranzadi, Cizur Menor, 2026, pp. 561-594.

BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier, «Aplicaciones de la inteligencia artificial al ámbito biosanitario: protección de datos y privacidad. Implicaciones éticas y legales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 56, 2022, pp. 245-268.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, «Tratamiento de datos de salud en la prestación de servicios sociales», *Derecho y Salud*, vol. 18, núm. 1, 2009, pp. 1-19.

BYGRAVE, Lee Andrew, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

CABALLERO TRENADO, Laura, «Cartografía legal de la autodeterminación informativa digital. Un derecho de construcción jurisprudencial», *Universitas*, núm. 35, 2021, pp. 2-27. DOI: https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6189.

CADENAS OSUNA, Davinia, «El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica», *InDret*, núm. 4, 2016, pp. 1-42.

CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud, «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», *InDret,* núm. 2, 2019, pp. 1-31. https://indret.com/proteccion-de-datos-en-el-ambito-de-la-historia-clinica/.

CASAROSA, Federica, «Cybersecurity of Internet of Things in the health sector: Understanding the applicable legal framework», *Computer Law & Security Review*, vol. 53, 2024, pp. 1-12. https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.105982.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo y LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. ALGUNAS sugerencias de enmienda», *Quaestio Iuris*, vol. 11, núm. 1, 2018, pp. 445-460. https://doi.org/10.12957/rqi.2018.31729.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo/ATIENZA-MACÍAS, Elena/ARMAZA ARMAZA, Emilio, «The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities», *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, vol. 9, núm. 2, 2015, pp. 234-238. DOI: https://doi.org/10.1017/dmp.2015.10.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «MEDICINA PERSONALIZADA, ALGORITMOS PREDICTIVOS Y UTILIZACIÓN DE SISTEMAS DE DECISIÓN AUTOMATIZADOS EN ASISTENCIA SANITARIA. PROBLEMAS ÉTICOS», *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 30, 2019, pp. 93-109.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «SHOULD WE HAVE A RIGHT TO REFUSE DIAGNOSTICS AND TREATMENT PLANNING BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE?», *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 23, 2020, pp. 247-252. DOI: https://doi.org/10.1007/s11019-020-09939-2.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo /SANZ, Begoña/LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «MACHINE LEARNING IN THE EU HEALTH CARE CONTEXT: EXPLORING THE ETHICAL, LEGAL AND SOCIAL ISSUES», *Information, Communication & Society*, vol. 23, núm. 8, 2020, pp. 1139-1153. DOI: https://doi.org/10.1080/1369118X.2020.1719185.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «LA APLICABILIDAD DEL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL ÁMBITO SALUD Y ESPECIALIDADES RESPECTO DE SU CUMPLIMIENTO», EN COTINO HUESO, LORENZO/SIMÓN CASTELLANO, PERE (DIRS.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Las Rozas, 2024, pp. 337-348.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «Los derechos relativos al uso primario de los datos personales en el Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud. Una visión panorámica», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 64, 2025, pp. 71-96.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo./LÓPEZ DE LA PEÑA DE PABLO, Mercedes/LOYO-MENOYO, Mónica, «El nuevo reglamento europeo relativo al espacio europeo de datos de salud: su impacto en la gobernanza del dato y su uso ético y seguro», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 61, 2025, pp. 1-30. DOI: https://doi.org/10.1387/rdgh.27342.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 54-111.

DE LECUONA, Itziar, «Evaluación de los aspectos metodológicos, éticos, legales y sociales de proyectos de investigación en salud con datos masivos (big data)», *Gaceta Sanitaria*, vol. 32, núm. 6, 2018, pp. 576-578.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

EVANGELIO LLORCA, Raquel, «Responsabilidad civil e inteligencia artificial en el ámbito sanitario», en Álvarez Lata, Natalia (coord.) *et al., Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificia*l, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 149-222.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Los derechos de la personalidad», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith (coords.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 595-631.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, Cham, 2014. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-05023-2.

GYMREK, Melissa, MCGUIRE, Amy Lynn L, GOLAN, DAVID, HALPERIN, ERAN, y ERLICH, Yaniv, «Identifying Personal Genomes by Surname Inference», *Science*, vol. 339, núm. 6117, 2013, pp. 321-324. https://doi.org/10.1126/science.1229566.

JORQUI AZOFRA, María, «DERECHOS Y DISPOSICIONES RELATIVAS AL USO PRIMARIO DE LOS DATOS DE SALUD ELECTRÓNICOS PERSONALES», EN EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª ÁNGELES/LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL/JORQUI AZOFRA, MARÍA/VIDÁN PEÑA, JAVIER, *Régimen jurídico de protección de datos de salud en el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS)*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 49-114.

KOZIOL, Helmuth, «Punitive Damages: Admission into the Club?», *Journal of European Tort Law*, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 9-37. DOI: https://doi.org/10.1515/JETL.2010.9.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «La vigilancia o supervisión humana en el artículo 14 del Reglamento de inteligencia artificial: ¿un mero requisito obligatorio para los sistemas de alto riesgo?», en Cotino Hueso, Lorenzo/Simón Castellano, Pere (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Las Rozas, 2024, pp. 681-699.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo/DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, «Is more data always better? On alternative policies to mitigate bias in Artificial Intelligence health systems», *Bioethics*, vol. 39, núm. 5, 2025, pp. 414-424. DOI: https://doi.org/10.1111/bioe.13398.

LOZA CORERA, María, «Datos y gobernanza de datos y conexiones con principios protección de datos en el artículo 10 del Reglamento», en COTINO HUESO, LORENZO/SIMÓN CASTELLANO, PERE (DIRS.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Las Rozas, 2024, pp. 565-591.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, «El acceso a los datos relativos a la salud: criterios aplicables de acuerdo con la Ley de transparencia y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 12, 2018, pp. 1-21.

MARTÍN JIMÉNEZ, Francisco Javier, «Big Data: riesgos y soluciones desde el Derecho y desde los principios», *Revista de Derecho Político*, núm. 119, 2024, pp. 215-249.

OHM, Paul, «Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization», *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1701-1777.

NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.), *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado. Con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19),* Comares, Granada, 2021.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Computación en la nube: Big Data y protección de datos personales», *InDret*, núm. 4, 2015, pp. 1-48.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Neurodatos y Espacio Europeo de Datos de Salud. Los "intereses legítimos" del usuario de datos», *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 14, 2026, pp. 139-173. DOI: https://doi.org/10.62158/cdp.93.

NISSENBAUM, H., *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life,* Stanford University Press, Stanford, 2010.

ORDÁS ALONSO, Marta, «Intimidad, secreto médico y protección de datos sanitarios», en GARCÍA AMADO, J. A. (coord.), *Razonar sobre derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 773-834.

PELLEGRINO, Edmun Daniel. y THOMASMA, David Charles, *A Philosophical Basis of Medical Practice*, Oxford University Press, New York, 1981.

PENASA, Simone, *et al.,* «The EU General Data Protection Regulation: How will it impact the regulation of research biobanks? Setting the legal frame in the Mediterranean and Eastern European area», *Medical Law International*, vol. 18, núm. 4, 2018, pp. 241-255. DOI: https://doi.org/10.1177/0968533218765044.

PERNA, Roberta, CRUZ-MARTÍNEZ, Gibrán y MORENO FUENTES, Francisco javier, «Movilidad de pacientes y descentralización sanitaria: respuestas y retos en el Sistema Nacional de Salud español», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 30, 2022, pp. 27-44. https://doi.org/10.24965/gapp.i30.10978.

PÉREZ-UGENA, María, «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales», Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, vol. 72, núm. 1, 2024, pp. 307-337. https://doi.org/10.18543/ed.3108.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Hacia el Mercado Único Digital en la Unión Europea: retos y potencialidades para los entes subestatales», *Ekonomiaz*, núm. 98, 2020, pp. 150-171.

PRIETO SANCHÍS, Luis, «El constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 24, núm. 71, 2004, pp. 47-72. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=918875.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, El derecho fundamental a la protección de datos personales, Dykinson, Madrid, 2018.

RECUERO, Mikel, «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 525-551. DOI: https://doi.org/10.31009/InDret.2024.i2.13.

ROCHER, Luc, HENDRICKX, Julien M. y DE MONTJOYE, Yves-Alexandre, «Estimating the Success of Re-identifications in Incomplete Datasets Using Generative Models», *Nature Communications*, vol. 10, 2019, art. 3069. https://doi.org/10.1038/s41467-019-10933-3.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 2018, pp. 53-87.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Espacio Europeo de Datos de Salud y responsabilidad civil. La norma indemnizatoria del artículo 100 del Reglamento (UE) 2025/327», en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Uso de Inteligencia Artificial en la Cirugía 4.0 y Salud Digital: Incidencias Jurídicas -Perspectivas Tecnológicas, Médicas y Legales-,* Dykinson, Madrid, 2026, pp. 877-928.

SÁIZ RAMOS, Macarena/LARIOS RISCO, David, «El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas», *Derecho y Salud*, vol. 18, núm. 1, 2009, pp. 21-41.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 168-191.

SIMÓN MARCO, Jesús María, «Evolución del derecho a la protección de datos y disrupción tecnológica: ¿estamos vallando el campo?», *Revista CEFLegal*, núm. 233, 2020, pp. 89-120.

SHRINGARPURE, Suyash S., y BUSTAMANTE, Carlos Daniel, «Privacy Risks from Genomic Data-Sharing Beacons», *American Journal of Human Genetics*, vol. 97, núm. 5, 2015, pp. 631-646. https://doi.org/10.1016/j.ajhg.2015.09.010.

WACHTER, Sandra y MITTELSTADT, Brent, «A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI», *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, núm. 2, 2019, pp. 494-620. Disponible en: https://doi.org/10.7916/cblr.v2019i2.3424.

ZECH, Herbert, «A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights in data», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, núm. 6, 2016, pp. 460-470. DOI: https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw072.

VILLANUEVA TURNES, Alejandro, «El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 208-221.

InDret
4.2026

Fallas de mercado y Derecho continental: una propuesta de aplicación dogmática del análisis económico del derecho

Rodrigo Barcia Lehmann
Universidad Autónoma de Chile

Sumario

Este artículo propone emplear la noción económica de «falla de mercado» como criterio dogmático —operado a través de la teoría de las cláusulas generales— para reforzar la comprensión del contrato y, de manera más intensa, en la protección del consumidor. La propuesta adopta una concepción restringida de la falla de mercado y desarrolla un test operativo de identificación y de selección de remedios, orientado a reducir discrecionalidad judicial y a evitar riesgos de sobreintervención, manteniendo como criterio de control la reducción de pérdidas sociales. El objetivo último de este trabajo es determinar cómo se puede aplicar el AED al Derecho continental.

Abstract

This article proposes using the economic notion of «market failure» as a doctrinal criterion—operationalized through the theory of general clauses—to strengthen contract theory and, more intensely, consumer protection. The proposal adopts a restricted conception of market failure and develops an operational test for identifying failures and selecting remedies, aimed at reducing judicial discretion and preventing over-intervention, while using the reduction of social losses as a control criterion. The ultimate goal of this work is to determine how AED can be applied to civil law.

Title: *Market Failures and Civil Law: A Proposal for the Dogmatic Application of the Law and Economics.*

Palabras clave: Contrato, protección del consumidor, fallas de mercado, asimetrías de información, cláusulas generales, eficiencia, pérdidas sociales.
Keywords**:** *Contract, consumer protection, market failures, information asymmetries, general clauses, efficiency, social losses.*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.08

InDret

4.2026

Recepción
16/03/2026
-
Aceptación
22/07/2026
-

Índice

-

1. Introducción
2. Fundamento y metodología utilizada
3. La falla de mercado dentro de la teoría del contrato
3.1. El principio de eficiencia como criterio hermenéutico: ¿en qué consiste una falla de mercado?
3.2. El concepto de falla de mercado y su relevancia
3.3. La teoría que se plantea no está exenta de críticas aún desde el AED
4. La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales
4.1. La teoría de las cláusulas generales
4.2. La determinación de los deslindes de la falla de mercado como concepto jurídico, y los criterios de teoría de cláusula general para fundar una sentencia
4.3. Base dogmática de la propuesta en el Derecho vigente: la norma habilitante como presupuesto de aplicación
5. Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general
5.1. Una enumeración de las fallas de mercado, o cómo se genera una falla de mercado
a. Una cuestión previa: la detección de indicios de fallas de mercado
b. Enumeración no taxativa de fallas de mercado
5.2. Selección del remedio por mecanismo aplicable
5.3. Debe existir un mecanismo de control de eficiencia del mecanismo, que permita determinar en el tiempo si se está aplicando de forma correcta
6. Los instrumentos judiciales disponibles para aplicar el test
7. Una aplicación de la teoría de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales: las cláusulas abusivas
8. A modo de conclusiones
8.1. Conclusiones generales
8.2. Conclusiones específicas
9. Bibliografía

-

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

1. Introducción

Existen muchos trabajos que señalan cómo el AED resuelve muchos de los problemas apremiantes en el Derecho de los contratos, y del consumo. El presente trabajo no tiene ese objetivo sino el levantar una teoría conforme a la cual sea posible aplicar el AED al Derecho continental. Naturalmente que como la mayoría de los trabajos de AED se parte de la noción de eficiencia, pero se específica en una falla de mercado, concebida como un criterio dogmático a partir del cual es posible, a través de la teoría de cláusulas generales, aplicar el AED.

A primera vista, este planteamiento podría parecer poco innovador, en la medida en que retoma el principio de eficiencia como fundamento del contrato. Sin embargo, la concreción de dicho principio mediante la teoría de cláusulas generales, basada en el concepto económico de «falla de mercado», introduce un elemento original para intervenir un contrato. Es decir, lo que se busca es, sin recurrir a una exégesis respecto del principio de eficiencia, aplicarlo conforme a la teoría de cláusulas generales. Otro aspecto que se debe recalcar del presente trabajo, es que se plantea al AED como no contraria a la teoría clásica del contrato. El AED se presenta como una teoría que permite construir un Derecho de contratos, que complementa adecuadamente la teoría clásica, sin sustituirla, otorgándole mayor capacidad explicativa, funcional y predictiva. En el ámbito del Derecho del consumo, donde la intervención judicial resulta más intensa, debido a la asimetría de información propia de la relación entre proveedor/empresario y consumidor/usuario, la noción de falla de mercado se erige como un instrumento particularmente idóneo para garantizar una protección eficaz del consumidor. No obstante, es necesario advertir que este trabajo no está exento de dificultades. Las teorías contractuales, sustentadas en la teoría de cláusulas generales, han sido criticadas por generar un Derecho carente de certeza y a veces de orientación; del mismo modo, que desde la economía se reprocha el uso excesivo del concepto de falla de mercado, por haber dado lugar a una sobre regulación legal y judicial.

Por ello, este artículo propone una concepción restringida y técnicamente delimitada de la falla de mercado, precisamente para evitar los riesgos de indeterminación, sobreintervención y pérdida de certeza jurídica. Desde esta perspectiva, se busca reconducir el Derecho contractual hacia sus funciones centrales —seguridad jurídica, eficacia y eficiencia— mediante herramientas provenientes del Análisis Económico del Derecho, pero integradas dentro de una estructura dogmática propia del Derecho privado. En síntesis, la falla de mercado puede operar como criterio de concreción de cláusulas generales en materia contractual, permitiendo incorporar razonamientos económicos al razonamiento jurídico sin sustituir las categorías tradicionales del contrato. La novedad del planteamiento reside, así, en proponer una vía dogmáticamente controlada para la recepción del AED, a través de una técnica hermenéutica ampliamente reconocida por el Derecho continental. Así, la propuesta no atribuye a la falla de mercado eficacia normativa autónoma. Su aplicación presupone siempre una norma habilitante del Derecho vigente, de modo que la eficiencia opera como criterio auxiliar de interpretación, integración o selección de remedios, y no como fundamento independiente de intervención judicial.

2. Fundamento y metodología utilizada

La falla de mercado, aplicada conforme a la teoría de cláusulas generales, de forma débil en el contrato, y de forma más fuerte en el Derecho del consumo —o la contratación con parte predispuesta a través de condiciones generales—robustece la estructura teórica contractual. Y

esta estructura dogmática reforzada facilita la solución de complejos problemas contractuales, y de protección del consumidor. Además, le otorga un grado relevante de seguridad y certeza al derecho. En este sentido, el presente artículo recurre a la falla de mercado —como criterio estatutario y dogmático en la teoría del contrato y la protección del consumidor— y pretende el logro de los siguientes objetivos:

a. Levantar objetivamente criterios concretos de falla de mercado en materia de contratos, y fundamentalmente en materia de Derecho de consumo (se trataron las asimetrías de información dado que hay un cierto consenso en justificar el Derecho del Consumo en esta figura), pero se recurrirá también a otras fallas de mercado, como costos de transacción, externalidades positivas y negativas, etc.

b. Plantear concreta y dogmáticamente cómo es posible aplicar el principio de eficiencia, concretizado a través del concepto de falla de mercado, al Derecho de contratos y especialmente a Derecho de consumo.

Este artículo pretende, a través de una metodología propia del Derecho, plantear una relación conceptual entre falla de mercado, eficiencia y pérdida social, propios del AED con las figuras propias del Derecho contractual continental. Para el logro de este objetivo, el presente artículo recurre a las fallas de mercado, que se aplica al caso concreto conforme a la teoría de cláusulas generales, en tres etapas. Primero se recurre a las fallas de mercado como concepto normativo; segundo se aplica un test de fracaso de mercado, o detección de fallas de mercado, y finalmente se hace una aplicación de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales. Además, se establece un mecanismo de evaluación de esta metodología, respecto de la capacidad del sistema (norma o sentencia) de reducir las pérdidas sociales. El aporte es doble: (i) ofrece un test operativo que reduce discrecionalidad judicial y riesgos de sobre—intervención; y (ii) muestra su rendimiento en un caso típico de contratación masiva: cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Para el logro de los objetivos planteados el artículo se dividirá en varias de partes. Las primera dos partes son introductorias. En la tercera parte —denominada como «La falla de mercado como sustento de la teoría del contrato»— se identifica la falla de mercado como una mejor forma de aplicación del principio de eficiencia y se determina su mecanismo causal. En la cuarta parte —denominada: «La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales» — se justificará y planteará cómo se aplica la teoría de cláusula general. En la quinta parte —intitulada: «Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general»— se generará la metodología conforme a la cual se puede aplicar esta tesis al caso concreto. En la sexta parte se hará una aplicación práctica de lo planteado precedentemente.

Finalmente, este artículo no sostiene que toda intervención judicial deba transformarse en economista del bienestar. Sostiene, más restrictivamente, que allí donde el ordenamiento ya contempla una norma habilitante de control —por ejemplo, buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual o protección del consumidor—, la noción de falla de mercado puede operar como un criterio predominante de racionalización dogmática, orientado a identificar la disfunción contractual relevante, seleccionar el remedio menos costoso, controlar riesgos de sobreintervención, y, naturalmente, aumentando el bienestar agregado.

3. La falla de mercado dentro de la teoría del contrato

3.1. El principio de eficiencia como criterio hermenéutico: ¿en qué consiste una falla de mercado?

La referencia del Derecho al AED es, en gran medida, indirecta, pero su influencia resulta mucho más profunda de lo que habitualmente se reconoce. El presente trabajo busca otorgar un sustento teórico y dogmático a dicha aplicación, mostrando cómo el AED puede integrarse en la estructura conceptual del Derecho sin alterar su naturaleza normativa.
El AED, no obstante, este enfoque, no puede erigirse como el único criterio de interpretación o aplicación jurídica en materia de contratos o Derecho del consumo. El propósito de este trabajo es, más bien, incorporar los aportes del AED dentro del marco dogmático del Derecho[1], de modo que sirvan como herramienta para el razonamiento jurídico y la toma de decisiones judiciales, especialmente en el ámbito contractual.

La economía estudia cómo asignar recursos escasos, logrando el máximo de satisfacción social[2]. Por ello, es eficiente la asignación de recursos o derechos de actuación (en los que se incluye la responsabilidad civil), que logre un máximo de bienestar social. La satisfacción social, en la teoría de los contratos, se traduce en que el objetivo de éstos, no es otro que el lograr la mejor asignación de recursos posible. Para el AED el mercado perfecto, y especialmente el concepto de falla de mercado, conceptualmente deben fijar el «deber ser» de la norma[3]. El Derecho debe propender al mercado perfecto, aunque en realidad dicho objetivo jamás será alcanzado. Por tanto, se está frente a un concepto «normativo» de relevancia. Esta es la mejor manera de proteger a los contratantes, al consumidor, o al propio ciudadano. En este sentido, el AED es aplicable tanto al Derecho Público como al privado. El desarrollo del mercado de masas no sólo beneficia a los proveedores, sino también a los consumidores. En pocas palabras, el alejamiento del «mercado real» respecto del «mercado perfecto» es lo que debe tratar de impedir la norma jurídica, o la sentencia del tribunal[4]. El Derecho, por tanto, debe acortar la brecha entre el mercado real y el mercado perfecto. El ordenamiento jurídico y su aplicación debe reducir esta brecha, y para ello es necesario recurrir a la hermenéutica jurídica. Sin perjuicio de lo cual, el

[1] CABRILLO indica, a este respecto, que: «[e]l análisis económico del derecho no plantea que la eficiencia deba ser el único criterio a la hora de valorar la legislación, la regulación y la jurisprudencia; pero sí que aprobar normas o dictar sentencias sin atribuir la debida relevancia a este criterio puede producir efectos negativos en el desarrollo económico». CABRILLO RODRÍGUEZ, «La economía, el Estado y el derecho», Información Comercial Española (ICE): *Revista de economía*, 905, 2018, p. 36. En el mismo sentido CALABRESI, y MELAMED señalan que: «[l]a eficiencia económica, sin embargo, no es la única razón que induce a la sociedad a seleccionar un determinado conjunto de derechos. Las preferencias de distribución de la riqueza son otras y es por ello que ahora debemos abocarnos a los fundamentos distributivos de asignaciones diversas de derechos». CALABRESI/MELAMED, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review,* 85(6), 1972, p. 1098.

[2] La economía también se ocupa de determinar cómo lograr la mejor distribución posible. Nuevamente acá los incentivos, que genera la política distributiva, será lo esencial no siendo extraño que muchas políticas distributivas en lugar de disminuir la pobreza la aumenten.

[3] A lo que en este trabajo se agrega la exigencia de una norma o criterio habilitante.

[4] Precisamente, evitar un tratamiento inadecuado de las fallas de mercado exige que la decisión judicial se funde también en criterios de eficiencia. No puede pasarse por alto que incluso una 'buena ley' puede ser mal aplicada por los tribunales, generando resultados ineficientes o contrarios a su finalidad regulatoria. CABRILLO plantea esta idea con las siguientes palabras: «[p]or ello, este análisis debe aplicarse tanto a la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo como a la de los tribunales de justicia». CABRILLO (2018: 36).

presente trabajo propugna una aplicación acotada del AED, desde que no se desconoce la relevancia de la autonomía privada.

La argumentación jurídica, como la aplicación e interpretación del Derecho, es una poderosa herramienta para «corregir» las fallas de mercado, entendida como lo que entorpece que una sociedad concreta alcance el mercado perfecto, o lo que impide que el mercado real se acerque a aquél. Pero ésta es sólo una primera aproximación. En este trabajo se utiliza un concepto específico de falla de mercado. La falla de mercado presupone una disfunción estructural identificable. De este modo, en presencia de esa disfunción, la conducta racional de los agentes puede contribuir a reproducir, estabilizar o profundizar un resultado socialmente subóptimo. Esta sería una consecuencia de una falla de mercado desde que lo que promete el mercado perfecto es que, si los agentes son racionales, producirán el máximo beneficio social. El objetivo regulatorio será por tanto acercarse al mayor beneficio social.

3.2. El concepto de falla de mercado y su relevancia

El AED siempre ha trabajado en base al concepto de eficiencia de mercado, pero en este trabajo se propone logar la eficiencia reduciendo a las denominadas fallas de mercado. Tradicionalmente una falla de mercado relevante se entiende como una disfunción identificable —como poder de mercado, asimetría informativa relevante, costes de transacción prohibitivos, externalidades o déficit estructural de «*enforcement*»— impide que el consentimiento, la competencia o los remedios individuales disciplinen adecuadamente el contenido o la ejecución contractual. Así, aunque hace ya algún tiempo, de una forma más o menos consciente, se está aplicando a los contratos y al Derecho del consumo. Una vez detectada una falla de mercado («*market failures*») lo que se busca es corregirla, reproduciendo de la mejor forma el mercado perfecto, dado que en la realidad éste es sólo un concepto teórico (no se da en el mundo real). La forma de corregir una falla de mercado tradicionalmente se plantea desde el Derecho público, a través de impuestos, subsidios, etc.[5], pero el aporte de este trabajo es aplicar la falla de mercado, mediante la teoría de cláusulas generales, al Derecho privado. La forma de corregir la falla es, por tanto, reproducir artificial o hipotéticamente la forma de funcionamiento del mercado perfecto. Naturalmente que esta operación no está exenta de inconvenientes. Los problemas se presentan, más que en el ámbito teórico, en torno a fallas específicas, es decir, en su ámbito concreto de aplicación. Además de esto, la falla de mercado sólo se aplica en caso que el juez deba o pueda intervenir conforme a un criterio o norma habilitante.

Los problemas son variados. En este sentido, la calificación de una falla de mercado no sólo resulta discutible y difícil, sino que también lo es la determinación de su alcance y valor. Una primera aproximación al concepto de falla de mercado se produce cuando el beneficio social no alcanza un nivel óptimo; en consecuencia, todo escenario en que no se maximiza el bienestar social («*social welfare*») puede considerarse, en principio, una falla de mercado[6]. Así, por

[5] MADRIAN, «Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design», *Annual Review of Economics*, 6, 2014, pp. 663—688.

[6] En palabras de DEN HERTOG (2010: 5): «*A market failure is a situation where scarce resources are not put to their highest valued uses. In a market setting, these values are reflected in the prices of goods and services. A market failure thus implies a discrepancy between the price or value of an additional unit of a particular good or service and its marginal cost or resource cost*». DEN HERTOG, «Review of economic theories of regulation», *Review of economic theories of regulation,* Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18, 2010, p. 5.

ejemplo, respecto de los planes de salud privada en Chile, cuando la estructura de los planes de salud es excesivamente compleja, heterogénea y difícilmente comparable —como ocurre en el sistema chileno de Isapres—, puede producirse una falla informativa, que debilita la relación precio/calidad del servicio de salud[7]. El fenómeno no corresponde necesariamente a selección adversa en sentido técnico[8], sino a un problema de complejidad contractual, costes de búsqueda, baja comparabilidad y eventual ofuscación estratégica. Dada la realidad regulatoria de este mercado, los proveedores racionales tienen incentivos para diferenciar prestaciones, coberturas y reglas de precio de manera que resulte costoso para el consumidor identificar la alternativa más conveniente. Aunque toda la información se encuentre formalmente disponible, su complejidad y escasa saliencia impide una decisión eficiente. Esta forma de ofuscación surgiría en un contexto de asimetría informativa entre la compañía de seguros de salud —que conoce detalladamente las características de los planes ofrecidos— y el cotizante, que carece de medios suficientes para comprenderlos y compararlos. Esa estructura puede generar incentivos para una conducta estratégica del proveedor. En este contexto, el proveedor racional se ve compelido a diseñar o presentar el servicio o cobertura de salud de forma que aumenten los costos de comprensión y comparación, fenómeno que la literatura se identifica como «*strategic obfuscation*»[9]. Nótese que la complejidad proveniente de la propia estructura regulatoria del mercado excluirá a los proveedores que busquen competir con relación a la calidad de la prestación de salud (los productores que quieran mejorar la calidad de su oferta serán excluidos). De ahí la relevancia de precisar el concepto de falla de mercado: una calificación errónea o una comprensión imprecisa de ella puede generar, a su vez, pérdidas significativas de bienestar social y conducir a decisiones regulatorias o judiciales ineficientes. La sola atribución de reproche al proveedor o la referencia genérica a la justicia material no permiten identificar la disfunción ni seleccionar el remedio adecuado.

Un aporte específico de este trabajo consiste en destacar que, una vez presente una disfunción estructural, la conducta racional de los agentes puede reproducir o estabilizar un resultado subóptimo[10]. La promesa del mercado competitivo consiste en que la racionalidad individual de

---

[7] Las Isapres son un sistema de salud privado que, hasta el segundo período de la presidencia de Bachelet, era el sistema general. En la actualidad la mayoría de la población están en el sistema público, Fonasa (véase https://www.isapre.cl/las—isapres/). A pesar de ello el sistema privado ha tenido un impacto muy relevante por cuanto no sólo cubre al titular del seguro privado, sino también a sus cargas, teniendo aproximadamente 2,5 millones de beneficiarios. Véase https://www.superdesalud.gob.cl/noticias/2026/01/sistema—isapre—registra—25—millones—de—beneficiarios—a—septiembre—de—2025/.

[8] AKERLOF, «The Market for "Lemons", Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488-500.

[9] La ofuscación estratégica no exige necesariamente ocultamiento fraudulento: puede consistir en diseñar o presentar productos de modo que aumenten los costos de búsqueda, comprensión o comparación. Debe distinguirse, sin embargo, de la complejidad que deriva directamente de la estructura regulatoria del mercado y no de una estrategia deliberada del proveedor. RICHARDS/KLEIN/GORDON/BONNET/CÉLINE/BOUAMRA-MECHEMACHE, «Strategic Obfuscation and Retail Pricing», *Review of Industrial Organization*, vol. 57, December de 2020, pp. 859–889.

[10] SCHICK critica que la racionalidad sea universal. Los individuos en muchas ocasiones son racionales, pero en otras ocasiones toman decisiones por consideraciones sociales, es decir, en consideración a otros. Para este autor las decisiones «irracionales» no provienen de sesgos cognoscitivos, como plantea el *behavioral law and economics*, sino de una estructura relacional, es decir, de la reacción del individuo al entorno social. SCHICK, Rationality and Sociality, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976, Vol. 1976, Volume Two: Symposia and Invited Papers, 1976, pp. 395—407. Las consecuencias de esta posición es que las «*default rules*» no deben ser configuradas, conforme a unas preferencias individuales promedio, criterios de racionalidad, sino que deben corregirse moralmente conforme a las estructuras sociales vigentes (criterios de

los agentes conduce a la maximización del beneficio social. En cambio, la falla de mercado, que aquí se plantea, es un proceso en virtud del cual la conducta racional de los agentes termina reduciendo el bienestar social. En consecuencia, la maximización que logra el agente, normalmente el proveedor, será perjudicando al consumidor de forma agregada[11]. Nótese que entonces en un oligopolio lo racional para los agentes será coludirse, en las externalidades será no internalizar el daño que el contrato genere a tercero, en los bienes públicos lo racional será no producirlos, en la información distributiva será no revelarla, en los problemas de agencia lo racional es que el agente se adueñe de las utilidades del principal, en los costes de transacción será no llegar a un acuerdo, etc. Pero el comportamiento de los proveedores podría variar en las distintas fallas de mercado. Como se vio en el ejemplo de las Isapres, en un mercado donde la calidad del servicio de salud es difícilmente observable, los proveedores que reduzcan transparencia o costes de calidad pueden obtener ventajas competitivas, desplazando a quienes ofrecen prestaciones superiores, pero no visibles; pero en otros mercados no es necesariamente, así como en los casos de colusión. En los casos de colusión si bien lo racional es coludirse, los que reten al cartel por vía precio obtendrán grandes beneficios, es decir, no necesariamente serán excluidos del mercado. Así, la conducta racional de los agentes contribuye a mantener una falla de mercado, pero no define por sí sola su existencia. No toda desigualdad contractual, ventaja económica o apropiación de una mayor porción del excedente constituye una falla de mercado. La extracción de rentas solo resulta relevante para este análisis cuando deriva de una disfunción verificable —por ejemplo, poder de mercado, opacidad estructural, costes de cambio, daño disperso o déficit de *enforcement*— que impide que la competencia, la información o los remedios individuales disciplinen la conducta contractual inidónea[12]. En definitiva, una falla de mercado presupone una disfunción estructural identificable. El aporte del artículo consiste en mostrar que, una vez presente esa disfunción, la racionalidad individual de los agentes puede contribuir a reproducirla, estabilizarla o profundizarla, en vez de corregirla.

El segundo problema es la forma en que se corrige la falla de mercado, ya detectada, es decir, se deben considerar los costos que genera su eventual corrección. Por ejemplo, se puede tratar de internalizar una externalidad, a través de una indemnización de perjuicios o mediante la

género, clase, poder). Los jueces, por ejemplo, toman sus decisiones tomando en consideración a la reacción de la sociedad frente a sus fallos, más que por consideraciones de racionalidad o utilidad. En este sentido esta corriente, aunque tiene un origen diferente a las tesis estructuralistas y de poder, coincide en entender las fallas de mercado como problemas de asimetrías sociales o desigualdad de poder.

[11] En términos económicos, WINSTON, siguiendo a BATOR, define una falla de mercado como: «*…the failure of a system of price market institutions to stop "undesirable" activities, where the desirability of an activity is evaluated relative to some explicit economic welfare maximization problem. Accordingly, a market failure can be defined as an equilibrium allocation of resources that is not Pareto optimal—the potential causes of which may be market power, natural monopoly, imperfect information, externalities, or public goods*» (…el fracaso de un sistema de mercado de precios institucionales para detener actividades «indeseables» donde la idoneidad de una actividad se evalúa en relación con algún problema explícito de maximización del bienestar económico. En consecuencia, una falla del mercado puede definirse como una asignación equilibrada de recursos que no es óptima en el sentido de Pareto, —cuyas causas potenciales pueden ser el poder de mercado, el monopolio natural, la información imperfecta, las externalidades o los bienes públicos…). Un aspecto importante de esta teoría es la que contrapone las fallas del mercado con las fallas regulatorias de parte del Estado. Y la evidencia, hasta el momento, se inclina en que el fracaso de la regulación estatal ha sido evidente. WINSTON, *Government Failure versus Market Failure*, AEI-brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., USA, 2006, p. 2 y BATOR, «The Anatomy of Market Failure», *The Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 1958, pp. 351–379.

[12] Sin perjuicio de lo cual lo decisivo es la presencia de una disfunción estructural verificable —información imperfecta, poder de mercado, externalidades, costes de transacción, problemas de agencia o déficit de enforcement— que impida el funcionamiento disciplinador del mercado o del contrato.

concesión de daños punitivos, en la responsabilidad civil o del consumidor. Sin embargo, ello no es fácil puesto que si se sobrevalora la compensación –ya sea indemnizatoria o por daños punitivos— se generará una pérdida social neta[13]. No se trata sólo de reproducir los precios de mercado, sino de poder determinar cómo se afecta tanto la oferta como la demanda con relación a la falla, que específicamente se aborda. Por ejemplo, una externalidad negativa, como la que eventualmente genera un producto peligroso o de alto riesgo, deberá incidir sobre todo respecto de la oferta del proveedor. Lo cual excluiría en principio exigir un comportamiento exigente respecto del consumidor. La eficiencia, como criterio normativo, por tanto, se aplica cuando se enfrenta lo que se denomina como falla de mercado, y luego, positivamente, la sentencia deberá corregir la disfunción dentro de las posibilidades de la norma habilitante y mediante el remedio jurídicamente disponible que genere menores costes sociales, y, conforme a una teoría respetuosa del Derecho de los contratos.

Las fallas de mercado, como un criterio fundamental de aplicación del Derecho, también es reconocido en el denominado *Behavioral Law and Economics* (BLE). Desde el BLE, es decir, desde la ciencia del comportamiento la falla de mercado es tratada como «behavioral market failure» [14]. Para el BLE el modelo predictivo que sustenta el AED no es adecuado, desde que las personas se comportan conforme en el mejor de los casos de forma irracional. La motivación para contratar de las partes no es la racionalidad, las decisiones se generan a través de dos sistemas. El primero sería un proceso heurístico, casi automático y muy poco reflexivo. Por ejemplo, la mayoría de las personas no se fijan en el precio de bienes de consumo de valor relativamente bajo. La decisión de consumo en estos casos es automática, no es racional. La mayoría de las personas por ejemplo no analizarán concienzudamente si pagar por un agua mineral $ 800 pesos o $ 1.200 pesos. En el segundo sistema las personas toman decisiones de relevancia, y en dicho caso suelen ser racionales. Pero aún en estos casos puede ser que las personas se comporten de forma heurística. La forma de mejorar la falla de mercado conforme al BLE, será mediante los denominados «*nudges*», como una medida poco invasiva. Así, mediante pequeños incentivos regulatorios se busca que las partes se comporten de forma eficiente. A pesar que los «*nudges*» se plantean como una solución ética —y acá se separan del AED— desde que no necesariamente se buscará la eficiencia, el mecanismo a través del cual operan es similar a éste. El AED y BLE buscan generar incentivos de comportamiento ex - ante. A este respecto se deben señalar dos cosas. La primera es que el BLE ha sido objeto de muchas críticas desde precisamente su moralidad, y desde su eficiencia[15]. Lo segundo es que en este trabajo se aborda el un mecanismo concreto a través del

[13] En palabras de BUCHANAN: «[*t]he prospects that any feasible political corrective for market failure might also fail when compared against the ideal standard of efficiency was not examined*». Los costos de transacción del aumento de daños punitivos excesivos harán imposible un acuerdo entre las partes, y generarán una judicialización excesiva. Si por ejemplo los daños son $100, pero el ordenamiento jurídico otorga daños punitivos por $40, y suponiendo que un acuerdo óptimo, sin daños punitivos, está entre $80 y $90, entonces el acuerdo sólo se producirá en entre $112 y $126, y en muchos casos será inviable (dados los costos judiciales). BUCHANAN, «Market Failure and Political Failure», *Cato Journal,* 8(1), 1988, p. 4, SHARKEY, «Punitive Damages as Societal Damages», *The Yale Law Journal,* 113(2), 2003, pp. 347-453, y HUANG, «Surprisingly Punitive Damages», *Virginia Law Review*, 100(5), 2014, pp. 1027–1059.

[14] BAR-GILL, El Derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo, en VÁSQUEZ (ed.), *Análisis económico del Derecho,* Santiago, Rubicón, 2017, pp. 107-175 (traducción VÁSQUEZ del primer capítulo del libro: BAR-GILL, *Seduction by contract*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 109—110 y 2017: 107—175).

[15] En contra y a favor del BLE se puede consultar: HERWIG, «The Choice Architecture of Sustainable and Responsible Investment: Nudging Investors Toward Ethical Decision-Making», *Journal of Business Ethics,* February 2017, Vol. 140, No. 4, (February 2017), pp. 743-753 y KUYER/GODIJN, «Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging», *Rationality and society*, vol. 35, N°2, 2023, pp. 191-230.

cual se podría aplicar el AED a los contratos y al Derecho del consumo. Así las cosas, también a través de este mecanismo se podría «behavioral market failure». Respecto de la conveniencia de hacerlo, sólo se indica que el BLE ha sido de importantes objeciones recientemente.

Sin perjuicio de lo cual, la eficiencia no se propone aquí como principio autónomo capaz de desplazar la autonomía privada, la justicia contractual o las reglas positivas del Derecho de consumo. Su función es más acotada: operar como criterio auxiliar de interpretación, integración y selección de remedios cuando el propio ordenamiento contiene una norma habilitante de intervención. En consecuencia, la falla de mercado no crea por sí sola potestades judiciales; sólo racionaliza el ejercicio de potestades ya reconocidas por el Derecho vigente.

3.3. La teoría que se plantea no está exenta de críticas aún desde el AED

Las externalidades para ZERBE y HOWARD son, en la mayoría de los casos, una consecuencia de costes de transacción, es decir, un problema regulatorio[16]. La mala regulación sería la principal fuente de externalidades negativas. El caso de las Isapres, señalado precedentemente, es un ejemplo. La legislación al no estandarizar los planes hace que los proveedores presenten una multiplicidad de planes como un aporte en calidad, cuando los consumidores no tienen la capacidad de poder determinar qué plan, entre los múltiples propuestos, les es beneficioso. En tales condiciones no se genera competencia entre los mejores planes. Se produce, por tanto, una externalidad negativa, pero por un coste de transacción: La mala regulación. KOROTANA va un poco más lejos y señala que la justificación de la falla de mercado –entendida como una justificación de la intervención del estado, y de los jueces— se da por los problemas que han generado las interpretaciones laxas del *common law* –esto también se aplica a nuestro Derecho continental– cuando se recurre en las sentencias a consideraciones de justicia material[17], o principios generales mal aplicados. Esta tesis tiene asidero desde que las modificaciones introducidas al sistema de Isapres, precisamente se sustentaban en una falla de mercado en los términos señalados precedentemente, lo que en definitiva ha significado una regulación que desde el primer gobierno de Bachelet no ha cumplido con las expectativas planteadas. Por tanto, una falla de mercado al no regularse de forma técnica, simplemente aumenta la pérdida de bienestar social[18]. En otras palabras, la regulación de la falla por el legislador ha generado un

[16] ZERBE/HOWARD, «The End of Market Failure», *Regulation*, vol. 23, no. 2, 2000, pp. 11—12.

[17] En palabras del autor precedente: *«[t]his study begins with the discussion of the notion of regulation and progresses along the discussions of the concept of 'market failure', theory of subversion of justice and ideas of rights and justice, and inadequacy of private law. In this vein as it discusses the justification for regulation in the positive sense, the main focus of the study is positive as to why regulation emerges; it thereby hypothesises that regulation emerges due to the subversion of justice»* ([e]ste estudio comienza con la discusión de la noción de regulación y progresa a lo largo de las discusiones del concepto de 'falla de mercado', teoría de subversión de la justicia e ideas de derechos y justicia, y la insatisfactorio del derecho privado. En este sentido, al discutir la justificación de la regulación en el sentido positivo, el principal enfoque del estudio es positivo en cuanto a por qué surge la regulación; por lo tanto, se plantea la hipótesis de que la regulación surge debido a la subversión de la justicia). KOROTANA, «The Emergence of Regulation: Market Failure, Subversion of Justice and Inadequacy of Private Law», *European Business Law Review*, 28(5), 2017, p. 616.

[18] Nótese que el concepto de fallas de mercado suele utilizarse también para fundamentar la intervención del Estado en consideraciones de equidad. En este sentido, ROMERO señala respecto de la falla de mercado y el interés público como sustento de la intervención que: «…o, incluso, cuando se presentan inequidades de acuerdo con los sentimientos populares prevalecientes, por nombrar fallas de mercado típicamente mencionadas (*hay nota al pie*)» (lo señalado entre paréntesis y en cursiva es mío). ROMERO GUZMÁN, Juan José, «¿Capturados por nuestra suspicacia? algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones», *Revista Chilena*

enorme costo de transacción[19]. Otro tanto ha sucedido con la solución jurisdiccional[20]. A favor del modelo que se presenta es posible señalar que la falla de mercado no conduce a establecer una primacía del sector estatal, sino sólo a acercarse al mercado perfecto. A lo que se suma una habilitación normativa para la intervención judicial. Por tanto, en la medida que el juez y regulador interviene la falla conforme a criterios de eficiencia generará mayor beneficio social[21]. Este análisis es muy relevante cuando se discute qué teoría del contrato será la sucesoria de la teoría clásica.

En el Derecho continental también se observa una noción de «falla de mercado» utilizada, en términos generales, como justificación para que, ante cualquier contrato de consumo o sometido a condiciones generales, el Derecho intervenga con el fin de restablecer el equilibrio contractual. La falla de mercado debe especificarse para de esta forma poder aplicar un remedio que ex ante acerque a las partes al mercado perfecto. La noción genérica de falla de mercado debe desecharse por cuanto no protege adecuadamente al consumidor en términos agregados. Ni siquiera el equilibrio se presenta como una solución adecuada a una «falla de mercado» aplicada correctamente[22].

4. La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales

El presente trabajo propone incorporar de manera dogmática herramientas de la economía al análisis jurídico. Si bien la investigación parte de consideraciones provenientes de la economía —entendida como ciencia del comportamiento—, su finalidad es fortalecer y mejorar la aplicación del Derecho.

En esa línea, se recurre al Análisis Económico del Derecho (AED) como marco interpretativo, del mismo modo en que históricamente el Derecho ha integrado otras teorías explicativas para orientar su comprensión y desarrollo. Se trata, en definitiva, de una aproximación que se inserta en la evolución histórica de la dogmática jurídica[23]. A la herramienta que se recurrirá para la

de Derecho, Vol. 35, No. 1 (enero - abril), 2008, p. 123. A este respecto ROMERO cita a BREYER, OGUS y SUNSTEIN; pero es discutible que los dos primeros tengan un concepto tan laxo de falla de mercado. Lo esencial para estar frente a una falla de mercado, como destaca el propio ROMERO, citando a POSNER, es que se genere una imperfección de mercado.

[19] No es del caso profundizar en esto. Pero se aprecia como la jibarización de las Isapres sólo a un sector de la población ha generado un sistema mucho más ineficiente.

[20] Son conocidos en Chile los casos de fallos de la Corte Suprema por la reajustabilidad de los planes, y la aplicación de tablas de factores.

[21] Una crítica similar hace PAZOS en contra de la comprensión de la debilidad del consumidor, como falla de mercado, en sentido estático. A este respecto, agrega el autor precedente: «[S]e ha dicho incluso que la intervención pública se produce cuando el mercado falla, y que eso se traduce en que el Derecho de consumo constituye un mecanismo tendente a "afrontar esos fallos para crear un nuevo equilibrio de mercado"». PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, España, p. 129.

[22] Es imposible equilibrar un contrato, en término concretos, desde que el contrato comprendido como objeto se aprecia en sentido subjetivo o marginalista. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores,* pp. 172-185.

[23] Este tema es relevante porque parte de la resistencia de los jueces continentales a la aplicación del L&E fue el considerar, como efectivamente se planteó en sus comienzos, que la economía estaba colonizando al Derecho. En este sentido se hablaba del imperialismo de la economía. Esta visión ya era errónea en los momentos en que se plateó, pero en la actualidad el L&E se aplica en un sinnúmero de materias respecto de las cuales el Derecho se

aplicación del AED en el Derecho continental, es a la «teoría de cláusulas generales», pero esto requiere el cumplimiento de algunos presupuestos.

4.1. La teoría de las cláusulas generales

Las cláusulas generales son una técnica dogmática propia de los sistemas jurídicos que recurren a conceptos normativos abiertos para permitir la adaptación del Derecho a casos no completamente anticipados por el legislador. En esta línea, siguiendo la definición recogida por CHIASSONI a partir de VELLUZZI, una cláusula general puede entenderse como un término o sintagma valorativo cuyo significado no se agota en la literalidad de la norma y cuyas condiciones de aplicación deben precisarse mediante criterios internos o externos al Derecho[24]. Su función no consiste en desplazar la ley ni la autonomía privada, sino en hacer aplicable una norma abierta a un caso concreto. Por ello, como explica BENATTI, las cláusulas generales permiten adaptar la norma positiva a problemas nuevos y a la realidad social y económica cambiante; en ese sentido, introducen flexibilidad en un Derecho que, de otro modo, quedaría excesivamente rígido frente a transformaciones de la contratación contemporánea[25]. También puede considerarse que la técnica de las cláusulas generales responde a la insuficiencia del positivismo legalista posilustrado, basado en la pretensión de resolver los conflictos jurídicos mediante normas generales, abstractas y relativamente cerradas. Esa teoría permitiría utilizar parámetros jurídicos, técnicos, económicos o sociales, siempre que ellos sean compatibles con la finalidad de la norma que habilita la intervención[26]. El problema central de esta técnica es el riesgo de indeterminación. La misma apertura que permite adaptar el Derecho puede aumentar la discrecionalidad judicial si el juez no explicita los criterios que emplea para concretar la cláusula general. WIEACKER advirtió precisamente este peligro al señalar que las cláusulas generales pueden operar como una «válvula» para exigencias ético-sociales de contenido incierto[27]. La crítica de WIEACKER a esta teoría es doble. Por una parte, la teoría de las cláusulas generales depende demasiado de la sociología, o la economía en nuestro caso, y, por la otra, no cumple con las exigencias teóricas que se le exige al Derecho[28]. A pesar de las críticas que se le han formulado a esta teoría, ella ha tenido una influencia relevante en la aplicación de los principios jurídicos, especialmente cuando el juez no puede apoyarse directamente en la voluntad de las partes ni en una norma específica. Y, yendo un poco más lejos en las tesis objetivas, se presenta ante todo como una tesis hermenéutica, pues, al asumir un sustento económico-filosófico del Derecho consensuado socialmente, contribuye a dotar al sistema jurídico de un mayor grado de certeza y

ha valido de la economía del comportamiento para ir evolucionando. En este sentido, los aporte que vienen desde el *behavioral law and economics*, y de la AI también son relevantes.

[24] CHIASSONI, «Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica», Revista *de Derecho Privado*, 21, 2011, p. 90 y VELLUZZI, «Le clausole generali. Semantica e politica del diritto», *Quaderni di Filosofia analítica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

[25] BENATTI, La función de las cláusulas generales en la interpretación e integración contractual, en PÉREZ GALLARDO, *Interpretación, calificación e integración contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 310 y BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Le fonti, Milano, 1946, p. 406.

[26] CHIASSONI, *Revista de Derecho Privado*, 21, 2011, p. 90

[27] WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Ediciones Olejnik, 2019, p. 23.

[28] En palabras de WIEACKER: «[a]un en el caso de que existiesen normas sociales generales, bajo las cuales pudiese el juez subsumir su conflicto al igual que bajo un precepto jurídico positivo, nuestros conocimientos actuales sobre la esencia de la aplicación judicial del Derecho no admitirían semejante concepto de aplicación de la norma al caso concreto». WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, p. 28.

coherencia interpretativa. El Derecho tiene un sustento positivo, y una cultura jurídica, que configura su aplicación. En otras palabras, la teoría de las cláusulas generales son Derecho, y no pueden sustraerse de la concepción del positivismo en su eterna tensión entre justicia y ley[29].

Por tanto, el uso de esta técnica deba estar sometido a una carga reforzada de motivación: no basta invocar buena fe, orden público, transparencia, abusividad o equilibrio contractual; es necesario indicar qué función cumple esa cláusula en el caso concreto y qué criterios permiten controlar racionalmente su aplicación[30]. Desde esta perspectiva, la falla de mercado es un parámetro técnico externo al contrato —propio del ordenamiento jurídico— que a través de esta teoría de cláusulas generales o normas abiertas puede concretizar un criterios habilitante de intervencion judicial. Su utilidad consiste en ofrecer un criterio de identificación de la disfunción contractual relevante —por ejemplo, información imperfecta, opacidad estructural, costes de transacción, externalidades, poder de mercado, costes de cambio o déficit de enforcement— y en orientar la selección de un remedio compatible con la norma habilitante.

Esta precisión es importante porque evita dos errores. El primero consistiría en transformar toda desigualdad contractual o toda distribución desfavorable del excedente en una falla de mercado jurídicamente relevante. El segundo consistiría en convertir al juez en un regulador económico general, llamado a maximizar el bienestar social en abstracto. Ninguna de esas consecuencias se sigue de la tesis que aquí se defiende. La intervención judicial solo se justifica cuando existe una norma habilitante y cuando la falla alegada puede ser descrita de manera verificable, motivada y congruente con la finalidad normativa que permite revisar, integrar o controlar el contrato.

Así, la falla de mercado opera como criterio de concreción y de control dentro de la teoría de cláusula general. En materia contractual y de consumo, puede ayudar a precisar por qué una cláusula predispuesta, una omisión informativa o una estructura contractual opaca impide que el consentimiento, la competencia o los remedios individuales disciplinen adecuadamente la relación. Pero la consecuencia jurídica no proviene de la economía, sino de la norma civil o de consumo aplicable: buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual, dolo omisivo, orden público o la regla especial que autorice el control del contenido.

El juez, por tanto, no actúa como economista del bienestar ni como diseñador general del mercado. Su tarea es más limitada: identificar la norma habilitante, describir la disfunción contractual con indicios objetivos, justificar que esa disfunción es jurídicamente relevante y seleccionar, dentro de los remedios disponibles, aquel que corrija la falla con menor afectación de la autonomía privada, de la seguridad jurídica y, naturalmente, de aumento de bienestar

[29] Incluso puede ser que no sean contradictorias como una indemnización que no corrige una falla, pero genera justicia material, como podría ser un monto que no disuade a un oligopolista a poner término al acuerdo de colusión. En todo caso en la literatura económica hay cierto consenso en no aplicar el Derecho del consumo a casos de libre competencia. GÓMEZ POMAR, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia, Una visión desde el análisis económico del Derecho», *Indret,* 1/2003.

[30] En este sentido, WIEACKER sostendría: «[e]n forma más moderna se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano». WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, P. 23.

.

social. En este punto, la crítica de WIEACKER conserva plena vigencia: cuanto más abierta es la cláusula general, mayor debe ser la disciplina argumentativa exigida al juez.

4.2. La determinación de los deslindes de la falla de mercado como concepto jurídico, y los criterios de teoría de cláusula general para fundar una sentencia

Para que la «falla de mercado» sea útil como cláusula general, debe operar mediante un test verificable por el juez. La propuesta se estructura en cuatro pasos, con un criterio transversal: la intervención debe ser eficiente en sentido primario (beneficios esperables mayores que costos) y eficiente en sentido secundario (el remedio seleccionado debe ser el de menor costo para corregir el mecanismo). Esta exigencia recoge el problema de *«second best»:* cuando hay múltiples imperfecciones, corregir una sola puede empeorar el resultado global[31]. También se debe señalar que habrá una competencia natural entre la ley y la sentencia para regular la falla. En muchos casos será conveniente que la falla sea corregida directamente por la ley, pero esta no es una objeción a lo planteado en este trabajo[32].

4.3. Base dogmática de la propuesta en el Derecho vigente: la norma habilitante como presupuesto de aplicación

Las soluciones del Derecho, frente a las fallas de mercado, se presenta en el Derecho moderno dado el fracaso de la teoría clásica del contrato, a través de las denominadas «default rules». La aplicación integrativa del Derecho de los contratos es un mecanismo relevante para la corrección de las fallas de mercado, pero también ello se logra integrando al Derecho la técnica de trabamiento de fallas a sus figuras clásicas, como la nulidad por causa ilícita, error, dolo, lesión enorme, etc. También se puede recurrir al AED a través de ciertas figuras y principios propios del Derecho, como la nulidad tácita, el principio de la libre circulación de los bienes, el principio de la buena fe contractual, la integración e interpretación del contrato, las buenas costumbres, el objeto ilícito contrario a la ley, al orden público y las buenas costumbres, etc. En general, estas figuras y principios pueden reconducirse al análisis de fallas de mercado y operativizarse dogmáticamente mediante la teoría de cláusulas generales. Pero en estos casos existe una norma o criterio habilitante, que autoriza al juez a revisar el contrato. Es decir, no necesariamente si hay una falla de mercado el juez interviene un contrato, sólo debe recurrir a los criterios planteados en la medida que la autonomía de la voluntad falle o exista una norma habitante expresa, como podría ser una cláusula abusiva (Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas)[33]. La intervención del juez entonces supone un vacío regulatorio o contradicción en la cual la asignación del derecho —es decir, la resolución del conflicto—, y si se detecta una falla de mercado la resolución del caso debe hacerse conforme al principio de eficiencia. En este trabajo la concreción del principio de eficiencia se logra operando conforme al concepto de falla de mercado. Pero, si no existe una falla de mercado, la intervención del juez se generará a través de los mecanismos clásicos del contrato. En este sentido, el Derecho clásico se aplica conforme a su

[31] LIPSEY/LANCASTER, «The General Theory of Second Best», *The Review of Economic Studies*, 24(1), 1956, pp. 11–32.

[32] Precisamente la intervención judicial se presenta en los casos de vacíos regulatorios, o normas contradictorias.

[33] En materia de cláusulas abusivas, la norma habilitante no debe buscarse en la eficiencia, sino en el propio Derecho positivo: la Directiva 93/13/CEE y las normas internas que la desarrollan autorizan el control del contenido contractual. La falla de mercado sólo permite explicar por qué ciertas cláusulas merecen control y cómo debe seleccionarse el remedio adecuado.

concepción natural. Es así como un efecto distributivo entre las partes, es decir, un desplazamiento patrimonial neutro, no se resuelve conforme a la concepción teórica planteada.

Nótese que, en una versión más intervencionista del contrato, éste siempre se debería integrar conforme a la tesis propuesta. El planteamiento acá es otro, conforme esta tesis —más restrictiva por cierto— siempre debería existir una norma habilitante —como los casos de vacíos de regulación, contenido contractual contradictorio, como los casos precedentemente señalados—.

En otras palabras, suponiendo que la aplicación del dolo omisivo, o la determinación de una cláusula abusiva no produce mayor valor ex ante en el mercado, entonces la solución del caso se aplica sin necesidad de recurrir a las «fallas de mercado». La solución es propia del AED que es neutro en una situación que la [no]intervención no genera un bienestar social, y del Derecho clásico, desde que se reconoce que éste tiene un valor intrínseco (no todo es AED). Este tema no es menor, desde que el AED se ha planteado como una teoría que respeta la autonomía privada. Naturalmente, la tesis planteada es relevante en materia de Derecho del consumo. La dogmática ha respondido mediante cláusulas generales (buena fe, equilibrio, abusividad, transparencia) que permiten corregir resultados. Sin embargo, en ausencia de un criterio de «activación» suficientemente objetivo, estas cláusulas se exponen a dos riesgos: (i) el riesgo de arbitrariedad y falta de previsibilidad; y (ii) el riesgo de sobrerreacción («*over-deterrence*»), que puede elevar precios, reducir oferta o inducir términos sustitutos igualmente nocivos. La contribución específica de este artículo es ofrecer un puente operacional: (a) una definición restringida de falla de mercado apta para el razonamiento jurídico; (b) un test de verificación mínima y selección de remedios; y (c) una aplicación demostrativa a contratos de adhesión, donde la falla y el remedio pueden identificarse con alta probabilidad.

Las bases dogmáticas de la propuesta planteada se sustentan en las siguientes bases:

a) El Derecho es el que establece una potestad habilitante de control. La teoría de las fallas de mercado no crea esa potestad, sino que contribuye a precisar el supuesto de intervención y a seleccionar un remedio congruente con la finalidad de la norma habilitante.

b) La aplicación de la falla de mercado al Derecho de contratos no se justifica como una mera propuesta de política jurídica ni como un criterio económico externo al sistema. Su fundamento dogmático se encuentra en que el Derecho vigente, exigiéndose normas habilitantes que autorizan, en determinados supuestos, la revisión, integración o control del contenido contractual. Tal es el caso de la buena fe, la transparencia, la abusividad, la integración del contrato, el dolo omisivo, el orden público, las buenas costumbres y, de manera especialmente intensa, el control de cláusulas abusivas en el Derecho del consumo.

c) En consecuencia, la falla de mercado no crea una potestad judicial nueva ni autoriza al juez a intervenir todo contrato que produzca un resultado ineficiente. Su función es más acotada: operar como criterio auxiliar de concreción de esas normas habilitantes, permitiendo identificar la disfunción contractual jurídicamente relevante, seleccionar el remedio menos costoso y controlar los riesgos de sobreintervención. De este modo, la propuesta se sitúa dentro del Derecho vigente: no sustituye las categorías civiles tradicionales, sino que ofrece un parámetro técnico para aplicar cláusulas generales y normas de control ya reconocidas por el sistema.

d) Esta precisión permite distinguir la tesis aquí defendida de una propuesta puramente normativa o de lege ferenda. La falla de mercado no es el título de intervención; el título de intervención es la norma jurídica habilitante. La falla de mercado cumple una función de racionalización dogmática: ayuda a determinar cuándo la intervención responde a una disfunción del *iter* contractual y cuándo, por el contrario, se trataría sólo de una redistribución patrimonial o de una valoración de justicia material que debe resolverse por las categorías ordinarias del Derecho privado.

5. Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general

Ahora bien, concretamente la falla de mercado se determina por autores, como SPULBER conforme al denominado test de la necesidad de regular o «test de fracaso de mercado»[34]. El test, que se plantea, le da al intérprete una herramienta para detectar que impide que la autonomía privada produzca un resultado competitivo o socialmente deseable (en un escenario discutible de integración del contrato) o que establezca criterios objetivos de interpretación de la voluntad de las partes muy superiores a las alternativas[35]. A modo de tipología mínima este test exige para su aplicación una serie de presupuestos:

a) Se debe generar una falla de mercado, y, por tanto, detectar dicha falla.

b) La falla de mercado debe ser posible de solucionar.

La solución debe ser eficiente de una forma primaria, es decir, los beneficios de la intervención superan los costos, o sea, la intervención por parte del juez o la ley debe generar un mayor beneficio social, que la falla misma[36]. Esto supone un balance costo–beneficio o un *trade–off* entre pérdidas de eficiencia y costos de intervención[37].

c) Se debe seleccionar un remedio específico a la falla de que se trate.

La selección del mecanismo de intervención debe ser la que aumente el beneficio social. Por tanto, se exige un mecanismo de control de tipo «*second best*».

d) Se debe generar un control de eficiencia del mecanismo, y del proceso aplicado. Así, se debe revisar el mecanismo aplicado, si es realmente eficiente y si se está aplicando de forma correcta.

5.1. Una enumeración de las fallas de mercado, o cómo se genera una falla de mercado

a. Una cuestión previa: la detección de indicios de fallas de mercado

[34] SPULBER, *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge (MA), 1989.

[35] No es del caso tratar acá las alternativas a la falla de mercado como criterio de integración o interpretación contractual, pero a modo ejemplar se puede señalar la solidaridad contractual, el equilibrio contractual, la pluralidad contractual, etc.

[36] Este trabajo se centra más en la intervención del juez, que, en la intervención legal, que será relevante sobre todo respecto de la creación de costes de transacción. La intervención institucional, a través de una falla de mercado, supone que: «*government regulation is comparatively the more efficient institution to deal with a number of market failures*», o que se opera a través de un 'benevolent regulator' ambos supuestos no se pueden dar por sentados. Véase DEN HERTOG (2010: 8).

[37] AUSTRALIAN TREASURY, «Price Regulation of Utilities», en *Economic Roundup, The Treasury, Australian Government,* issue 1, February, 1999, p. 59, DEN HERTOG, *Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18*, 2010, P. 9. y PAN, «*Understanding Financial Regulation*», *Utah Law Review*, 4, 2012, PP. 1903.

Las fallas de mercado concretas se pueden evidenciar, mediante ciertos indicios previos a su determinación concreta, como: (i) La imposición de cláusulas no negociables y estandarización (adhesión); (ii) Contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas con alta complejidad o longitud, que torna no racional la lectura; (iii) La existencia en contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas, de elementos de la esencia particulares desmembrados del objeto principal del contrato y de difícil detección, como casos de difícil determinación del precio total (comisiones, «*add-ons*»); (iv) Contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas con baja tasa esperable de impugnación individual (daño pequeño, dispersión, prueba costosa, etc.); (v) Casos de «*switching costs*» altos por cambio de proveedor; (vi) Incentivo del proveedor a desplegar términos con beneficios privados y costos socializados. Estos son indicios de un mal funcionamiento de mercado, pero la pregunta que debe hacerse, es cuáles de estos casos constituye una falla de mercado que sea necesario intervenir. Y, además de ello, se debe determinar el mecanismo de intervención, para lograr corregir la falla y lograr el máximo beneficio social.

b. Enumeración no taxativa de fallas de mercado

Las fallas de mercado, conforme al concepto desarrollado previamente en este trabajo, serían las siguientes:

a) Los bienes públicos.

En general esta falla de mercado es bastante limitada. El concepto económico de bien público no es el que concepto que ocupa del Derecho, es decir, aquellos que pertenece a todos los habitantes de la nación. Para la economía los bienes públicos no admiten exclusión, ni rivalidad en el consumo. Los bienes públicos de relevancia económica son escasos, siendo la defensa nacional y las ciencias básicas. Los bienes públicos no admiten que se pueda excluir a otros individuos de su uso y goce. Supóngase que se pudiera dejar al mercado la defensa nacional, entonces algunos ciudadanos firmarían contratos de defensa, y pagarían por ello, pero de haber un conflicto un bélico la empresa, que provee la defensa no podría excluir de la defensa a los que no pagan. Como la mayoría de las personas saben esto, la mayoría de las personas no pagarían y no habría defensa nacional. Otro tanto sucede con las ciencias básicas, que no admite protección mediante patentes. Si un científico resuelve una compleja ecuación, todos se pueden apropiar de ella; sin embargo, no ocurre lo mismo con las aplicaciones que provengan de una patente. Por tanto, los laboratorios y las universidades no tendrán incentivos de generar ciencia básica, por ello es necesario en ambos casos subsidiarla. Esta es una falla de mercado por cuanto éste generará menos bienes públicos que los que la sociedad requiere[38]. O, dicho de otra forma, si los agentes son racionales no se generarán bienes públicos a un nivel social óptimo[39].

[38] Alguna literatura sostiene que aún la defensa se puede proveer por el mercado como se hizo en el pasado con los ejércitos mercenarios en culturas como la romana, China, etc. MENEGHETTI, «La defensa no es un bien público puro ni una falla de mercado: desafiando los supuestos de la teoría económica neoclásica», *CEFADIGITAL,* 2019, y HUMMEL, «National defense and the public-goods problem», *Journal des Economistes et des Etudes Humaines,* 4, 1994, pp. 353—377.

[39] El tratamiento de este tema es muy interesante porque es similar al de los derechos fundamentales. Algunos suelen entender los derechos fundamentales como bienes públicos, o a lo menos como decisiones de primer orden. De esta forma se excluyen de la lógica de mercado, pero una alternativa que provee derechos sociales de calidad, es dejárselas al mercado y luego subvencionar a los más necesitados. Este tema fue abordado con notable agudeza por Ronald Coase en un artículo menos difundido dentro de su obra. COASE, «The Problem of Social Cost», *Journal*

b) Las externalidades positivas y negativas.

Las externalidades tienen una gran aplicación para el Derecho, desde que en virtud de ellas se genera un beneficio social mayor que la operación, que se realiza por las partes (externalidad positiva) o se genera una pérdida social, que no registra la operación de mercado que se realiza (externalidad negativa). El ejemplo clásico es que se plantea más adelante respecto de una externalidad negativa es la contaminación de un río o lago por una fábrica de atún en conservas. Nótese que la externalidad positiva también es una falla de mercado, desde que el mercado genera menos valor que el que se debería generar para sustentar el beneficio social. El ejemplo clásico es la educación. La educación es un bien que se puede generar por el mercado, pero en una cantidad menor a la óptima. Por ello se justifican los subsidios en materia de educación. En el área contractual estos contratos serían de mantención de infraestructura, como respecto de la copropiedad inmobiliaria, contratos de salud preventiva, o contratos de licenciamiento tecnológico. La interpretación de las reglas que regulan la mantención de los edificios es otro ejemplo. El desgaste de los edificios suele ser mayor que la de las casas porque es muy difícil poner de acuerdo a los copropietarios en realizar gastos de mantención mayores respecto del edificio, como remodelación total de la fachada, muebles comunes, pasillos, accesos, etc. El que exista una legislación y sentencias de tribunales que permitan apremiar a los copropietarios renuentes a hacer dichos reembolsos permite embellecer la ciudad y beneficia a la sociedad en su conjunto Como podría suceder con arrendatarios, copropietarios, turistas, etc.). Los copropietarios en la medida que mantengan a los edificios en muy buen estado generan un beneficio social, que va más allá del beneficio que ellos obtengan de forma directa. En atención a esto se justificaría por ejemplo en establecer mecanismo de incentivo a las mejoras que requieren los edificios, a través de subsidios, pero también la mala regulación puede constituir un costo de transacción, que haga imposible los acuerdos eficientes entre copropietarios. En el caso chileno si se estima que se trata de arreglos mayores estos acuerdos deben adoptarse en sesión extraordinaria, de mayoría absoluta de los copropietarios (artículo 15 de la Ley N° 21.442, o nueva ley de copropiedad inmobiliaria). Por ejemplo, una regla de *lege ferenda* que exija de parte de una autoridad municipal un control de calidad y presentación de inmuebles cada 30 años —con estándares de calidad definidos— podría ser un muy buen incentivo, o la exigencia de cuórum muy bajos para que un 20% de los copropietarios puedan obligar cada 30 años a incurrir en estos gastos con un tope de gasto razonable también podría ser una buena medida. También el entender que estamos trabajando sobre una falla de mercado podría llevar a acoger estos acuerdos en los reglamentos de copropiedad, y no tratarlos, por ejemplo, como cláusulas abusivas o acuerdos nulos por objeto ilícito u otra causa.

of Law and Economics, 3, 1960, pp. 357—376). Este artículo se refiere a que contrariamente a lo que uno podría pensar los faros en el RU nacieron a través del mercado (los barcos mercantes debían pagar una tasa de entrada a puerto que consideraba el costo de los faros), y, por tanto, los faros en UK nacen a través del mercado a pesar que la literatura los pueda considerar como un bien público. En el fondo se puede crear una estructura regulatoria, que permita proveer de bienes públicos, o derechos fundamentales, a través del mercado. Y para regular estos «mercados» lo primero que se debe analizar es la falla de mercado, es decir, una visión restrictiva y muy precisa de los aspectos que es necesario regular para crear el mercado, por ejemplo, en materia de Isapres crear una regulación que permita detectar la calidad de los planes ofrecidos, o en materia de AFP internalizar los beneficios de la rentabilidad de los fondos —y no equivocadamente como se ha venido haciendo basarse sólo en los costos— , etc.

c) Los costes de transacción.

Los costes de transacción son los costes que deben asumir las partes, ajena a la operación de mercado o el contrato que se realiza. Por ejemplo, el que una compraventa de un bien raíz se celebre por escritura pública y que deba inscribirse es un coste de transacción. Seguramente hay medios más baratos a través de los cuales se puede dar seguridad en la adquisición del dominio, que el sistema registral chileno con doble fe pública, y estudio de títulos cada vez que se realiza una transferencia del dominio. También son costes de transacción aquellos casos en que la obtención de la información sea menor que el beneficio de no leerla.

d) Las asimetrías de información (solo las meramente distributivas)

Las asimetrías de información no son necesariamente una falla de mercado desde que la información es un bien de mercado. La información es un activo como cualquier otro, y genera valor por lo que la forma de protegerla es otorgar un derecho de propiedad sobre la información, pero sólo en la medida que sea productiva. Si la información es meramente distributiva se puede obligar a la parte que tiene la información a declararla, como sucede por ejemplo con el dolo omisivo. Las asimetrías de información también pueden originarse en el propio comportamiento de las partes, como ocurre en la selección adversa y el riesgo moral. En estos escenarios se configura una falla de mercado porque, por ejemplo, en el ámbito del consumo, la selección adversa puede presentarse cuando el consumidor no logra apreciar adecuadamente la relación calidad/precio. En tal caso, al no poder discriminar por calidad, su decisión se guía principalmente por el precio[40]. Esto induce a los proveedores a competir reduciendo precios, más que mejorando la calidad del bien o servicio. En consecuencia, la estrategia racional será degradar la calidad para ofrecer precios bajos, de modo que el mercado termina favoreciendo a quienes producen a muy bajo costo y con estándares de calidad deficientes, desplazando a los oferentes de mejor calidad.

e) Los problemas de agencia.[41]

Los problemas de agencia se generan cuando en un negocio opera un Principal y un Administrador, por ejemplo, este problema se genera en las sociedades que no tienen un controlador, o socio principal. En esas sociedades el Administrador, si es racional, tenderá a quedarse con el negocio del Principal. Esto se trata de evitar en Chile respecto de la regulación de operaciones relacionadas, pero también sería adecuado trabajar sobre esta falla mediante la responsabilidad civil de los Administradores. El Principal al estar el capital de la sociedad difuminado no puede controlar al Administrador, sólo puede nombrarlo. En Chile esta situación no es demasiado recurrente desde que la mayoría de las compañías tienen controladores. Pero tienen problemas de agencia las cooperativas, y excepcionalmente en materia de sociedades, como el caso La Polar[42].

[40] AKERLOF, *The Quarterly Journal of Economics,* 1970.

[41] PAN, *Utah Law Review*, 4, 2012, p. 1903.

[42] La Polar era una de las pocas sociedades en Chile que no contaba con un controlador mayoritario. Esa ausencia de control efectivo por parte del propietario —el principal— facilitó que la administración —el agente, en particular su gerente— distorsionara la información contable, deteriorando progresivamente la situación financiera de la empresa hasta desembocar en su colapso. El caso resulta especialmente ilustrativo porque permite observar con nitidez el funcionamiento de un problema de agencia: de haber existido un controlador con

Otra falla de mercado asociada a los problemas de agencia es la que afecta a los socios minoritarios. El controlador o socio mayoritario suele tener incentivos para extraer valor en su favor (por ejemplo, mediante decisiones de gestión, operaciones con partes relacionadas o políticas de reparto), reduciendo la porción de beneficios que debiera corresponder a los minoritarios.

Este comportamiento, aunque racional ex post, produce un efecto adverso ex ante: si los potenciales inversionistas (eventuales socios minoritarios) anticipan que su rentabilidad será erosionada por la conducta oportunista del controlador (socio mayoritario), tenderán a restringir su inversión o a exigir una prima de riesgo tan elevada que, en los hechos, la empresa —o el socio mayoritario/controlador— no podrá acceder a ese financiamiento. El problema se agrava porque este conflicto de agencia reduce la profundidad del mercado de capitales y limita la difusión social de los beneficios del crecimiento económico, impidiendo que dichos beneficios alcancen de manera amplia al conjunto de la ciudadanía[43]. En consecuencia, la misma conducta, que maximiza el beneficio del socio mayoritario en el corto plazo, termina perjudicándolo: dificulta la captación de capital, limita el crecimiento de la sociedad y contribuye a un mercado de capitales menos profundo y menos líquido[44]. Así, conforme a lo señalado precedentemente se puede sostener que el mercado no corrige la falla mediante la competencia, y que el control judicial aislado ex post será insuficiente, en la medida que no genera una disuasión en el actuar del controlador tampoco será efectiva.

En todos estos casos el mercado opera creando un bienestar social inferior al óptimo. Naturalmente que esto es muy negativo no sólo, en términos agregados, o sea macroeconómicos, sino en torno al beneficio social. Ello se debe a que sí, por ejemplo, una empresa produce latas de atún, contaminando un lago aledaño, y no se establece ningún mecanismo legal que internalice la externalidad negativa, entonces, no sólo ello afectará a los terceros directamente perjudicados, sino el bienestar social general. Así, dada la contaminación de la empresa productora de atún, un hotel, que operaba en el lago, deberá cerrar. En consecuencia, a partir de

incentivos y capacidad de supervisión, habría sido considerablemente más difícil que el agente sostuviera en el tiempo la conducta descrita. Su relevancia, además, radica en que la regulación chilena de la época no enfrentaba adecuadamente estos riesgos de agencia, lo que, en definitiva, afecta la confianza y la profundidad del mercado de valores. Véase https://www.conadecus.cl/caso—la—polar—alcalde—moreno—y—farah—cumpliran—pena—de—5—anos—en—libertad—vigilada/

[43] La literatura económica a este respecto es consistente: DEMIRGÜÇ-KUNT/ LEVINE, «Stock Markets, Corporate Finance, and Economic Growth: An Overview», *The World Bank Economic Review,* 10(2), 1996, pp. 223-239; RAJAN/ZINGALES, «Financial Dependence and Growth», *The American Economic Review*, 88(3), 1998, pp. 559-586; LA PORTA/LOPEZ DE SILANES/SHLEIFER/VISHNY, «Legal Determinants of External Finance», *The Journal of Finance*, Vol. 52, No. 3, Papers and Proceedings Fifty-Seventh Annual Meeting, American Finance Association, New Orleans, Louisiana January 4-6, Jul., 1997, pp. 1131—1150, etc. Esta literatura tiene su símil en castellano, en los siguientes trabajos: HERNÁNDEZ/PARRO, «Sistema financiero y crecimiento económico en Chile», *Central Bank of Chile Working Papers* N° 291, diciembre, 2004; y también en el ámbito del Derecho que se centra en la protección del socio minorista: PFEFFER URQUIAGA, «Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas», *Revista Chilena De Derecho*, 2024, 27(3), pp. 485–499; y URETA IBARRA, «La sanción penal, como herramienta de reemplazo de la decisión empresarial: Una crítica a la luz del buen gobierno corporativo y la alternativa basada en la experiencia empírica chilena y canadiense», *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (14), 2025, etc.

[44] Este es un problema grave del mercado chileno, ya que, sumado al problema de generarse un crecimiento económico subóptimo, no se hace participe a la sociedad de los beneficios del mercado. Eso a lo menos de forma local, desde que existe la posibilidad de invertir en el extranjero.

este daño, los terceros —como el inversionista que aportó capital al hotel, sus trabajadores y los habitantes del poblado cercano— resultan perjudicados. Sin embargo, el efecto negativo no se agota en ellos, sino que se proyecta sobre la economía en su conjunto. En efecto, dejan de generarse los impuestos que el hotel aportaba, así como el gasto que realizaban los empleados y los pasajeros en la economía local, entre otros impactos asociados. En ausencia de una intervención dirigida a corregir la falla, se produce, por tanto, un daño social significativo.

De ahí que la intervención deba cumplir un estándar de eficiencia: si el objetivo es internalizar el daño mediante el sistema de responsabilidad, dicho mecanismo debe ser, a la vez, eficaz en la corrección de incentivos y eficiente en términos de costos de aplicación y cumplimiento. Esta cuestión es trascendental, pues permite advertir que el fundamento del funcionamiento económico no descansa en el «egoísmo» del proveedor —entendido como el mero beneficio privado derivado de su actividad—, sino en su contribución al bienestar social. En esa línea, un enfoque regulatorio orientado a aproximar el mercado a las condiciones de competencia y contratación propias de un modelo de mercado eficiente procura, en términos comparativos, un escenario institucional más favorable para la producción y la contratación[45].

5.2. Selección del remedio por mecanismo aplicable

Antes de aplicar el remedio, debe evaluarse, los siguientes aspectos: (i) el riesgo de sobre intervención; (ii) los costos de cumplimiento; (iii) los efectos sobre precio, calidad y acceso; y (iv) la sustitución hacia términos equivalentes. Esta etapa sirve para justificar por qué el remedio elegido es el menos costoso y por qué alternativas más intensas (o más leves) serían subóptimas. La intervención debe ser lo bastante fuerte para corregir el mecanismo, pero lo bastante acotada para no destruir el valor del intercambio. Así, una vez identificado el mecanismo, el remedio debe hacerse cargo de la falla específicamente identificada. La selección se ordena por «menor intervención necesaria»:

[45] Esta posición se plantea en el presente trabajo como una aplicación estatutaria respecto de la cual es posible construir un escenario de interés público, pero limitado a lo que en economía del bienestar se denomina como «*social welfare*». En palabras de DEN HERTOG: *«[f]undamental to public interest theories are market failures and efficient government intervention. According to these theories, regulation increases social welfare. Private interest theories explain regulation from interest group behavior. Transfers of wealth to the more effective interest groups often also decrease social welfare. Interest groups can be firms, consumers or consumer groups, regulators or their staff, legislators, unions and more. The private interest theories of regulation therefore overlap with a number of theories in the field of public choice and thus turn effectively into theories of political actions. Depending on the efficiency of the political process, social welfare either increases or decreases. The first part of this paper discusses the general public and private interest theories of regulation, as the criticisms that have been leveled at them»* (para las teorías del interés público son fundamentales las fallas de mercado y la intervención gubernamental eficiente. Según estas teorías, la regulación incrementa el bienestar social. Las teorías del interés privado explican la regulación a partir del comportamiento de los grupos de interés. Las transferencias de riqueza hacia los grupos de interés más eficaces a menudo también disminuyen el bienestar social (*por procesos de captura*). Los grupos de interés pueden ser empresas, consumidores o grupos de consumidores, los reguladores o su personal, legisladores, sindicatos, entre otros. Por ello, las teorías del interés privado de la regulación (*o de los grupos de interés*) se superponen con diversas teorías del campo de la *public choice* (*elección pública*) y, en consecuencia, se transforman efectivamente en teorías de la acción política. Dependiendo de la eficiencia del proceso político, el bienestar social aumenta o disminuye. La primera parte de este trabajo examina las teorías generales del interés público y del interés privado de la regulación, así como las críticas que se les han formulado) (lo destacado en cursiva y dentro de paréntesis es mío). DEN HERTOG, *Utrecht School Of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series* 10-18, 2010, P. 2. También es importante destacar que esta mirada piguniana del fenómeno legal se debe complementar con una mirada coseana, que en lugar de poner el acento en la intervención de la externalidad pone su acento en la definición del derecho y en la reducción de los costes de transacción.

i) Si el problema es informativo (asimetría manejable), preferir remedios de transparencia: deber de información relevante, estándar de claridad, comparabilidad, «*disclosure*» estructurado[46].

ii) Si el problema es costos de transacción/*enforcement* (daños pequeños y dispersos), preferir remedios colectivos o ex ante: acciones colectivas, sanciones administrativas, supervisión preventiva, nulidad de cláusulas tipo. Preferir un sistema de aplicación conjunta que permita anticipar y medir el resultado eficiente.

iii) Si el problema es extracción de valor o transferencia injustificada (agencia/abuso estructural), preferir control de contenido e invalidez parcial, con criterios de proporcionalidad y sustitución por regla supletoria.
La idea central es evitar remedios simbólicos: por ejemplo, «más información» cuando el problema real es que las partes no leerán el contrato[47].

Para finalizar, el aporte no consiste en «descubrir» las fallas de mercado, sino en transformar el concepto en una regla de decisión jurídicamente manejable: que permita discriminar entre (i) Casos donde corresponde deferencia al mercado y a la autonomía privada; (ii) Casos donde procede un remedio interpretativo leve (p. ej., transparencia reforzada); (iii) Casos donde se justifica control de contenido, invalidez parcial o supervisión ex ante. Esta última opción —supervisión administrativa preventiva— ha sido defendida recientemente como respuesta al bajo rendimiento del *enforcement* ex post en contratos estándar, especialmente cuando el consumidor no lee, no litiga y los incentivos privados para impugnar son débiles[48] y (iv) Casos en que el juez debe inhibirse de actuar. La aplicación del Derecho no debe conducir a la creación de fallas de mercado. La tesis diseñada solo justifica la intervención judicial cuando se genera un beneficio social en términos agregados, o a lo menos la intervención es neutra. Esto será muy relevante en la aplicación de normas y principios, como se ve más adelante.

5.3. Debe existir un mecanismo de control de eficiencia del mecanismo, que permita determinar en el tiempo si se está aplicando de forma correcta

Este mecanismo se basa algunos de los presupuestos del denominado teorema de COASE. Este teorema tiene como objetivo la generación de valor o riqueza, o sea, la producción del máximo de beneficio social posible. En lo que aquí interesa, cabe destacar tres presupuestos del teorema.

---

[46] En contra, PAZOS señala que: «…el hecho de que la información no se distribuya uniformemente, lo cual es uno de los denominados "fallos de mercado"». PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 121. El autor luego asocia la asimetría con un problema de mercado. La referencia que hace a AKERLOF es adecuada, pero el problema del mercado de venta de automóviles de segunda mano en los cincuenta no es hoy un problema de asimetría, desde que el consumidor hoy puede recurrir a la tecnología para que le provea la relación calidad precio. Lo que se debe analizar es la relación observable por el consumidor calidad/precio, sobre todo en los casos es que es difícil de verificar ex ante (antes de contratar). En esos casos, la parte afectada no puede «adoptar una decisión informada», lo que abre espacio a fallas de mercado por información incompleta u ocultación. Pero ello es una situación excepcional, no una regla general como plantea el autor, ni siquiera en materia de consumo.

[47] SCHWARTZ/SCHWARTZ, «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 127, No. 3 (ene., 1979), pp. 632-640, y BEN-SHAHAR, «The myth of the 'opportunity to read' in contract law», John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 415, 2008.

[48] ADAR/BECHER, «Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts», *Boston College Law Review*, 62(7), 2021, pp. 2405-2466.

En primer lugar, que los derechos se encuentren claramente definidos[49]; en segundo término, que los costos de transacción se reduzcan al mínimo posible; y, en tercer lugar, que —precisamente porque los costos de transacción existen— la solución provista por el legislador o por el juez sea eficiente. Esto último se explica porque, si existen costos de transacción relevantes, el mercado no podrá arbitrar de modo tal que se genere mayor valor social.

En este punto se advierte, además, una ventaja adicional del sistema propuesto: Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema podrían prevenir y evaluar en el tiempo si el test de falla de mercado efectivamente incrementa el bienestar social. El mecanismo de cláusula general, a través del cual se estructuran las sentencias, permite desarrollar estudios empíricos destinados a verificar el aumento del beneficio social y, a la vez, controlar la efectividad del modelo mediante el seguimiento de la jurisprudencia, eventualmente con el apoyo de instancias externas —como observatorios universitarios—. En otras palabras, este enfoque favorece un trabajo estructurado entre la judicatura y una ciencia social empíricamente orientada, capaz de aportar evidencia y retroalimentación para mejorar, de manera efectiva, la calidad y consistencia de las decisiones judiciales.

6. Los instrumentos judiciales disponibles para aplicar el test

La aplicación judicial del test no exige que el juez realice una evaluación macroeconómica completa ni que sustituya al legislador o al regulador sectorial. Su función es más acotada: verificar, dentro del proceso y conforme a las facultades propias de la jurisdicción, si la norma habilitante invocada responde a una disfunción contractual jurídicamente relevante y si el remedio solicitado es idóneo y proporcionado conforme al test planteado para corregirla.

Para ello, el juez cuenta con instrumentos dogmáticos y procesales ordinarios. En primer lugar, debe identificar el título jurídico de intervención —buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual, dolo omisivo, orden público, protección del consumidor u otra norma habilitante—, pues la falla de mercado no constituye por sí sola una fuente autónoma de potestad judicial. En segundo lugar, puede recurrir a indicios verificables, tales como adhesión, complejidad contractual, opacidad informativa, baja tasa de impugnación individual, dispersión de daños, costos de cambio, previsibilidad del daño, imposibilidad práctica de negociación o incentivos del predisponente para trasladar costos al consumidor. En tercer lugar, la determinación de la falla debe apoyarse en los medios probatorios disponibles en el proceso: documentos contractuales, condiciones generales, prueba pericial, antecedentes regulatorios, informes administrativos, comportamiento típico del mercado, jurisprudencia consolidada y, en su caso, antecedentes provenientes de litigación colectiva o administrativa. Estos elementos no convierten al juez en economista del bienestar, sino que le permiten controlar racionalmente la

[49] Este requisito del teorema exige que los derechos estén bien definidos —esto es, que los tribunales resuelven casos sustancialmente idénticos en igual sentidos—, no exige que se resuelve eficientemente (este es otro supuesto que se explica más adelante). De no ser así, el Derecho pierde una de sus características fundamentales: la certeza jurídica. En tal escenario, los regulados ajustarán su conducta frente a la regulación según su propensión al riesgo. Nótese, además, que el derecho no necesita estar eficientemente asignado en un primer momento: la asignación judicial puede ser ineficiente, dado que, si los costos de transacción son inexistentes o cercanos a cero, las partes podrán reasignar eficientemente el recurso mediante acuerdo. En suma, se requiere una auténtica jurisprudencia: decisiones que vinculen a los tribunales inferiores y, en lo posible, también al propio tribunal que las dicta, junto con un mecanismo claro y explícito para la modificación del precedente. COASE, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1–44., WILLIAMSON, «Williamson's The Economic Institutions of Capitalism», *The RAND Journal of Economics,* Vol. 17, No. 2 (Summer, 1986), pp. 279-286; KAPLOW, «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557–629, y SCHAUER, «Precedent», *Stanford Law Review*, 39(3), 1987, pp. 571–605.

existencia de una disfunción contractual suficientemente verificable. En cuarto lugar, la selección del remedio debe hacerse conforme a un criterio de intervención mínima suficiente. Si el problema es informativo, el remedio preferente será la transparencia reforzada o los deberes de información; si el problema radica en la extracción contractual mediante cláusulas predispuestas, podrán operar la nulidad parcial, la interpretación *contra proferentem* o el control de abusividad; si el problema es de bajo *enforcement* individual, resultarán más adecuados los mecanismos colectivos o administrativos. De este modo, el test no amplía ilimitadamente la discrecionalidad judicial, sino que la estructura mediante una secuencia controlable: norma habilitante, indicios verificables, prueba suficiente, remedio proporcional y control de efectos.
En todo caso, la aplicación de estas técnicas se deberían hacer ex ante, es decir, comparando los escenarios en torno al escenario social optimo en términos de bienestar agregado, de si se falla a favor del actor, o se acoge la defensa del demandado.

7. Una aplicación de la teoría de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales: las cláusulas abusivas

El Derecho del consumo se configura como un régimen especial dentro del Derecho de los contratos. La particularidad del Derecho del consumo, con relación al Derecho de los contratos, radica en que la relación contractual en el Derecho del consumo es asimétrica[50]. En este ámbito, el consumidor contrata con un proveedor/empresario desde una posición asimétrica —informativa, económica y, con frecuencia, también negociadora—, lo que justificaría la existencia de reglas específicas orientadas a equilibrar la relación contractual y corregir los riesgos derivados de dicha asimetría.

De este modo, como el contrato de consumo recae sobre un producto y/o servicio, el proveedor tiene una información que el consumidor ignora. Este fenómeno se presenta sobre todo en las cláusulas denominadas como «no negociables». En teoría en esta situación el proveedor transferirá los riesgos contractuales al consumidor. A lo que se suma que el consumidor no pondrá ninguna atención en los términos específicos y muchas veces engorrosos de la contratación[51]. A esta conclusión también se llega conforme al BLE para el cual se ha evidenciado que el consumidor no revisa el contenido del contrato. Por otra parte, en los supuestos de contratación masiva, la revisión exhaustiva del contrato por parte del consumidor no resulta deseable, en la medida en que incrementaría significativamente los costos de transacción —la revisión del contrato supone el recurrir a una asesoría especializada—. De acuerdo a esta lógica, para un sector relevante de la doctrina, al debilitarse la voluntad, como fundamento del contrato, se vuelve necesario recurrir a categorías de carácter objetivo —en ocasiones presentadas como

[50] Las asimetrías de la información, como destaca SANDMO, han sido profusamente tratadas en la literatura económica. SANDMO, «Asymmetric Information and Public Economics: The Mirrlees-Vickrey Nobel Prize», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n.º 1, 1999, p. 165. El trabajo inicial de ARROW y DEBREU, aunque centrado en la incertidumbre exógena al sistema económico en sí mismo, sería desarrollado por MIRRLEES y VICKREY (ambos obtuvieron el premio nobel de economía en 1996) en materia de asimetrías.

[51] Esto es especialmente así para ARTIGOT en la contratación electrónica. Por ello es precisamente que el ámbito de aplicación de la regulación del consumo puede ampliarse o restringirse conforme al concepto que se tenga de proveedor, o empresario. ARTIGOT GOLOBARDES, «La protección del consumidor en el marco de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* RIPOL CARULLA (dir.), UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dir.), 2022, pp. 281—282. El Derecho del consumo, además por ser el estatuto regulatorio de la contratación en masa, tiene una propensión a transformarse en el Derecho común, como sucedió por los demás en la reforma del BGB del 2002.

ajenas a la lógica de mercado—, tales como el equilibrio contractual, el altruismo disminuido o la buena fe, entre otras[52]. Esta discusión se da en el Derecho español entre los autores que entiende que habría una suerte de soberanía violada del consumidor, que lleva a que, en la lógica de mercado, simplemente prime el proveedor, y entre los que señalan que el consumidor siempre ha influido en las decisiones de aquel[53].

En este trabajo se ha sostenido, sin embargo, que antes de acudir a tales criterios debe existir una norma habilitante específica que autorice la intervención judicial. No basta, por sí sola, la mera constatación de una asimetría. Además, en la práctica, las partes sí «negocian» el objeto principal del contrato o su contenido esencial, aunque lo hacen de modo indirecto[54]: Si un proveedor ofrece un bien o servicio —por ejemplo, un inmueble, un servicio funerario o un pasaje aéreo— a un precio superior al de sus competidores, aquellos oferentes con mejores condiciones tenderán a desplazarlo del mercado. Entonces, no es efectivo que no hay configuración interna del contrato (a lo menos respecto de sus elementos de la esencia)[55]. En consecuencia, para mantenerse competitivo, quien cobra más deberá ajustar su oferta —ya sea reduciendo el precio o mejorando prestaciones— o, de lo contrario, irá quedando excluido del mercado[56]. El problema surge cuando el proveedor, mediante mecanismos complejos, altera elementos esenciales, o económicamente relevantes del contrato, sin que el consumidor lo advierta oportunamente (las cláusulas que alteran los elementos de la esencia del contrato están escondidas en éste). En estos supuestos, la reacción competitiva descrita pierde eficacia, pues el mercado deja de disciplinar adecuadamente la conducta del oferente. De ahí que, en la generalidad de los ordenamientos, se recurra a la figura de las denominadas cláusulas abusivas como técnica de control del contenido contractual.

Así, una vez identificada la norma habilitante que permite la intervención judicial, la vía más adecuada para proteger al consumidor —y, simultáneamente, resguardar el correcto funcionamiento del mercado— consiste en estructurar dicha intervención a partir del concepto de falla de mercado, en cuanto éste provee un criterio analítico que vincula la tutela contractual con la corrección de distorsiones que impiden que la competencia opere de manera efectiva.

---

[52] La noción más extendida es que la asimetría atentaría contra la igualdad del contrato, que es necesario corregir. De esta forma el Derecho debe equilibrar las prestaciones del contrato. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 58-59, y 87-95.

[53] PAZOS, El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, pp. 102-104.

[54] ALFARO advierte que: «la negociación individual no garantiza al sujeto que 'regatea' que lo esté haciendo sobre la base del conocimiento acerca de las condiciones que, alternativamente, podría obtener de otros vendedores», agregando que «lo que protege al consumidor no es la negociación, sino el funcionamiento (mínimamente) transparente del mercado». La misma posición es sostenida por autores como SCHMIDT-RIMPLER, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, en Baur, Fritz (ed.), *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Zum Vertragsproblem, Tübingen, Mohr, 1974, p. 14. ALFARO AGUILA-REAL, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, n.º 4, 1998, p. 59. El mismo razonamiento en: DAGAN/HELLER, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017, p. 69 y BARCIA LEHMANN, «El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado, Colombia, Núm. 50, 2026, enero-junio, p. 313.

[55] Por esto es que el art. 4.2 de la Directiva de la UE sobre cláusulas abusivas excluye del control del contenido el objeto principal del contrato.

[56] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó el 3 junio 2010 una sentencia (*Caja Madrid*) en la que, respondiendo a las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo (TS) español.

En el Derecho chileno, las cláusulas abusivas se regulan en el artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC). La mayoría de los supuestos previstos en esta disposición responden a la lógica de las denominadas cláusulas negras, esto es, estipulaciones cuya abusividad se presume o se establece de manera categórica. Con todo, la letra g) del mismo artículo consagra una cláusula abusiva de carácter gris, en la medida en que adopta una formulación abierta y exige un juicio de integración por parte del intérprete. En tal sentido, la norma se apoya en criterios objetivos, que el juez debe incorporar al caso concreto conforme a la lógica propia de la teoría de las cláusulas generales. En particular, la letra g) del artículo 16 de la LPC reconoce como antecedente directo el artículo 3.1° de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de ministros, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[57]. Concretamente la primera de dichas normas establece: «[n]o producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen [...]». Nótese que para la determinación de la abusividad de una cláusula el juez debe apelar a la afectación a la buena fe, y en su determinación debe recurrir a «parámetros objetivos», que además deben causar un perjuicio al consumidor, o un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Y para poder determinar la concurrencia de cualquiera de estos dos criterios objetivos se debe atender a «la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen». Esa regla es diferente en la UE, que exige que: (i) las cláusulas contractuales no se hayan negociado individualmente (ii) se afecte la buena fe (en realidad este supuesto ha sido objeto de interpretación), y (iii) se cause un detrimento del consumidor, entendido como un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y esta diferencia debe remarcarse desde que la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen, una vez determinado el criterio habilitante de intervención del juez, debe hacer referencia a una falla de mercado. Una vez desechada la autonomía de la voluntad, como criterio determinante, el criterio objetivo por excelencia conforme a lo analizado debería ser la corrección de una falla de mercado. El fin del contrato en términos sociales, por tanto, sería el beneficio del consumidor y el proveedor en una operación típica de mercado, como es por lo demás la contratación masiva.

Ahora bien, en torno al primer requisito, para la Directiva de la UE, estas cláusulas son objeto de un doble control: de transparencia formal y material[58]. El control formal está dado porque la cláusula pueda ser conocida por el consumidor (no esté redactada en un sentido técnico o ininteligible), y el control material se centra en que efectivamente el consumidor haya prestado

[57] La norma precedente es del siguiente tenor: «[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

[58] Véase PAGADOR (1999: 52:83), GONZÁLEZ PACANOWSKA, Requisitos de incorporación. Artículo 5, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), Aranzadi editorial, 1999, pp. 139-192, y DÍAZ ALABART, Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas, DÍAZ ALABART (coordinadora), Reus Editorial, Madrid, España, 2023, pp. 87-104.

su consentimiento a dicha cláusula (art. 4.2° de la Directiva)[59]. En realidad, estas formas de control representan la prevalencia de las tesis subjetivas del contrato, por cuanto de ser «discutida» la cláusula por las partes, ésta no puede ser abusiva. Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al desequilibrio se ha entendido que en la medida que sea relevante, la cláusula será abusiva, independientemente que la cláusula sea discutida por las partes. En España se entendió tempranamente que, por aplicación del artículo 10, bis 1 (Párrafo primero del número 1 del artículo 10 bis redactado por el número cuatro del artículo 1 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), una cláusula, que genere un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, será necesariamente abusiva[60]. Aplicando lo analizado en el Derecho europeo un caso que habilita a la intervención del juez es precisamente el desequilibrio importante del contrato.

En resumen, la intervención del juez exigiría una falla de mercado, que se configuraría por la falta de consentimiento, por una parte, y en el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, por la otra. Esto es lo que señala la norma habilitante.

Las consecuencias de declarar una cláusula como abusiva son, en primer lugar, su nulidad —que para una parte relevante de la doctrina constituye la regla general—; en segundo término, la sustitución de la estipulación abusiva por una norma nacional supletoria; y, finalmente, en casos extremos, la nulidad del contrato en su integridad[61]. En cuanto a los remedios aplicables, en el plano teórico —como destacan ADAR y BECHER— es posible oscilar entre una intervención intensa frente a las cláusulas abusivas (por ejemplo, mediante la nulidad) y una postura que descarta toda intervención; entre ambos polos, se despliega un conjunto de posiciones intermedias. La primera de ellas parte de la idea de que el desequilibrio estructural entre las partes —originado, entre otros factores, en asimetrías de información, sesgos conductuales y situaciones de vulnerabilidad— facilita la explotación del consumidor por el proveedor. Esa explotación se expresaría en la imposición de cláusulas ineficaces o injustas, incorporadas unilateralmente en condiciones generales que el consumidor, en los hechos, no puede negociar[62]. Esta perspectiva

[59] La precedente norma es del siguiente tenor: «2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». ARTIGOT, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* p. 293.

[60] CANO, (coordinador), *Aranzadi editorial*, 1999, pp. 108—109. La norma precedentemente indicada era del siguiente tenor: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley».

[61] DÍAZ ALABART, *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*, pp. 98-99 y VERDÚN PÉREZ, *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor,* Derecho Privado, Vol. II, BOE, Madrid, España, 2024, pp. 1314—1322.

[62] A su vez, dentro de la primera posición se ha desarrollado una variante que propone reforzar la tutela mediante mecanismos de control ex ante de las cláusulas predispuestas, a cargo de una autoridad administrativa, con el objeto de prevenir la incorporación de estipulaciones abusivas antes de su utilización masiva en el mercado. Este es el sistema que opera en los seguros en que las primas deben estar previamente aprobadas por un ente administrativo, y este tema se ha discutido fuertemente en el Derecho chileno. En esto sentido, ADAR y BECHER sostienen: *«[r]ather than allowing harmful boilerplate terms to freely flood consumer markets uncontrolled, policy—makers should make a conscious effort to significantly reduce the frequency at which consumers face harmful*

se corresponde, en términos generales, con la orientación predominante del Derecho español y en el chileno.

La segunda tesis, en cambio, entiende que ciertos abusos o desventajas contractuales constituyen un «precio razonable» que el consumidor asume, en la medida en que se vería compensado por los ahorros de costos que la estandarización contractual genera (por ejemplo, menores costos de transacción, mayor rapidez y reducción de costos operativos, con potencial traslado a precios). Desde esta óptica, el control intensivo del contenido contractual podría resultar contraproducente si encarece la contratación o reduce la oferta. Para evitar estas consecuencias si bien, el criterio habilitante —como lo es el desequilibrio contractual—, se aleja de una falla de mercado, puede ser tratado como un coste de transacción. Y la corrección equivaldría a la corrección ex post de una falla, equiparando la cláusula abusiva al dolo omisivo, que genera eventualmente nulidad, y/o indemnización de perjuicios. La idea es desincentivar la conducta dolosa del proveedor. Nótese que el proveedor está agregando un coste para el consumidor, que desequilibra fuertemente las prestaciones contractuales, y, además, recurriendo a la cláusula que alteran los elementos de la esencia del contrato. Este análisis es el correcto, y el concepto de falla de mercado se debería aplicar conforme a esta óptica. Sin perjuicio de lo anterior, el control ex post de cláusulas abusivas no está exenta de problemas. Existe una cierta evidencia que este control, como se lleva a cabo en España, ha aumentado la litigiosidad en el sector bancario y ha tendido a rebajar el acceso al crédito hipotecario, aunque después de las reformas legales generadas por la jurisprudencia, sobre todo respecto de las denominadas cláusulas suelo, se aprecia un descenso del tipo de interés promedio[63].

En cuanto a Chile, aún a pesar que no hay evidencia de este fenómeno, las últimas reformas de la LPC tienden a conducir a un aumento de los costes de transacción. Casos claros de aumentos

exploitative terms in the first place. Instead of expecting uninformed, unmotivated, and dispersed consumers to challenge such standard terms in court (or in arbitration) ex post, professional public agencies can shrewdly and cost—effectively monitor consumer contracts in order to detect, deter, and respond to the use of such terms ex ante, even before they harm consumers» ([e]n lugar de permitir que términos estereotipados y dañinos inunden libremente los mercados de consumo sin control, los responsables de las políticas deberían hacer un esfuerzo consciente para reducir significativamente la frecuencia con la que los consumidores se enfrentan en primer lugar a términos explotadores y dañinos. En lugar de esperar que los consumidores desinformados, no motivados y dispersos puedan impugnar ex post tales términos estándar en la corte (o en el arbitraje), las agencias públicas profesionales pueden monitorear astutamente y de manera rentable los contratos de consumo para detectar, disuadir y responder al uso de tales términos ex ante, incluso antes de que perjudiquen a los consumidores). ADAR/BECHER, *Boston College Law Review,* PP. 2412.

[63] GONZÁLEZ-VAL, «Did the 2012 Spanish law reform to protect mortgage debtors modify banks' lending behavior?», *Humanit Soc Sci Commun 10*, 822, 2023, p. 7. Sin perjuicio de lo anterior, la rebaja de tasas más bien parece estar relacionada con políticas contracíclicas del Banco de España. Pero hay evidencia que la sobre regulación, ya sea legal o jurisprudencial, afecta la cobertura del crédito y encarece sus costos. GÓMEZ POMAR/GANUZA/ARTIGOT, «Standard contract terms and legal controls: a reconstruction from the law and economics theory of contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018; JIMÉNEZ/MARTÍNEZ-MIERA/PEYDRÓ, « Who truly bears (Bank) taxes? Evidence from only shifting statutory incidence», en Imperial College London, Icrea, Universitat Pompeu Fabra, Crei, Barcelona GSE, and CEP, Banco de España, Eurosistema, 2020 y GÓMEZ POMAR/SEGURA MOREIRAS/SPRUK, «Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain»: *GLEA 18th Annual Conference of the German Law and Economics Association*, 2021, p. 37. Como un ejemplo claro de estos costes regulatorios está el RDL N° 1/2017, de 20 de enero (BOE del 21) por el cuales se crearon 54 juzgados especiales para poder fallar las demandas contra los bancos por cláusulas cielo, más el establecimiento de arbitrajes extrajudiciales. Esto constituye un enorme costo regulatorio. Véase el detalle de las cifras: VICENT CHULIÁ, El derecho de defensa de los consumidores, renovación del derecho privado, Lara y Pérez (coordinadores), *Tratado de Derecho de consumo*, Aranzadi, Madrid, España, 2025, pp. 75-78.

de costos regulatorios en Chile se pueden apreciar en materia de regulación del fraude bancario[64] y rebaja del máximo de interés convencional, que han promovido bandas de prestamistas[65].

La corrección del contrato, una vez activada la norma habilitante, debiera estructurarse como una intervención instrumental, orientada a corregir la falla de mercado que subyace a la cláusula impugnada y a alinear incentivos ex ante. En este marco, el «equilibrio contractual» puede operar, a lo sumo, como un indicador auxiliar, pero no como un criterio autosuficiente, pues un restablecimiento meramente conmutativo puede producir soluciones desconectadas del funcionamiento del mercado y de los incentivos que enfrentan los proveedores. Desde esta perspectiva, la regla general coherente con AED —y con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE— es la nulidad parcial: la cláusula abusiva se expulsa del contrato, manteniéndose la vigencia del resto, en cuanto ello preserve un intercambio eficiente sin debilitar el efecto disuasivo. La integración mediante normas supletorias debe reservarse para supuestos de «*second-best*»: únicamente cuando sea estrictamente necesaria para evitar la inviabilidad del contrato y cuando el reemplazo sea previsible y estandarizable, minimizando discrecionalidad judicial y costos de error. Así, se sanciona la estipulación patológica sin desarticular innecesariamente el vínculo contractual, pero evitando que la corrección judicial se convierta en un seguro para el predisponente.

Para concluir, se examinarán algunos fallos en los que la tesis propuesta ha sido aplicada y otros en los que, razonablemente, podría aplicarse. En «Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute», por ejemplo, la controversia giró en torno a una cláusula de elección de foro en materia de jurisdicción, muy similar a la que se analiza en este trabajo[66]. La regla de foro, es decir, que la regla que determina a qué jurisdicción estatal se debe recurrir en caso demanda es una cláusula que se discute en la literatura americana[67]. Estas estipulaciones resultan especialmente

[64] La Ley N° 20.009/2005, y sobre todo la Ley N° 21.234/2020, que limitan la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, prácticamente legitimaron el fraude bancario. Esta ley obligó a los bancos a restituir la extracción de fondos, que hacían los propios clientes de sus cuentas corrientes. Se llegó a operar por verdaderas bandas que promovían estas operaciones. Ante los alegatos de la Asociación de Bancos se logró que la Ley N° 21.673/2024, corrigiera parcialmente este problema. Ver: https://retailfinanciero.org/noticia/fraudes—en—medios—de—pago—el—dolor—de—cabeza—de—los—bancos—que—los—lleva—ahora—a—demandar—a—sus—clientes/.

[65] La Ley N° 20.715/2013, sobre Protección a Deudores de Créditos en Dinero, modificó el cálculo de la Tasa Máxima Convencional para el conjunto de operaciones que se ubiquen bajo las 200 UF, diferenciando entre dos segmentos: de 0 a 50 y 50 a 200 UF, rebajándola (ver: chrome—extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29539/1/BCN_Evidencia_analisis_efecto_TMC.pdf). Esta ley que pretendía proteger a las personas ubicadas en los últimos quintiles de ingreso, rebajando las tasas de interés por ley, en la práctica operaron como precios máximos y generaron la desbancarización de los últimos quintiles. Véase: https://www.latercera.com/pulso/sbif—reconoce—impacto—negativo—la—menor—tasa—maxima—convencional—se—abre—cambios/ y https://comentarista.emol.com/2294117/26547358/Emol—Social—Facts.html).

[66] Véase https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/.

[67] Nótese que este es sólo un ejemplo desde la que la jurisprudencia americana más bien ha sido la contraria. En el Derecho interno rige el § 253.10 del Code of Federal Regulations. La norma precedente establece lo siguiente:

«§ 253.10 [Notice of contract of carriage choice—of—forum provisions].

No carrier may impose any contract of carriage provision containing a choice—of—forum clause that attempts to preclude a passenger, or a person who purchases a ticket for air transportation on behalf of a passenger, from bringing a claim against a carrier in any court of competent jurisdiction, including a court within the jurisdiction of that passenger's residence in the United States (provided that the carrier does business within that jurisdiction).

relevantes en el ámbito del transporte. Desde una perspectiva económica, la elección de foro puede reducir los costos de litigación para las compañías y, en la medida en que tales ahorros se trasladen al consumidor, podrían traducirse en una disminución del precio del pasaje. Con todo, esa eficiencia debe compatibilizarse con la tutela del derecho a defensa del consumidor, que hoy —gracias a las nuevas tecnologías— podría asegurarse, al menos en parte, mediante mecanismos de acceso electrónico a la justicia.

El fallo de la Corte Suprema de Chile, de 26 de junio de 2025, Rol Ingreso de la Corte N° 12146—2024, consideró una cláusula del contrato de mutuo de dinero de un crédito hipotecario, que establecía la prohibición a enajenar y gravar, que aceleró el crédito hipotecario, era abusiva[68]. El tema es que, si el bien es continuamente enajenado, aunque el banco puede perseguir a terceros adquirente a través de una acción de desposeimiento, ello encarecerá los gastos de cobro del crédito, aumentando en definitiva los costos del crédito. Esta es una mala solución ex ante para el consumidor. El tema podría tener matices desde que muchos bancos autorizan estas transferencias (de propiedad hipotecada con cláusula de no enajenar), pero exigen que el nuevo comprador se haga cargo del crédito hipotecario, y estudian si el nuevo deudor tiene capacidad de pago. Normalmente este problema podría solucionarse mediante una orden administrativa que definiera mejor el derecho, es decir, que dé necesariamente la posibilidad de celebrar contratos con y sin la cláusula de prohibición, cobrando el banco por el riesgo que asume. Nótese que por la hipoteca —que es un derecho real— el banco siempre asegura el pago del crédito.

En España existe una nutrida jurisprudencia en materia bancaria sobre cláusulas abusivas, sobre cláusulas suelo, de aceleración, etc. A continuación, se analizarán algunos fallos con relación a la aplicación de lo planteado en el presente trabajo. La STJUE (Sala Cuarta), Rol N° C-26/13, 30 de abril de 2014, «Kaslér y Kaslerné Rabaide» se pronuncia respecto de la calificación de abusiva de una cláusula adicional de un contrato de préstamo, que implica venta y compra de divisas con un sistema que perjudica sustancialmente al consumidor. El tema llegó al TJUE, que no se inclina por la nulidad de la cláusula, sino por su reemplazo[69]. El criterio de solución del caso, en torno a la sentencia de reemplazo, podría evaluarse conforme a la tesis planteada en este trabajo, sobre una falla de mercado. La norma habilitante estaría dada por la falta de claridad de la cláusula, y el eventual desequilibrio en las prestaciones. En este contexto la regla sustituta se podría reconstruir conforme a un criterio de eficiencia. Nótese que, como se ha visto, una vez que existe una norma habilitante, el juez puede intervenir el contrato conforme al concepto de falla, acercándolo al mercado perfecto. En dicho caso debería ponderarse el riesgo con la utilidad de

[Doc. No. DOT—OST—2010—0140, 76 FR 23163, Apr. 25, 2011]» (véase: https://www.law.cornell.edu/cfr/text/14/253.10?).

[68] En los considerandos 6° a 8° están los fundamentos del fallo. En cuanto a los requisitos de admisibilidad se resuelve que, «…en cuanto al segundo requisito de la letra g) del artículo 16 de la LPDC, esto es, si ella causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan del contrato, en consideración a: (i) la finalidad del contrato y (ii) las disposiciones especiales o generales que lo rigen, cabe razonar lo siguiente» (cons. 6°) y «…el acreedor no tiene ningún interés legítimo relativo a que si se infringe la prohibición de enajenar pueda verse afectado el pago aplazado de la deuda. El acreedor hipotecario, no obstante, la enajenación del inmueble a un tercero, conserva intacta su garantía real, siendo titular del derecho de persecución en contra del tercero poseedor […]» (cons. 7°).

[69] La STJUE, resuelve en el considerando 3), de la parte resolutiva, que: «[e]l artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

mercado del contrato. La utilidad de mercado del contrato estará dada por el riesgo cambiario, es decir, de la prima que tendría el profesional por el riesgo cambiario. La cláusula por tanto debería inclinarse por la concreción de una prima de riesgo, que se puede determinar por perito. De esta forma ex ante se asegura una solución eficiente, es menos gravosa para el consumidor, pero también es eficiente porque valora el riesgo que debe asumir el proveedor.

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 planteó ante el TJUE en la causa «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (Asunto C-484/08)» tres consultas prejudiciales relativos a la interpretación de los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, y de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29)[70]. En cuanto a lo que interesa, el Tribunal Supremo español consultó si el Derecho interno español puede calificar como cláusula abusiva el objeto principal del contrato. A pesar que los arts. 4.2° y 19 de la Directiva sobre cláusulas abusivas excluyen esta posibilidad, la transcripción del art. 4.2 en la Ley N° 7/1998, de 13 de abril en el parlamento no se llevó a cabo (dicha incorporación no se habría incorporado por un error)[71]. Por tanto, esta ley no excluye la posibilidad que la judicatura realice un control de contenido de una cláusula, que se refiera el objeto principal del contrato, por considerarla como abusiva. El TJUE estimó que, al ser la Directiva de mínimos, dicha calificación es perfectamente posible, pero en realidad el tema es discutible por cuanto la exclusión de control de contenido de la Directiva se basó en argumentos de peso. La razón es que dicha incorporación atenta contra la economía de mercado[72]. En otras palabras, este control lleva a exigir en los contratos de consumo y de condiciones generales una autorización judicial *per se*, posterior al contrato, y que depende el consumidor. Pero, el consumidor siempre se fijará, en términos del contrato de compraventa, en el precio y la cosa. En este supuesto las partes son libres para convenir el precio o la cosa de un contrato —o, sea su objeto principal o los elementos de la esencia particulares del contrato—[73]. Conforme a lo planteado en este trabajo, por tanto, a pesar del silencio del legislador, el acuerdo sobre el objeto principal del contrato no puede dar lugar a un control de contenido, salvo que dichos elementos no estén claros, o sea evidente que la voluntad del consumidor no haya concurrido respecto de aquellos. Una diferencia en el precio, en principio, no puede ser una falla de mercado. Es una decisión libre e informado del consumidor. Sin embargo, este caso se puede

[70] CÁMARA LAPUENTE, , «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, Nº. 2, 2013, pp. 209-233. PAZOS argumenta que a igual conclusión se llega, aplicando los arts. 4:110 (2) PECL y II.9:406 del DCFR, y agrega que dicho control aparte de destruir la libertad contractual es imposible. En los comentarios a la norma del DCFR se señala la inexistencia de baremo o criterio jurídico para orientar y delimitar el control. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 357-360. En realidad, podría por ejemplo establecerse como criterio de abusividad un 30% de sobre precio promedio, aunque un criterio como el planteado no contempla todas las circunstancias que podrían justificar el aumento del precio. Además, no está claro si las correcciones de precio o ajustes de precio generarán unos costes de judicialización, que compensen el eventual ahorro del consumidor.

[71] CÁMARA, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013. p. 214.

[72] PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 345-36.

[73] La última jurisprudencia del Tribunal Supremo cambió de posición, y terminó desechando el control de contenido del objeto principal del contrato, y adecuación del precio. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, PP. (2017: 362). Sin perjuicio de esto, los argumentos señalados en este trabajo son especialmente relevantes en los países de la UE en que expresamente no se transfirió al Derecho interno el art. 4.2 por estimarse que los jueces podrían efectuar el control de contenido del objeto principal del contrato.

dar como si por ejemplo el elemento esencial del contrato está destacado en la cláusula tercera del contrato, que se relaciona con la contraprestación, pero en la cláusula décima tercera, después de acordar una serie de elementos accidentales y de la naturaliza del contrato, se agrega una cláusula que altera considerablemente el elemento de la esencia particular que constituye la obligación del consumidor. Esta cláusula puede ser objeto de control de contenido, no así si el objeto del contrato está claramente establecido en una cláusula única. La aplicación de las fallas de mercado, a través de la teoría de cláusulas generales, permite interpretar los arts. 8 de la Directiva sobre cláusulas abusivas de la UE, y 1 del 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. Estas disposiciones establecen el principio de protección del consumidor, que, conforme a lo señalado, debe conducir a preferir aquellas interpretaciones que corrijan la falla de mercado, a aquellas en las cuales se afecta el bienestar social de forma agregada[74]. La revisión judicial del mero objeto principal del contrato crea un costo de transacción en el consumo que no tiene una justificación en la mejora absoluta de la posición del consumidor, ya que en términos agregados lo perjudica.

8. A modo de conclusiones

8.1. Conclusiones generales

La tesis desarrollada en este trabajo busca dotar a la dogmática contractual de un criterio de corrección analíticamente verificable: La falla de mercado, entendida en sentido restringido, como puente entre el Análisis Económico del Derecho y las categorías tradicionales del Derecho privado. Con ello no se pretende sustituir la autonomía privada ni convertir la eficiencia en un criterio único, sino operativizarla dentro del razonamiento jurídico mediante la teoría de las cláusulas generales, reduciendo discrecionalidad y elevando el estándar de fundamentación de las decisiones. En términos jurídicos, el enfoque ofrece certeza y flexibilidad: certeza, porque exige condiciones de activación y de control; flexibilidad, porque permite ajustar el remedio al mecanismo que explica la disfunción, en lugar de descansar exclusivamente en nociones abiertas como buena fe, equidad, altruismo o equilibrio contractual. Y, en este sentido, la justicia distributiva tiene aplicación, conforme a las instituciones de derecho privado que sean específicamente aplicables, por tanto, lo que se plantea es una tesis complementaria a la clásica, pero que permite que el mercado funcione de mejor forma.

[74] Las referidas normas son del siguiente tenor:

«Artículo 8

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Artículo 1. [Principios generales].

En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139».

La aplicabilidad de la falla de mercado como cláusula general exige, como presupuesto, una norma habilitante que autorice la intervención (por ejemplo, en ámbitos típicos de contratación masiva o consumo). Esta opción «restrictiva» preserva la autonomía privada, como eje del Derecho de contratos, al tiempo que permite interpretar la norma habilitante conforme a su finalidad: reconducir —hasta donde sea razonable— el funcionamiento del mercado real hacia el ideal normativo de mercado perfecto. Pero también existe una forma más amplia de aplicación de esta teoría, que convertiría la falla de mercado en un parámetro general de corrección contractual, que va incluso más allá de la autonomía privada. Esa variante, aunque teóricamente coherente, se basa en Derecho mucho más colectivista, que no se sustenta sobre el individuo (es el individuo el que tiene que adaptarse a distintas formas del Derecho, en concreto al beneficio social). Este trabajo, más bien, se inclina por una concepción contenida, guiada por criterios de verificabilidad, costos de error y control institucional, y que basa al Derecho privado en la autonomía privada.

Sobre esa base, el trabajo propone un test operativo en cuatro etapas. Primero, la identificación del título de intervención (norma habilitante). Segundo, una verificación mínima mediante indicios observables (adhesión, complejidad, baja litigación individual, dispersión de daños, costos de cambio, etc.), pero con una exigencia adicional: precisar la falla específica que explica el resultado subóptimo (asimetría relevante, costos de transacción, externalidades negativas, problemas de agencia, entre otras). Tercero, la selección del instrumento menos costoso capaz de corregir la falla específica de que se trata —por ejemplo, transparencia reforzada cuando el problema es informativo; nulidad parcial o interpretación «*contra proferentem*» cuando el problema es de extracción contractual; mecanismos colectivos o control administrativo cuando el problema es de «*enforcement*»—, evaluando explícitamente riesgos de *second best*, efectos de desaliento («*chilling effects*»), sustitución hacia términos equivalentes y costos de cumplimiento. Cuarto, un control de intervención: Sin algún mecanismo de revisión (jurisprudencial, casacional, observatorios, seguimiento de efectos), la corrección puede degradar en sobreintervención, elevando precios, reduciendo oferta o erosionando la estabilidad del tráfico.

En suma, el aporte del artículo es doble: (i) propone una forma doctrinalmente plausible de incorporar el AED en el Derecho continental —a través de cláusulas generales— sin renunciar a los límites que impone la autonomía privada; y (ii) ofrece un test que estructura la decisión judicial en torno a mecanismos, costos y resultados esperables, con un criterio rector: La reducción de pérdidas sociales y la evitación de remedios simbólicos o meramente retóricos. Con ello, la tesis aspira a mejorar la consistencia y la calidad justificativa de la tutela contractual y, en especial, de la protección del consumidor, preservando el intercambio cuando sea eficiente y corrigiéndolo de manera focalizada cuando el mercado falla.

En resumidas cuentas, el presente artículo realiza tres aportes con relación a la interpretación e integración del contrato. Primero, vincula la falla de mercado a un comportamiento racional de los agentes, que el derecho debe combatir, y la específica el concepto de falla de mercado para evitar usos expansivos y poco controlables del concepto. Segundo, articula las fallas de mercado a través de una noción dogmática, aplicando la teoría tratamiento de cláusulas generales, lo que busca compatibilizar economía y tradición continental. Y finalmente, construye un test operativo, para la intervención judicial con pretensión de reducir discrecionalidad y controlar el riesgo de sobreintervención.

8.2. Conclusiones específicas

Una falla de mercado jurídicamente relevante presupone una disfunción estructural verificable —como poder de mercado, información imperfecta, externalidades, costes de transacción, problemas de agencia, déficit de enforcement, etc.— que impide que la competencia, el consentimiento o los remedios individuales disciplinen adecuadamente la relación contractual. El aporte específico de este trabajo consiste en destacar la función causal de la racionalidad individual dentro de esas disfunciones: los agentes, al responder racionalmente a los incentivos existentes, pueden reproducir, estabilizar o profundizar un resultado subóptimo. La racionalidad no define por sí sola la falla, sino que explica su sobrevivencia. Por ello, no toda desigualdad contractual, ventaja económica o apropiación de una mayor porción del excedente constituye una falla de mercado.

9. Bibliografía

ADAR, Yehuda / BECHER, Samuel I., «Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts», *Boston College Law Review*, 62(7), 2021, pp. 2405-2466.

AKERLOF, George A., «The Market for "Lemons", Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488–500.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», Anuario Jurídico de La Rioja, n.º 4, 1998, pp. 53-70.

ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia, «La protección del consumidor en el marco de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* Santiago RIPOL CARULLA (dir.), Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dir.), 2022, pp. 275-306

AUSTRALIAN TREASURY, «Price Regulation of Utilities», en *Economic Roundup, The Treasury, Australian Government,* issue 1, February, 1999, pp. 57-69.

BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Le fonti, Milano, 1946.

BARCIA LEHMANNN, Rodrigo, «El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado, Colombia, Núm. 50, 2026, enero-junio, pp. 301- 332.

BAR-GILL, Oren, El Derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo, en VÁSQUEZ, O. (ed.), *Análisis económico del Derecho,* Santiago, Rubicón, 2017, pp. 107-175 (traducción VÁSQUEZ, O. del primer capítulo del libro: BAR-GILL, *Seduction by contract*, Oxford, Oxford University Press, 2012).

BATOR, Francis M., «The Anatomy of Market Failure», *The Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 1958, pp. 351–379.

BEN-SHAHAR, Omri, «The myth of the 'opportunity to read' in contract law», John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 415, 2008.

BENATTI, Francesca, La función de las cláusulas generales en la interpretación e integración contractual, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Interpretación, calificación e integración contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 309-317

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Comares, Granada, España, 2000..

BUCHANAN, James M., «Market Failure and Political Failure», *Cato Journal,* 8(1), 1988, pp. 1–13.

CABRILLO RODRÍGUEZ, Francisco, «La economía, el Estado y el derecho», Información Comercial Española (ICE): *Revista de economía*, 905, 2018, pp. 35–46.

CALABRESI, Guido / MELAMED, A. Douglas, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review,* 85(6), 1972, pp. 1089–1128.

- «Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral», *Estudios Públicos,* 63, Santiago de Chile, 1996, pp. 348–392.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, Nº. 2, 2013, pp. 209-233.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La equidad en el Derecho Privado. Derecho y justicia*, e-libro, Corp., Barcelona, España, J.M. Bosch, 2009.

CHIASSONI, Pierluigi, «Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica», Revista *de Derecho Privado*, 21, 2011, pp. 89–106.

COASE, Ronald H., «The Lighthouse in Economics», *The Journal of Law and Economics*, 17(2), 1974, pp. 357–376.

COASE, Ronald H., «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1–44.

DAGAN, Hanoch / HELLER, Michael, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli / LEVINE, Ross, «Stock Markets, Corporate Finance, and Economic Growth: An Overview», *The World Bank Economic Review,* 10(2), 1996, pp. 223–239.

DEN HERTOG, Johan, «Review of economic theories of regulation», *Review of economic theories of regulation,* Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18, 2010, pp. 1-58.

DÍAZ ALABART, Silvia, Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas, DÍAZ ALABART (coordinadora), Reus Editorial, Madrid, España, 2023, pp. 79-104.

EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal / RODRÍGUEZ DIEZ, Javier, «Expansión y límites de la buena fe objetiva -a propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos"», Revista*Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, pp. 137–216.

GARCÍA SALGADO, María José, «Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean», *Anuario de filosofía del Derecho*, Nº 20, 2003, pp. 105-130.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia, Una visión desde el análisis económico del Derecho», *Indret,* 1/2003.

GÓMEZ POMAR, Fernando /GANUZA, Juanjo / ARTIGOT, Mireia, «Standard contract terms and legal controls: a reconstruction from the law and economics theory of contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018, pp. 1-78.

GÓMEZ POMAR, Fernando / SEGURA MOREIRAS, Adrián / SPRUK, Rok, «Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain»: *GLEA 18th Annual Conference of the German Law and Economics Association*, 2021, pp. 1-37.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, Requisitos de incorporación. Artículo 5, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), Aranzadi editorial, 1999, pp. 139-192.

GONZÁLEZ-VAL, Rafael, «Did the 2012 Spanish law reform to protect mortgage debtors modify banks' lending behavior?», *Humanit Soc Sci Commun 10*, 822, 2023.

HERWIG, Pilaj, «The Choice Architecture of Sustainable and Responsible Investment: Nudging Investors Toward Ethical Decision-Making», *Journal of Business Ethics,* February 2017, Vol. 140, No. 4, (February 2017), pp. 743-753.

HERNÁNDEZ, Leonardo / PARRO, Fernando, «Sistema financiero y crecimiento económico en Chile», *Central Bank of Chile Working Papers* N° 291, diciembre, 2004.

HUANG, Bert I., «Surprisingly Punitive Damages», *Virginia Law Review*, 100(5), 2014, pp. 1027–1059.

HUMMEL, Jeffrey Rogers, «National defense and the public-goods problem», *Journal des Economistes et des Etudes Humaines,* 4, 1994, pp. 353–377.

JALUZOT, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats-Étude comparative des droits français*, *Allemand et Japonais,* Paris, Dalloz, 2001.

JIMÉNEZ, Gabriel; MARTÍNEZ-MIERA, David & PEYDRÓ, José Luis, « Who truly bears (Bank) taxes? Evidence from only shifting statutory incidence», en Imperial College London, Icrea, Universitat Pompeu Fabra, Crei, Barcelona GSE, and CEP, Banco de España, Eurosistema, 2020.

KAPLOW, Louis, «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557–629.

KOROTANA, Mohammed, «The Emergence of Regulation: Market Failure, Subversion of Justice and Inadequacy of Private Law», *European Business Law Review*, 28(5), 2017, pp. 615–633.

KUYER, Paul / GODIJN, Bert, «Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging», *Rationality and society*, vol. 35, N°2, 2023, pp. 191-230.

LA PORTA, Rafael / LOPEZ DE SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei & VISHNY, Robert W., «Legal Determinants of External Finance», *The Journal of Finance*, Vol. 52, No. 3, Papers and Proceedings Fifty-Seventh Annual Meeting, American Finance Association, New Orleans, Louisiana January 4-6, Jul., 1997, pp. 1131-1150.

LIPSEY, R. G. / LANCASTER, Kelvin, «The General Theory of Second Best», *The Review of Economic Studies*, 24(1), 1956, pp. 11–32.

LOPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, «El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional», *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 115–181.

MADRIAN, Brigitte C., «Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design», *Annual Review of Economics*, 6, 2014, pp. 663–688.

MENEGHETTI, Karina, «La defensa no es un bien público puro ni una falla de mercado: desafiando los supuestos de la teoría económica neoclásica», *CEFADIGITAL,* 2019, pp. 11-32.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, SA, Madrid, Barcelona, 1999.

PAN, Eric J., «Understanding Financial Regulation», *Utah Law Review*, 4, 2012, pp. 1897-1947.

PAZOS CASTRO, Ricardo, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, España, 2017.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, «Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas», *Revista Chilena De Derecho*, 2024, 27(3), 485–499.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 1973.

RAJAN, Raghuram G. / ZINGALES, Luigi, «Financial Dependence and Growth», *The American Economic Review*, 88(3), 1998, pp. 559–586.

RICHARDS, Timothy J./KLEIN, Gordon J./BONNET, Céline/BOUAMRA-MECHEMACHE, Zohra, «Strategic Obfuscation and Retail Pricing», Review of Industrial Organization, vol. 57, núm. 4, 2020, pp. 859-889.

ROMERO GUZMÁN, Juan José, «¿Capturados por nuestra suspicacia? algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, No. 1 (enero - abril), 2008, pp. 9-35.

SANDMO, Agnar, «Asymmetric Information and Public Economics: The Mirrlees-Vickrey Nobel Prize», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n.º 1, 1999, pp. 165-180.

SCHAUER, Frederick, «Precedent», *Stanford Law Review*, 39(3), 1987, pp. 571–605.

SCHICK, Frederic, Rationality and Sociality, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976, Vol. 1976, Volume Two: Symposia and Invited Papers, 1976, pp. 395-407.

SCHMIDT-RIMPLER, Walter, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, en Baur, Fritz (ed.), *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Zum Vertragsproblem, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 3–26.

SHARKEY, Catherine M., «Punitive Damages as Societal Damages», *The Yale Law Journal,* 113(2), 2003, pp. 347–453.

SCHWARTZ, Alan & SCHWARTZ, Louis L., «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 127, No. 3 (Jan., 1979), pp. 630-682.

SPULBER, Daniel F., *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge (MA), 1989.

URETA IBARRA, Guillermo, «La sanción penal, como herramienta de reemplazo de la decisión empresarial: Una crítica a la luz del buen gobierno corporativo y la alternativa basada en la experiencia empírica chilena y canadiense», *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (14), 2025.

VERDÚN PÉREZ, Francisco, *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor,* Derecho Privado, Vol. II, BOE, Madrid, España, 2024.

VELLUZZI, Vito, «Le clausole generali. Semantica e politica del diritto», *Quaderni di Filosofia analítica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

VICENT CHULIÁ, Francisco, El derecho de densa de los consumidores, renovación del derecho privado, Lara y Pérez (coordinadores), *Tratado de Derecho de consumo*, Aranzadi, Madrid, España, 2025, pp. 41-95.

WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Ediciones Olejnik, 2019.

WILLIAMSON, O. E., «Williamson's The Economic Institutions of Capitalism», *The RAND Journal of Economics,* Vol. 17, No. 2 (Summer, 1986), pp. 279-286.

WINSTON, Clifford, *Government Failure versus Market Failure*, AEI-brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., USA, 2006.

ZERBE, Richard O. Jr., / HOWARD, McCurdy, «The End of Market Failure», *Regulation*, vol. 23, no. 2, 2000, pp. 10-14.

InDret
4.2026

El Derecho penal según Claus Roxin

Luis Greco
Humboldt-Universität zu Berlin
-

Sumario

-

El trabajo ofrece un recorrido por los puntos más relevantes de la obra jurídico-penal de Claus Roxin, construida a lo largo de más de seis décadas. Aborda, por una parte, los pilares fundamentales sobre los que se rige el Derecho penal liberal de corte roxiniano: la doctrina del bien jurídico y su teoría de la pena, según la cual esta se fundamenta en la prevención y queda limitada por la culpabilidad. Por otra parte, se repasan los fundamentos metodológicos de la obra de Roxin, basados en la conexión entre la política criminal y el sistema de Derecho penal. Asimismo, se realizan consideraciones sobre la imputación objetiva y el dominio del hecho, así como sobre las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad. Lejos de realizar una mera crónica de lo pasado, esta contribución aborda el significado de la obra del profesor Roxin para el presente y su potencial para el futuro (el Traductor).

Abstract

-

The contribution offers an overview of the most important aspects of Claus Roxin's criminal law work, built up over more than six decades. It addresses, on the one hand, the fundamental pillars underpinning the liberal approach to criminal law shaped by Roxin: the doctrine of protected legal interests and his theory of punishment, according to which punishment is grounded in prevention and limited by culpability. On the other hand, it examines the methodological foundations of Roxin's work, based on the connection between criminal policy and the criminal law system. It also offers considerations on objective imputation and control over the act, as well as on the categories of wrongfulness and culpability. Rather than offering a mere chronicle of the past, this contribution addresses the present-day significance of Roxin's work and its potential for the future (by the Translator).

Zusammenfassung

-

Die Arbeit bietet einen Überblick über die wichtigsten Aspekte des strafrechtlichen Werks von Claus Roxin, das er über mehr als sechs Jahrzehnte hinweg aufgebaut hat. Sie behandelt zum einen die grundlegenden Säulen, auf denen das liberale Strafrecht roxinischer Prägung beruht: die Rechtsgutslehre und seine Straftheorie, wonach die Strafe durch Prävention begründet und durch die Schuld begrenzt wird. Zum anderen werden die methodischen Grundlagen von Roxins Werk beleuchtet, die auf der Verbindung zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtssystem beruhen. Ebenso werden Überlegungen zur objektiven Zurechnung und zur Tatherrschaft angestellt sowie zu den Kategorien der Rechtswidrigkeit und der Schuld. Der Beitrag liefert keine bloße Chronik der Vergangenheit, sondern befasst sich mit der gegenwärtigen Bedeutung des Werks von Roxin und seinem Potenzial für die Zukunft (vom Übersetzer).

Title*: *The Criminal Law after Claus Roxin
Titel*: *Das Strafrecht nach Claus Roxin

-

Palabras clave: *Claus Roxin, doctrina del bien jurídico, teoría de la pena, política criminal, imputación objetiva, dominio del hecho, antijuridicidad, culpabilidad.*
***Keywords*:** *Claus Roxin, doctrine of protected legal interests, theory of*

punishment, criminal policy, objective imputation, control over the act, unlawfulness, culpability.
***Stichwörter*:** *Claus Roxin, Rechtsgutlehre, Straftheorie, Kriminalpolitik, objektive Zurechnung, Tatherrschaft, Rechtswidrigkeit, Schuld.*
-

InDret

4.2026

Índice

-

1. *¿Obituario?*
2. *Fundamentos del Derecho penal*
   2.1. Concepto material de delito: la doctrina del bien jurídico
   2.2. Teoría de la pena: teoría dialéctica o teoría preventiva de la unión
3. *Dogmática del Derecho penal*
   3.1. Método: política criminal y sistema del Derecho penal
   3.2. Doctrina del tipo (y autoría)
      a. Imputación objetiva
      b. Dominio del hecho
      c. Sobre la relación entre la creación de peligro y el dominio del hecho
   3.3. Antijuridicidad
      a. Sobre las distintas causas de justificación
      b. Relación entre tipo y antijuridicidad
   3.4. Culpabilidad —o responsabilidad—
4. *A modo de conclusión*
5. *Bibliografía*

-

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

1. ¿Obituario?*

El 18 de febrero de 2025, Claus ROXIN (nacido el 15 de mayo de 1931 en Hamburgo) se despidió de nosotros a la edad de 93 años. A lo largo de más de seis décadas —su debut científico tuvo lugar con la tesis doctoral, publicada en 1959, sobre «Tipos abiertos y elementos del deber jurídico» (*Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*)[1]— acompañó y contribuyó a dar forma al Derecho penal de la República Federal como nadie lo ha hecho. Para todos los interesados en el Derecho penal encarnó algo así como el rostro mundial de la ciencia jurídico-penal alemana, su mejor cara[2], de modo que la idea de que en el futuro haya que continuar sin él sigue doliendo, incluso meses después.

Sobre el científico, cuya obra y trayectoria ya fueron objeto de forma inusual de múltiples reconocimientos en vida (tanto en Alemania[3] como en el extranjero[4]), y que no hace mucho

---

* Trabajo original: GRECO, «Das Strafrecht nach Claus Roxin», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (137-3), 2025, pp. 443-465. Traducción a cargo de Quim REAL GALÍ.

[1] 2.ª ed., sin modificaciones, 1970.

[2] Cfr. ya SCHÜNEMANN/GRECO, Nachruf auf Claus Roxin. Das humane Gesicht nicht nur der deutschen Strafrechtswissenschaft, LTO, 21.2.2025, disponible en: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/claus-roxin-tot-nachruf-strafrecht-wissenschaft (consulta: 11.07.2025).

[3] Además de los dos extensos libros homenaje con motivo de su septuagésimo (SCHÜNEMANN/ET AL. (eds.) *Festschrift fuʳ Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, 1579 páginas) y de su octogésimo cumpleaños (HEINRICH, JÄGER / ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift fuʳ Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t. I, t. II, 2011, 2000 páginas): con motivo de su quincuagésimo cumpleaños: SCHUNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984; con motivo del doctorado honoris causa en Coimbra (1991): SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995; con motivo de su sexagésimo quinto cumpleaños WOLTER (ed.), *GA* (5), 1996, pp. 201-238; con motivo de su septuagésimo cumpleaños: SCHROTH, «Glückwunsch – Claus Roxin zum 70. Geburtstag», *JuristenZeitung*, (56-15), 2001, p. 755; SCHÜNEMANN, «Claus Roxin zum 70. Geburtstag», *Neue Juristische Wochenschrift*, (54) 2001, 1476; SCHÜNEMANN (ed.), *Claus Roxin: Person – Werk – Epoche*, 2003; con motivo de su 75.º cumpleaños: ACHENBACH, «Claus Roxin zum 75. Geburtstag», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1405; WOLTER (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (5), 2006, pp. 255-438; con motivo de su octogésimo cumpleaños: NEUMANN, «Claus Roxin zum 80. Geburtstag», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, p. 209; WOLTER (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-5), 2011, pp. 255-438; con motivo de su octogésimo quinto cumpleaños: GRECO, «Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2016, p. 416; HILGENDORF, «Glückwunsch. Claus Roxin zum 85. Geburtstag», *JuristenZeitung*, (71-10), 2016, p. 512; WOLTER (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (163-5), 2016, pp. 233-376; con motivo de su nonagésimo cumpleaños: WEIGEND, «Claus Roxin zum 90. Geburtstag», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (133-2), 2021, p. 281; WOLTER (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, pp. 241–312.

[4] GIMBERNAT/ET AL. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, 124 páginas. (con motivo del doctorado honoris causa en Madrid); SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1994, 470 páginas (con motivo del doctorado honoris causa en Barcelona); LASCANO (ed.), *Nuevas formulaciones en las ciéncias penales*, 2001, 854 páginas (con motivo del doctorado honoris causa en Córdoba, Argentina); VALDÁGUA (ed.), *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, 2002, 248 páginas (con motivo del doctorado honoris causa en Lisboa); en México: ONTIVEROS ALONSO/PELÁEZ FERRUSCA (ed.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin*, t. I, 2003, 685 páginas; t. II., 2006, 553 páginas; LUZÓN-PEÑA (ed.), *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como doctor honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, 2018, 791 páginas (con motivo del doctorado honoris causa en Lima).

tiempo presentó su propio balance[5], ya constan los primeros obituarios en la doctrina[6]; como era de esperar, no solo en Alemania[7]. Ante esta abundancia de manifestaciones, que ya de por sí corroboran tanto la trascendencia científica como el afecto personal profesado a Claus ROXIN, uno se pregunta qué más se puede decir en otro obituario, el cual no debe ni puede reducirse a un simple gesto de despedida hacia el amigo y profesor, compañero y coeditor que nos ha dejado[8].

La respuesta la encuentra uno en la propia obra de Claus ROXIN. Y es que el rechazo de ROXIN a la retribución metafísica orientada hacia el pasado en favor de una teoría de la prevención limitada por la culpabilidad (más detalladamente *infra* 2.2.) no es simplemente un planteamiento académico en una discusión interna de la disciplina, sino también la expresión de una forma de afrontar la vida. En ella se expresa una orientación hacia el futuro, un optimismo prudente pero decidido, una confianza vital llena de fe y esperanza. Según ROXIN, tanto a la hora de castigar como en la vida, debemos mirar hacia adelante. Con este espíritu, pues, se escribe el presente obituario. Por paradójico que pueda parecer, no como una mera reconstrucción a modo de listado de lo pasado, sino como una puesta al día que trata de establecer una relación entre el pasado y el presente en el horizonte del futuro.

Cuando en septiembre de 1999, siendo aún estudiante brasileño de Derecho en el octavo semestre, conocí a Claus ROXIN por primera vez en Múnich para preguntarle si podía doctorarme bajo su dirección, él dijo que sí, pero puso una condición: «si todavía vivo…»[9]. De pie ante aquel hombre dinámico y fornido, de casi dos metros de estatura (es decir, a una distancia de prácticamente 50 centímetros), entendí (pese a la distancia de casi 50 años que nos separaba) que la condición no se había planteado en serio, y que el compromiso era, en el fondo, incondicional. El haber tenido la oportunidad de observar durante muchos años, desde muy cerca, la creatividad y energía de ROXIN —que en él se manifestaban, además, en la compañía, psicológicamente poco frecuente, de la modestia, la amabilidad y la generosidad—, confirmó aún más esa creencia de que Claus ROXIN era, de todos modos, inmortal.

El presente obituario pretende, pues, ofrecer un recorrido por la *obra de toda una vida* de Claus ROXIN en el ámbito del Derecho penal; obra que, sin embargo, solo puede entenderse como una *obra viva*. Por lo tanto, su exposición auténtica no puede conformarse con una reproducción comprimida (y, por supuesto, selectiva[10]) de lo que en su día se concibió, sino que debe, al mismo

[5] ROXIN, «Mein Leben und Streben», en HILGENDORF (ed.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, pp. 449 ss.; vid. también ROXIN, «Die juristischen Highlights meines Lebens», *Rechtshistorisches Journal*, (19), 2000, p. 637; DUVE, «Ein Gespräch mit Claus Roxin», Forum Historiae Juris, 2006, p. 1; ROXIN, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», en WILLOWEIT (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlags C.H. Beck*, 2007, pp. 867 ss.; ANASTASOPOULOU, «Ein Interview von Professor Roxin», *The Art of Crime*, (9), 2020, disponible en línea.

[6] Obituarios en línea: SCHUNEMANN/GRECO, *LTO*, 21.2.2025; JÄGER, «Zum Abschied eines genialen Vordenkers seiner Zeit» *beck-aktuell*, 24.2.2025; en revistas: SCHÜNEMANN, «Claus Roxin (15.5.1931 – 18.2.2025)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (6), 2025, p. 301; HILGENDORF, «Claus Roxin †», *JuristenZeitung*, (80-8), 2025, p. 361; PAPATHANASIOU, «Nachruf auf Claus Roxin», (125), *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2025, p. 184; SCHÖCH, «In memoriam Claus Roxin», Neue *Kriminalpolitik*, (37), 2025, p. 7.

[7] PEDERNERA, «Claus Roxin, in memoriam (1931-2025)», *Revista Pensamiento Penal*, (1-1), 2025, p. 6 (Argentina).

[8] Vid. también, en portugués, con motivo de su octogésimo cumpleaños GRECO/LEITE, «Claus Roxin, 80 anos», *Revista Liberdades*, (7), 2011, p. 97. Con motivo de su nonagésimo cumpleaños, GRECO/LEITE, «Claus Roxin, jovem nonagenário», *Jota: Penal em Foco*, 17.5.2021 (disponible en: https://www.jota.info/colunas-acervo/penal-em-foco/claus-roxin-jovem-nonagenario [consulta: 11.07.2025]).

[9] Sobre esta anécdota, ya GRECO, *ZIS*, (7), 2016, p. 424 y GRECO/LEITE, *Jota: Penal em Foco*, 17.5.2021.

tiempo, abordar siempre su significado para el presente y su potencial para el futuro[11]. Así pues, quiero mostrar por qué el acontecimiento del 18 de febrero de 2025, por doloroso que aún se sienta, no logró cambiar en nada la creencia que he albergado desde nuestro primer encuentro en 1999.

2. Fundamentos del Derecho penal

Durante casi seis décadas, ROXIN ha defendido un Derecho penal liberal que se sustenta sobre dos pilares fundamentales: la doctrina del bien jurídico y la teoría preventiva de la unión.

2.1. Concepto material de delito: la doctrina del bien jurídico

La doctrina del bien jurídico —la tesis según la cual el Derecho penal no debe ocuparse de las exigencias de una moral superior ni de modelos de vida buena y plena, sino de las condiciones para una convivencia pacífica entre personas libres e iguales— fue adoptada por ROXIN en el contexto de la reforma del Derecho penal en el período de después de la guerra[12]. Esto ocurrió, pues, en una época en la que la posición dominante, que encontró su expresión más clara en el proyecto de Código Penal de 1962 presentado por la Gran Comisión de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*) (en adelante, P 1962), sostenía que al legislador no le estaba vedado castigar determinados casos de «conductas especialmente reprobables desde el punto de vista ético y consideradas ofensivas según la convicción general»[13]. Así, el P 1962 pudo posicionarse, apelando a la «pureza y salud de la vida sexual»[14], a favor del mantenimiento del tipo penal contra la homosexualidad masculina, así como de una serie de disposiciones penales adicionales, como la inseminación artificial, la interrupción del embarazo a pesar de indicación criminológica y el adulterio (§§ 203, 140 y 193 P 1962), todas ellas legitimadas apelando a las «concepciones morales fundamentales del pueblo»[15].

Frente a todo ello, ROXIN sostuvo «que el legislador carece por completo de la facultad de castigar una conducta que no atenta contra ningún bien jurídico por el mero hecho de ser inmoral. (…) El Estado ha de preservar el orden externo; para tutelar moralmente al individuo no posee legitimación alguna»[16]; y el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966[17] (en adelante, PA

[10] Ante todo, deben quedar excluidas la Parte especial del Derecho penal y el Derecho procesal penal (y más aún los intereses metajurídicos, como es el caso, sobre todo, de KARL MAY). El título cabría leerlo, por lo tanto, como «La Parte general del Derecho penal sustantivo según Claus Roxin». Pero incluso esto seguiría siendo impreciso, ya que no puedo abordar ni sus aportaciones en el ámbito de la teoría del dolo y el error, ni en lo relativo a la teoría de la tentativa y el desistimiento, la omisión y los concursos.

[11] En este sentido, mis modelos de referencia para la presente tarea no son tanto los obituarios dedicados a ROXIN (véanse las notas 6 y 7) u otros publicados más generalmente, sino el libro que la primera generación de sus discípulos (SCHUNEMANN, RUDOLPHI, AMELUNG, WOLTER, ACHENBACH, HAFFKE) le dedicaron con motivo de su quincuagésimo cumpleaños (SCHUNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984).

[12] En particular, ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *Juristische Schulung*, (6), 1966, p. 377 (citado según: ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 1 ss., 13 ss.); EL MISMO, «Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (81-1), 1969, p. 613 (citado según: ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 32 ss., 42 ss.).

[13] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, nº 04/650, 1962, p. 376.

[14] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, nº 04/650, 1962, p. 359.

[15] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, nº 04/650, 1962, p. 359.

[16] ROXIN, *JuS*, (6), 1966, p. 15.

[17] Al respecto, GRECO/ROGER, «Strafrechtsreform als Wissenschaft – zum 50-jährigen Jubiläum des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs 1966», *JuristenZeitung*, (71-23), 2016, p. 1125.

1966), del que fue coautor, establecía lacónicamente en una «norma clave»[18] (§ 2 I) situada inmediatamente después del principio nullum crimen: «Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de los bienes jurídicos y a la reinserción del autor en la comunidad jurídica».

La postura de ROXIN, que confirmó y profundizó a lo largo de décadas[19] y que cuenta con el respaldo de tantos otros[20], parece toparse cada vez más con la incomprensión[21]. «Proporcionalidad» y «democracia» son las consignas que se esgrimen en su contra; consignas que fueron recogidas nada menos que por nuestro propio Tribunal Constitucional Federal en su sentencia sobre el incesto[22]. Sin embargo, una proporcionalidad que sitúa la amenaza de una pena al mismo nivel que un recuento censatario pasa por alto algo muy importante: que la pena resulta ser algo distinto[23]. Y una democracia que restringe las libertades con el argumento de que estas no se corresponden con la moral del grupo dominante en cada momento socava su propio fundamento, a saber, la idea del ciudadano libre e igual al que se le debe dejar decidir por sí mismo cuál es su visión de una vida buena y plena y no imponérsela mediante la coacción penal[24].

Detrás de las consignas citadas probablemente se esconda, no pocas veces, una determinada expectativa que rara vez se expresa explícitamente. Parece que se da por sentado que la moral frente a la cual se rebelaron ROXIN y el movimiento del Proyecto Alternativo es la moral represiva y anticuada de los tiempos de Adenauer y del P 1962, que, según se cree, consistía principalmente en disposiciones sobre el comportamiento sexual. Nuestra moral, en cambio, sería la de la

[18] BAUMANN, «Einschränkungen der Strafbarkeit im Allgemeinen Teil des Alternativ-Entwurfs», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1967, pp. 333, 334; vid. también H. SCHULTZ, «Un tournant nouveau de la réforme du droit pénal allemand», *Revue International de Droit Comparé*, (20), 1968, p. 493: «Eckstein».

[19] En el extenso § 2 de las cuatro primeras ediciones de su tratado, escritas por él solo, 1991, 1994, 1997, 2006; asimismo: ROXIN, «Wandlungen der Strafrechtswissenschaft», *Juristische Arbeitsblätter*, (5), 1980, pp. 222 ss.; EL MISMO, «Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen», *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, pp. 546 ss.; EL MISMO, «Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?», en HEFENDEHL/ET AL. (eds.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann*, 2005, pp. 135 ss.; EL MISMO, «Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte», en *FS Hassemer*, 2010, pp. 573 ss.; EL MISMO, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, (59), 2011, pp. 11 ss.; EL MISMO, «Der Rechtsgutsgedanke in der strafrechtlichen Unrechtslehre», *Ad Legendum*, (4), 2012, p. 237; EL MISMO, «Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (160-8), 2013, p. 433.

[20] Cfr. solo (ulteriores referencias en ROXIN/GRECO, AT, t. I, 5ª ed., 2020, § 2 nm. 7 ss., 120 ss.) HEFENDEHL, «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (149), 2002, p. 21; HEINRICH, «Strafrecht als Rechtsgüterschutz – Ein Auslaufmodell?», en *FS Roxin*, 2011, pp. 131 ss.; JÄGER, «Vor § 1 - § 2 StGB», en SK-StGB, 10ª ed., 2025, nm. 3; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, pp. 195 ss.; KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-3), 2015, p. 635; NEUMANN/SALIGER, «Vor § 1 StGB», en NK-StGB, 6ª ed., 2023, nm. 108 ss.; SCHUNEMANN, «Das Rechtsgüterschgutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 ss.

[21] Cfr. últimamente BRUNHÖBER, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-4), 2023, p. 872; STUCKENBERG, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-4), 2023, p. 904.

[22] BVerfGE 120, 224, 241, y a este respecto, ROXIN, «*Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*», *Strafverteidiger*, (10), 2009, p. 544; si bien la sentencia sobre la asistencia al suicidio, en la medida en que, basándose en HASSEMER (opinión particular sobre la sentencia de incesto), afirma que «el mantenimiento de un consenso realmente existente o presunto sobre valores o principios morales no puede ser el objetivo directo de la actividad legislativa penal» (BVerfGE 153, 182, 271), se ha pronunciado, en el fondo, en el sentido de la doctrina del bien jurídico.

[23] Cfr. ya ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 2, nm. 1h; con detalle, GRECO, «Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-3), 2023, pp. 378, 418 ss.

[24] Vid. ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 2, nm. 94e ss.

responsabilidad y los derechos humanos, la sostenibilidad y la diversidad. La doctrina del bien jurídico solo la necesitarían aquellos que no son moralmente tan avanzados como nosotros. Nosotros, los ilustrados, ya nos las arreglaríamos con nuestra moral ilustrada.

Me atrevo a afirmar que la doctrina del bien jurídico se demuestra eficaz precisamente en tiempos como los nuestros, es decir, en tiempos en los que una moral dominante domina el discurso público hasta tal punto que solo es posible mantener un debate libre, en el sentido de un debate abierto en cuanto a su resultado, al margen de dicha moral[25]. Por eso, Claus ROXIN puede rechazar el tipo penal contra la «mentira de Auschwitz»[26] y mostrarse muy crítico con la prohibición sancionada penalmente de la posesión de sustancias para el dopaje[27] y hacerlo con la misma determinación con la que en los años 60 abogó por la derogación del tipo penal sobre la homosexualidad masculina[28]; y todo ello pocos años después de que el mismo tribunal que hoy defiende un tercer género[29] y la protección del clima[30] hubiera afirmado con similar contundencia: «las relaciones entre personas del mismo sexo infringen claramente la ley moral»[31].

Solo la doctrina del bien jurídico permite una política criminal independiente del espíritu de la época y que, por lo tanto, tome en serio la libertad individual. Sin ella ya no es posible articular la obviedad de que el rechazo de un tipo delictivo y la aprobación moral de la conducta en cuestión no son lo mismo, y sin dicha obviedad, precisamente en una democracia, no es posible llevar a cabo una política criminal moderada.

Una política criminal sensata es solo una pequeña parte de la política de Derecho penal. Por ello, ROXIN subraya siempre que la protección jurídico-penal de bienes jurídicos debe ser la *ultima ratio* o, en otras palabras, tener *carácter subsidiario*, lo que significa al mismo tiempo que no se debe perder de vista la opción de la *despenalización*[32]. Precisamente cuando sectores de la doctrina —con frecuencia, en nombre de una actitud de deferencia hacia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal[33]— se disponen a dejar de lado estas exigencias, y cuando la práctica se ha conformado con las soluciones procesales de emergencia, poco honestas, —en particular, las de los §§ 153 y 153a StPO—, no debería abandonarse, en el espíritu de ROXIN, el ímpetu que estas máximas avivaron no hace mucho tiempo y que, por momentos, pareció resurgir[34].

[25] Cfr. solo GRAU, *Hypermoral*, 5ª ed., 2021. Vid. también LEITE, «Die strafrechtliche Begriffsbildung zwischen Legalität und Moralität. Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, p. 270: «Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe».

[26] ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 41 s.

[27] ROXIN, «Strafrecht und Doping», en *FS Samson*, 2010, pp. 445 ss.; vid. también ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 2 nm. 36b.

[28] ROXIN, *JuS*, (6), 1966, p. 15; haciendo retrospectiva, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 17 ss.

[29] BVerfGE 147, 1.

[30] BVerfGE 157, 30.

[31] BVerfGE 6, 389, 434.

[32] ROXIN, *JA*, 1980, p. 547; EL MISMO, «Schlußbericht», en KUHNE/MIYAZAWA (eds.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischem* Vergleich, 1995, pp. 407 ss., 411 s.; EL MISMO, «Hat das Strafrecht eine Zukunft?», en *GS Zipf*, 1999, pp. 135 ss., 141 s.

[33] Por ejemplo, WOHLERS, «Strafrecht als ultima ratio», en V. HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating principles*, 2004, pp. 54 ss., 69: «Grundsatz ohne eigenen Aussagegehalt»; GÄRDITZ, «Demokratizität des Strafrechts und Ultima-Ratio-Grundsatz», *JuristenZeitung*, (71-13), 2016, p. 641.

[34] Me refiero sobre todo a los artículos de HOVEN, JAHN/BRODOWSKI, KINDHÄUSER, PRITTWITZ, KASPAR, KINZIG, B. HEINRICH, MEIER, KUBICIEL, WEIGEND y VALERIUS, publicados en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf*,

2.2. Teoría de la pena: teoría dialéctica o teoría preventiva de la unión

La teoría de la pena de Claus ROXIN es la solución genial a un dilema central del Derecho penal liberal, el cual debe anhelar una salida entre la retribución sin concesiones y la defensa social supeditada a la política[35]. La idea consiste en que la pena se fundamenta en la prevención y queda limitada por la culpabilidad[36]. Debido a la limitación recíproca entre la culpabilidad y la prevención, ROXIN habla de una teoría dialéctica[37], o, más sencillamente, de una teoría preventiva de la unión[38]. Esta postura también quedó recogida en el PA 1966, que no designaba la culpabilidad como «fundamento» para la determinación de la pena (como sí lo establece el actual § 46, apartado 1, frase 1, StGB, que se remonta al § 60, apartado 1, del P 1962) en favor de una formulación alternativa: «la culpabilidad por el hecho determina el máximo de la pena» (§ 59, apdo. 1). Castigamos para prevenir futuros delitos, pero al hacerlo, cuidamos de no castigar a nadie por encima de su culpabilidad. Castigamos, entonces, porque lamentablemente no sabemos hacerlo mejor, por «amarga necesidad»[39], con «malas conciencias»[40], y no porque la culpabilidad tenga que ser castigada o para que «la culpa de sangre no recaiga sobre el pueblo» (KANT)[41], y menos aún para escenificar públicamente nuestra superioridad moral frente al que infringe el Derecho.

Precisamente los esfuerzos más recientes en materia de teoría de la pena, formulados en los términos de las llamadas teorías expresivas de la pena, consisten, en el fondo, en una escenificación de ese tipo[42]. En particular, aquellas que defienden un «derecho de la víctima a que se castigue al autor»[43] abogan por un Derecho penal que ya no siente amargura, sino que se regocija de sí mismo[44]. La insistencia de ROXIN en la prevención, cuidadosamente diferenciada de las doctrinas para las que el castigo es «en sí mismo retribución» o un «reproche ético-social»[45], nos recuerda que el denominado «expresivismo» no es sino vino viejo en odres nuevos, ahora angloamericanos. Se trata del vino que, desde el movimiento del Proyecto Alternativo y su proclamado alejamiento de KANT y HEGEL[46], ya no se quería beber y al que hoy se recurre de nuevo

(129), 2017, p. 2.

[35] Cfr. ya GRECO, «Schuld ohne Vergeltung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, p. 266.

[36] ROXIN, *JuS*, (6), 1966, pp. 20 ss.; EL MISMO, *Juristische Arbeitsblätter*, (5), 1980, pp. 223 ss.; EL MISMO, *JA*, 1980, pp. 547 s.; EL MISMO, «Wandlungen der Strafzwecklehre», en *FS Muller-Dietz*, 2001, pp. 701, 702 ss.; EL MISMO, «Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *FS Volk*, 2009, pp. 601 ss., 610 ss., 616.

[37] ROXIN, *JuS*, (6), 1966, p. 27.

[38] Esta es la denominación que se prefiere en el tratado, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 37 ss.

[39] BAUMANN/ET AL., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, 1966, p. 29 (2ª ed., 1969; cito de la 1.ª edición.). La frase se remonta a H. SCHULZ, «Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)», *JuristenZeitung*, (21-4), 1966, pp. 113 ss., 114 s.

[40] RADBRUCH, «Vorwort zu einer geplanten Ausgabe des Vortrages von J. H. Kirchmann», en EL MISMO, *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie Drei Aufsätze aus dem Wissenschaftlichen Nachlaß*, 1952, pp. 19 ss., 23: «Denn ein guter Jurist kann nur der werden, der mit einem schlechten Gewissen Jurist ist.»; también en RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, t. IV (Kulturphilosophische und kulturhistorische Schriften), 2002, pp. 223 ss., 227.

[41] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en EL MISMO, *Kants Werke, Akademie Ausgabe*, t. VI, 1968 (por primera vez en 1797), p. 333.

[42] Con las referencias correspondientes, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 3 nm. 36a ss.

[43] Para las referencias, véase también ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 3 nm. 36h ss.

[44] Sobre la crítica, GRECO, «Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (167-4), 2020, p. 258.

[45] Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 3 nm. 45 s.; asimismo ROXIN, en *FS Volk*, pp. 602 ss.

[46] KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, pp. 36 ss.

con entusiasmo precisamente porque se sirve con la etiqueta de un producto de importación de calidad.

La defensa que hace ROXIN de una prevención limitada por la culpabilidad sigue sirviendo como orientación, precisamente ante los múltiples intentos de resucitar las ideas retribucionistas[47]. Y es que este alegato no es solo, como se ha visto anteriormente en el primer epígrafe, la expresión de una actitud ante la vida, sino también de una concepción de la pena y, en última instancia, del Estado, según la cual la pena y también el Estado tienen algo que dar a las personas, pero existen por causa nuestra y no por causa de alguna idea turbia y endiosada, por muy eufemísticamente que se la denomine y por muy refinadamente que ahora se la fundamente, ya sea como restablecimiento de una relación de reconocimiento[48], como confirmación de la vigencia de la norma[49], como cumplimiento obligatorio de un deber de cooperación ciudadano[50], o como resonancia[51]. Tampoco aquí puede uno permitirse el lujo del olvido histórico: fueron precisamente las versiones precedentes de estas doctrinas, contra las que ROXIN luchó durante toda su vida, las que, por ejemplo, bloquearon durante tanto tiempo la suspensión condicional de la pena[52] y respaldaron el presidio (*Zuchthaus*)[53], y son únicamente ellas las capaces de seguir sustentando la pena privativa de libertad perpetua[54]. Un Derecho penal con rasgos humanos necesita también una justificación distinta, orientada hacia los hombres.

La discusión más reciente sobre la teoría de la pena, precisamente en la sorprendente diversidad de concepciones orientadas a la retribución, parece haber perdido de vista aquello que para ROXIN siempre fue evidente, a saber, que la reflexión sobre la teoría de la pena es siempre, a la vez, práctica de reforma del Derecho penal. Resulta llamativo cómo las concepciones más recientes se interesan, en el mejor de los casos, de manera marginal por la configuración real del sistema de sanciones penales, mientras que para ROXIN siempre se trata, al mismo tiempo y probablemente incluso en primer lugar, de estas implicaciones, según el lema bíblico «por sus frutos los conoceréis»[55]. Esto significa para nosotros que no debemos conformarnos con los logros —que en modo alguno pueden considerarse insignificantes— de la abolición del presidio[56] y de la reducción generalizada de las penas privativas de libertad; las reivindicaciones formuladas por ROXIN y el movimiento del Proyecto alternativo sobre esta base teórica no deben caer en el olvido,

[47] Cfr., con una extensa bibliografía sobre este «renacimiento de la teoría de la retribución» ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 3 nm. 6a, 6b, 9a.

[48] Por ejemplo, M. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 22 ss.; GIERHAKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, pp. 247 ss., 255 ss.; NOLTENIUS, «Strafbegründung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en *FS Goerlich*, 2015, pp. 93 ss., 97 ss.

[49] JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäischem' Prinzipiendenken», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, pp. 842, 844 s.: «Bestätigung der gesellschaftlichen Identität "nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung"»; EL MISMO, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1996, pp. 37 ss.

[50] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien einer Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 82 ss.; sobre la crítica, GRECO, «Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik», en *FS Sancinetti*, 2020, pp. 105 ss.

[51] ROSTALSKI, «Strafe als Resonanz», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (171-8), 2024, p. 441.

[52] Cfr. ya BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 1913, p. XV: «Limonada de la compasión» (Limonade des Mitleids).

[53] *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, nº 04/650, 1962, p. 98: el presidio como «manifestación del Derecho penal de la culpabilidad».

[54] Cfr. solo BVerfGE 45, 187, 254.

[55] Mateo 7, 16.

[56] PA 1966, § 36 apdo. 1; ROXIN, *JA*, 1980, p. 548.

en el sentido de la abolición total de las penas privativas de libertad de corta duración[57], de una ampliación de las posibilidades de sustituir la pena privativa de libertad por la pena de multa, así como de la suspensión condicional de la pena[58]. El siguiente paso necesario para continuar la humanización de la pena en el espíritu de ROXIN consiste en volver a poner en la mira la prisión perpetua, y no dejarse tranquilizar por la solución apaciguadora del § 57a StGB[59].

3. Dogmática del Derecho penal

El sólido fundamento demuestra su valía en la superestructura: en las refinadas estructuras del edificio dogmático, el impresionante sistema de la teoría del delito que ROXIN, siguiendo la tradición alemana, divide en los niveles de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En la manera en que ROXIN dota de contenido a estas tres categorías se revela una clara concepción metodológica cuyos rasgos fundamentales conviene recordar de antemano.

3.1. Método: política criminal y sistema del Derecho penal[60]

La idea central que se encuentra detrás del método de ROXIN consiste en que no debe abrirse ninguna brecha entre la legitimación general y abstracta de la pena, por un lado, y la imposición concreta de la pena legítima en el caso particular, por otro. «Política criminal y sistema del Derecho penal»[61] deben ir de la mano. «Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt»[62]. Las categorías sistemáticas del delito son la operacionalización jurídica de los principios de legitimación de la política criminal, es decir, en particular, de los presupuestos descritos en el apartado 2., según los cuales en el Derecho penal ha de tratarse de una protección de bienes jurídicos orientada preventivamente y limitada por la culpabilidad[63]. «El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica»[64].

ROXIN introdujo esta concepción metodológica en explícita confrontación con la cita de Franz VON LISZT que abre su tratado, quien, como es sabido, había calificado al Derecho penal como barrera infranqueable de la política criminal[65]. Su principal adversario era, sin embargo, un enfoque que entendía los conceptos de la teoría del delito como reflejo de una realidad

[57] ROXIN, *JA*, 1980, p. 549.

[58] ROXIN, *JA*, 1980, pp. 549, 550 s.

[59] Cfr. ya GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2008, pp. 187 ss.

[60] Extensamente GRECO, *ZIS*, (7), 2016, pp. 417 ss.

[61] Fundamental, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, *passim*.

[62] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 10.

[63] Vid. también en ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 7, nm. 57 ss.; con anterioridad ROXIN, «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», en *FS Kaiser*, 1998, pp. 885 ss.; EL MISMO, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik», en *FS Lampe*, 2003, pp. 423 ss.; EL MISMO, «Entwicklung und moderne Tendenz der Verbrechenslehre in Deutschland», en *FS Benakis*, 2008, pp. 497 ss., 503 ss.; EL MISMO, «Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung», en SILVA DIAS/ET AL. (ed.), *Liber amicorum Sousa e Brito*, 2009, pp. 777 ss., 786 s.; EL MISMO, «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-12), 2011, pp. 680 ss.

[64] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 40.

[65] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 1 ss.

prejurídica y que creía poder derivar, a partir de un concepto de acción prejurídico y ontológico, conclusiones sobre todo para la teoría del tipo y, con ello, a la vez, para la doctrina del dolo y del error[66]. Frente a esto, ROXIN objetó: «Semejantes intentos están condenados al fracaso desde un principio, porque con conceptos que se sitúan por delante de los contenidos de significado jurídico no se pueden resolver, precisamente por esa misma circunstancia, problemas jurídicos. (…) Lo que no está contenido en un concepto tampoco se puede extraer de él. (…) Si alguna vez se logran obtener realmente resultados prácticos a partir de un pretendido concepto ontológico, ello se debe a que, sin advertirlo, se han proyectado en él los contenidos jurídicos que después vuelven a derivarse de él»[67].

Con todo, el giro hacia «lo normativo»[68] que se declara en estos pasajes no estaba pensado de forma tan radical. Para ROXIN se trataba más bien de una síntesis entre valoración y realidad, deducción e inducción, sistema y problema[69], como ya se aprecia en su elaboración del sistema de formas de participación, en la que se dejó orientar decisivamente por una estructura de la realidad, a saber, el dominio del hecho en sus diversas formas de manifestación (para más detalles, véase el apartado 3.2. b)), y también en el hecho de que se pronunciara abiertamente en el sentido de una sensibilidad frente a la «resistencia de la cosa»[70] (*Widerstand der Sache*), es decir, frente a la lógica propia de la «materia del Derecho» (*Rechtsstoff*)[71]. «Si, por el contrario, se abordan los fenómenos de forma descriptiva, resulta por sí mismo que las conexiones existentes entre ellos se van revelando paso a paso, cada vez con mayor claridad, hasta dejar entrever, al final, un sistema obtenido a partir de la cosa, que concibe la sustancia jurídica como una unidad dotada de sentido»[72]. También el surgimiento de una corriente que procedió sin concesiones en su rechazo de todo respaldo ontológico para la formación de conceptos de la dogmática jurídico-penal[73] brindó, tanto a ROXIN[74] como a sus discípulos[75], la ocasión para precisar su propia postura. Hay que trabajar, a la vez, desde arriba y desde abajo[76].

[66] El debate con el finalismo se llevó a cabo, sobre todo, en ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-4), 1962, p. 515; EL MISMO, «Rezension von Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10. Aufl.», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-3), 1968, p. 712; haciendo retrospectiva, ROXIN, «Vorzüge und Defizite des Finalismus – eine Bilanz», en *FS Androulakis*, 2003, pp. 573 ss.

[67] ROXIN, *ZStW*, (74-4), 1962, pp. 530 s.

[68] Sobre este concepto tan complejo, vid. solo HILGENDORF, «Was heißt „normativ“? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel», en *FS Rottleuthner*, 2011, pp. 45 ss.

[69] Con detalle, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 7, nm. 37 ss.

[70] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, pp. 596 ss.

[71] ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en *GS Radbruch*, 1968, pp. 260 ss., 265.

[72] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, p. 600.

[73] Cfr. solo JAKOBS, especialmente en el prólogo de la primera edición de su tratado publicado en 1983, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. V s.

[74] Por ejemplo, ROXIN, en *FS Lampe*, pp. 428 s.; EL MISMO, *GA*, (158-12), 2011, pp. 688 ss.; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 33 ss.

[75] Sobre todo, SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en *FS Roxin*, 2001, pp. 1 ss.,13 ss.; EL MISMO, «Ein neues Bild des Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126-1), 2014, p. 1.

[76] Vid. también GRECO, «The method of (German) criminal law dogmatics», en MATSUZAWA/NUOTIO (eds.), *Methodology of Criminal Law Theory: Art, Politics or Science?*, 2021, pp. 129.

Esta concepción metodológica es objeto de críticas recurrentes[77]; para una réplica, remito a lo ya escrito[78]. Aquí me limitaré a recordar que el método de ROXIN se basa en la comprensión misma de la complejidad de los problemas materiales que hay que resolver. Sería cómodo que estos pudieran resolverse por sí solos apelando a un «significado social»[79], a un deber de cooperación ciudadano[80], a una norma de conducta[81], o incluso a un «concepto de hecho»[82]. En el método de ROXIN no se reconoce otra cosa que la franca asunción de que no es posible proceder de manera más sencilla, y su rechazo debería entenderse, no pocas veces, como una sobrevaloración de uno mismo, que en realidad obtiene de otra parte los resultados que presenta como conclusiones derivadas de sus propias premisas.

3.2. Doctrina del tipo (y autoría)

La teoría del tipo, tal como la conocemos hoy y la manejamos día a día, se basa, casi por partida doble, en el genio de ROXIN. Y es que es en gran medida gracias a sus aportaciones que nos resultan familiares conceptos como la imputación objetiva y el dominio del hecho.

a. Imputación objetiva

Mientras que los representantes de la corriente ontológica argumentaban contra propuestas anteriores que las meras causaciones no podían prohibirse[83], ROXIN se mueve en la misma dirección, pero desde un punto de partida distinto[84]. En efecto, ROXIN concibe las prohibiciones penalmente sancionadas desde el principio, a partir de la tarea de la protección de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, tampoco resulta convincente que, en lugar de la causalidad, se coloque la estructura igualmente ontológica de la finalidad, pues un Derecho penal protector de bienes jurídicos dirige sus prohibiciones hacia comportamientos que crean peligros para estos. En consecuencia, actúa de manera típica únicamente quien crea (de forma no permitida) un peligro que además se realiza en el resultado[85].

[77] Por ejemplo, HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *FS Rechtsw. Fakultät Köln*, 1988, pp. 399 ss., particularmente, 414 ss.; STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von Strafzwecken?*, 1995, pp. 7 ss.

[78] GRECO, *ZIS*, (7), 2016, p. 418.

[79] Últimamente, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 9 y *passim*; al respecto, con múltiples referencias, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 7, 33e, 33f, 33p.

[80] PAWLIK, *Das Unrecht des Bu̎rgers. Grundlinien einer Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, p. 90 ss.

[81] Por ejemplo, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019; al respecto, con múltiples referencias, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 7 nm. 33c, 33d, 33m ss.; GRECO, «Normentheoretisch fundierte Strafrechtsdogmatik: von oben oder von unten?», en AICHELE/ET AL. (ed.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche*, 2021, pp. 195 ss.

[82] ROSTALSKI, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, p. 1 y *passim*.

[83] Así, especialmente ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 102 ss.

[84] Con detalle, GRECO, «Warum so spät? Richard Honig und die Geschichte der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich eine Fallstudie zur Durchsetzung rechtswissenschaftlicher Theorien», en M. DÖLLING/P.-A. HIRSCH/RENNICKE (eds.), *Richard Martin Honig. Prägender Göttinger (Straf-)Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts?*, 2024, pp. 39 ss.

[85] Fundamental, ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *FS Honig*, 1970, pp. 133 ss.

Estas reflexiones, cuyas implicaciones fueron elaboradas hasta el más mínimo detalle por ROXIN[86] y muchos otros[87] se han impuesto[88]. Por ello, en el presente contexto me parece más importante recordar que la realización del peligro no permitido no debería afirmarse únicamente allí donde un comportamiento hipotéticamente conforme a Derecho hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, sino ya cuando hubiera disminuido el riesgo de que el resultado se produjera (así lo establece la *doctrina del incremento del riesgo* formulada por ROXIN[89]). Ciertamente, como es sabido, la doctrina mayoritaria lo ve de otra manera, apelando a dos argumentos que, sin embargo, presuponen precisamente aquello que habría que demostrar: se sostiene que la doctrina del incremento del riesgo transforma los delitos de lesión en delitos de peligro y que desatiende el principio in dubio pro reo. Con todo, las cuestiones controvertidas son justamente si los delitos de lesión requieren evitabilidad o un incremento del riesgo, o si la evitabilidad del resultado o el incremento del riesgo son objeto de la prueba.

b. Dominio del hecho

aa) Entre los logros perdurables y más conocidos de Claus ROXIN se cuenta, además, su elaboración del concepto de dominio del hecho —hasta entonces poco más que una consigna— como un auténtico sistema de las formas de autoría. Su escrito de habilitación sobre «Autoría y el dominio del hecho», cuyas once ediciones siguen siendo un caso único en términos editoriales[90], constituye el modelo ejemplar de una dogmática jurídico-penal que trabaja simultáneamente desde arriba y desde abajo, que se sirve de la deducción, pero permanece siempre consciente de sus límites. En efecto, el dominio del hecho, entendido como control sobre el sí y el cómo de la realización del tipo, se presenta de diversas formas, en correspondencia con las distintas formas de autoría reconocidas en Derecho penal: como dominio de la conducta detrás de la autoría directa, como dominio funcional detrás de la coautoría y como dominio de la voluntad detrás de la autoría mediata[91]. Y lo que estos conceptos significan exactamente no puede calcularse de forma deductiva, sino que solo puede desplegarse a partir de la propia materia del Derecho.

La admirable atención tanto a lo grande como a lo pequeño —que en lo grande tiene siempre presente lo pequeño, y en lo pequeño lo grande— no se manifiesta en ningún lugar mejor que en la precisión de este dominio de la voluntad, en particular en la constelación que entonces muchos apenas consideraban concebible: la de un autor detrás del autor plenamente responsable[92]. Ese mismo ROXIN, que no rehúye el trabajo minucioso sobre lo que él denominó «error sobre el

[86] ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en *FS Gallas*, 1973, pp. 241 ss.; EL MISMO, «Finalität und objektive Zurechnung», en *GS Arm. Kaufmann*, 1989, pp. 237 ss.; EL MISMO, AT, t. I, 1ª ed., 1992, § 11, nm. 36 ss.; EL MISMO, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *ChengChi Law Review*, (50), 1994, p. 219; EL MISMO, «Streitfragen bei der objektiven Zurechnung» en *FS Maiwald*, 2010, pp. 715 ss.; recientemente ROXIN, «Die objektive Zurechnung in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Tatbestandslehre», en *FS Courakis*, 2017, pp. 73 ss.; vid. además ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, p. 411.

[87] En detalle, con referencias, GRECO, en M. DÖLLING/P.-A. HIRSCH/RENNICKE (eds.), *Richard Martin Honig. Prägender Göttinger (Straf-)Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts?*, 2024, p. 54 s.

[88] Para un breve análisis de las críticas, véase ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 11 n. 105; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 11 n. 163; extensamente ROXIN, en *FS Maiwald*, 2010, pp. 715 ss.

[89] Fundamental, ROXIN, *ZStW*, (74-3), 1962, pp. 430 ss.; después EL MISMO, «Rezension zu Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1 y 2), 1966, pp. 214, 217 ss.; EL MISMO, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *FS Honig*, pp. 138 ss.; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 11 nm 90 ss.

[90] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022; 1ª ed., 1963.

[91] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, pp. 141 ss., 157 ss., 307 ss.

sentido concreto de la conducta» (tratándose ahí menos de casos reales que de supuestos de laboratorio[93])[94] desarrolla también el éxito de exportación internacional que es la autoría mediata por dominio de organización[95] (en la que, sin embargo, cuentan realidades que uno preferiría descartar tildándolas de sencillamente impensables[96]).

Por supuesto, todas estas construcciones son también objeto de crítica científica[97]. Sin embargo, en la medida en que la crítica aboga por una superación de la figura del dominio del hecho, adolece del defecto de que no puede ofrecer nada mejor que sea capaz de reflejar, en su lugar, la idea que subyace al § 25 StGB. Por eso, toda pretendida renuncia al dominio del hecho debe suscitar la sospecha de que, en realidad, se sigue recurriendo a él, aunque posteriormente se niegue haberlo hecho. No hay que olvidar tampoco que la autoría no es, materialmente, otra cosa que realización del tipo[98]. Las formas de autoría no son más que explicitaciones de lo que significa matar a alguien o sustraer una cosa[99].

bb) Con todo, que el sistema de autoría formulado por ROXIN sea fundamentalmente correcto no significa que, de cara al futuro, solo quepa adoptar una actitud defensiva frente a las críticas o dedicarse a un trabajo de detalle puntilloso. Se pueden identificar tres ámbitos en los que el edificio construido por ROXIN podría ser susceptible de ampliación o compleción. En dos de ellos, el propio ROXIN dio los primeros impulsos durante los últimos diez años de su vida. Dicho sea de

[92] Cfr. solo WELZEL, «Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1947, pp. 645, 650: «Mittelbare Täterschaft durch einen unmittelbar Handelnden, der selbst Täter ist, ist ein Unbegriff».

[93] Con la excepción de BGHSt. 1, 368.

[94] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, pp. 235 ss.; EL MISMO, «Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter"», en *FS Lange*, 1986, pp. 173 ss., 184 ss.; más recientemente, EL MISMO, «Mittelbare Täterschaft», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.) *Handbuch des Strafrechts*, t. III, 2021, § 52 nm. 115 ss.

[95] ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193 ss.; EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, pp. 269 ss.; EL MISMO, «§ 25», en LK-StGB, 10ª ed., 1985, nm. 88 ss.; EL MISMO, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en *FS Grünwald*, 1999, pp. 549 ss.; EL MISMO, «Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg», en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 55 ss.; EL MISMO, «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (Sonderheft für Schäfer), 2002, pp. 52 ss.; EL MISMO, *AT*, t. II, 2003, § 25, nm. 105 ss.; EL MISMO, «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», en *FS Schroeder*, 2006, pp. 387 ss.; EL MISMO, «Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (125), 2007, pp. 1 ss.; EL MISMO, «Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), 2009, pp. 565 ss.; EL MISMO, «Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft», en *FS Krey*, 2010, pp. 449 ss.; EL MISMO, «Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (159-7), 2012, pp. 395 ss.; EL MISMO, «Mittelbare Täterschaft», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.) *Handbuch des Strafrechts*, t. III, § 52, nm. 169 ss.

[96] Vid. también, autobiográficamente, ROXIN, «Mein Leben und Streben», en HILGENDORF (ed.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, 2010, p. 458: «Ich hatte sie aber aus der Anschauung des Eichmann-Prozesses in Jerusalem entwickelt». El hecho de que una revista jurídica tradicional rechazara en un primer momento el ensayo de 1963, finalmente publicado en GA, pone de manifiesto hasta qué punto discutir tales cuestiones suponía todavía en aquella época una ruptura de tabú.

[97] Recientemente, por ejemplo, RENZIKOWSKI, «Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (4), 2025, p. 1; réplica detallada en SCHUNEMANN/GRECO, «§ 25», en LK-StGB, 14ª ed., nm. 50 ss., también con muchas más referencias.

[98] Por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, pp. 767 s. (nm. 214 s.); también ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 25m nm. 29; EL MISMO, «Mittelbare Täterschaft», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.) *Handbuch des Strafrechts*, t. III, 2021, § 52 nm. 15.

[99] De ahí que también países que no tienen un precepto equivalente al § 25 StGB (como, por ejemplo, Suiza) puedan aceptar la autoría mediata y la coautoría; vid., por todos, STRATENWERTH/BOMMER, *AT*, t. I, 5ª ed., 2024, § 13 nm. 20 ss., 49 ss.

paso: la disposición a alcanzar nuevas ideas incluso después de casi 50 años de reflexión es una prueba más de una honradez científica comprometida únicamente con la propia materia[100].

(1) La primera ampliación se refiere a la figura del denominado delito de infracción de deber, que en la obra «Autoría y dominio del hecho» se entiende como aquel delito en el que el legislador describe la conducta típica como la infracción de un deber extrapenal[101]. Sin embargo, como SCHÜNEMANN[102] ha expuesto de manera convincente, la figura del delito de infracción de deber se basa en la teoría formal del deber jurídico de los delitos de omisión, todavía dominante en el período de después de la guerra, pero que entretanto ha sido superada —también por el propio ROXIN, en el segundo tomo de su manual[103]— en favor de una concepción material, comprometida con la protección de bienes jurídicos. Sobre la base de estas premisas, enteramente roxinianas, todo deber penalmente respaldado habrá de entenderse, con independencia de su pretendido origen, como expresión de un dominio más profundo; no ciertamente de un dominio del hecho referido únicamente a la comisión, sino de un «dominio sobre el fundamento del resultado», del que participan tanto la autoría de comisión como la de omisión[104]. Solo tras dar este paso —que el propio ROXIN[105] llevó a cabo en gran medida en sus últimas publicaciones— podrá el Derecho penal abandonar el pensamiento de la infracción de deber, que todavía pervive en la teoría del delito de infracción de deber (aunque no solo allí[106]).

(2) El segundo ámbito en el que el propio ROXIN sugirió ampliar su arquitectura originaria de la autoría concierne a los tipos penales cuya acción típica consiste en una *expresión personal* (*persönliche Äußerung*). A este respecto, ROXIN propuso en el libro homenaje a RENGIER considerar que la propia expresión personal punible fundamenta ya, por sí misma, la autoría[107]. Así, no será el secretario que mecanografía el escrito injurioso o la declaración de impuestos, lo entrega en el correo o la envía por correo electrónico quien realice en calidad de autor los tipos penales correspondientes de injuria o evasión fiscal, sino aquel a quien «pertenecen» esas declaraciones en el tráfico jurídico.

c. Sobre la relación entre la creación de peligro y el dominio del hecho

El tercer ámbito trasciende la doctrina de la participación y merece, por lo tanto, un apartado propio. Solo hay conducta típica cuando existe un comportamiento (no permitido) peligroso (*supra*, apartado a)); la autoría es, materialmente, realización del tipo (*supra*, apartado b) aa)). Allí, la creación (y realización) de un peligro no permitido (dentro del alcance del tipo); aquí, decisión sobre el sí y el cómo de la realización del hecho. Pero ¿no serán acaso estos criterios, al menos en parte, una misma cosa?

[100] Cfr., asimismo, GRECO, *ZIS*, (7), 2016, p. 421 s.

[101] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11ª ed., 2022, p. 394.

[102] Así, SCHUNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 84 ss., 92 s.; EL MISMO, «Herrschaft über die Hilfslosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (164-12), 2017, p. 678.

[103] ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32, nm. 19 ss.

[104] Fundamental, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1972, pp. 235 ss.

[105] ROXIN, «Pflichtdelikte und Tatherrschaft», en *FS Schuñemann*, 2014, pp. 509 ss., 517 ss., donde se abandona el deber extrapenal; vid. también EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (ed.) *Handbuch des Strafrechts*, t. III, 2021, § 52, nm. 221 ss.

[106] Extensamente, GRECO, «Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (166-11), 2019, p. 693.

[107] ROXIN, «Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen», en *FS Rengier*, 2018, pp. 93 ss.

Claramente, solo en parte, pues también el partícipe y el autor por imprudencia, ninguno de los cuales domina el hecho, crean un peligro no permitido. Con todo, que la imputación objetiva y la autoría, la creación de peligro y el dominio del hecho se rozan se reconoce a más tardar en el hecho de que existen constelaciones[108] —las más claras, aquellas que circulan bajo el rótulo de la participación en una autopuesta en peligro asumida de manera autorresponsable[109]— que pueden resolverse tanto con la semántica de la creación de peligro como con la del dominio del hecho.

La tarea de futuro consiste, a mi juicio, en articular materialmente estas dos ideas centrales de la teoría material del tipo de Claus ROXIN —que no solo en él, sino también en la discusión general y en las exposiciones de carácter sistemático, se han desarrollado en paralelo y, por tanto, también de forma separada— y determinar, en particular, qué es lo lógicamente primario desde el punto de vista de la fundamentación: si la imputación objetiva o la autoría, el riesgo o el dominio[110].

3.3. Antijuridicidad

a. Sobre las distintas causas de justificación

La doctrina de la antijuridicidad de ROXIN ha sido siempre, ante todo, trabajo sobre causas de justificación concretas —primero sobre la legítima defensa[111] y sobre el consentimiento presunto[112]—, sostenido por un escepticismo frente a los enfoques monistas, a favor de una búsqueda abierta de una pluralidad de «principios de ordenación social» que, a su vez, se manifiestan detrás de las respectivas causas de justificación[113]. Este escepticismo puede profundizarse aún más, y ello sobre la base de una tesis roxiniana que quizá haya perdido peso en la discusión actual, pero que ilumina una intuición más profunda: ROXIN insiste, en efecto, en que, respecto de las causas de justificación, no rigen las estrictas exigencias del principio de legalidad, en particular una prohibición de analogía basada en el límite del tenor literal, lo que se fundamenta sobre todo en que las causas de justificación no constituyen una materia propia del Derecho penal, sino que emanan del ordenamiento jurídico en su conjunto[114].

Esta mirada que va más allá del Derecho penal muestra, en definitiva, que las causas de justificación constituyen, en realidad, puntos arquimédicos dentro de un sistema integral de

[108] Cfr. el caso discutido en ROXIN, «Selbstmord durch Einschaltung eines vorsatzlosen Tatmittlers», en *FS Otto*, 2007, pp. 441 ss., (OLG Nürnberg, JZ, 2003, 745; BGH, NJW 2003, 2326).

[109] Al respecto, ROXIN/GRECO, *AT*, I, 2020, § 11, nm. 107 ss.

[110] Fundamental al respecto, WERKMEISTER, *Herrschaft und Gefahr. Zur Kohärenz von Zurechnungs- und Beteiligungsdogmatik*, (Escrito de habilitación en la HU Berlin), en prensa; vid. también ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 11, nm. 51 al final.

[111] ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (75-3), 1963, p. 541; EL MISMO, «Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts – Versuch einer Bilanz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (93-1), 1981, p. 68; EL MISMO, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 15; últimamente: ROXIN, «Notwehr und Rechtsbewährung», en *FS Kuhl*, 2014, pp. 391 ss.

[112] ROXIN, «Über die mutmaßliche Einwilligung», en *FS Welzel*, 1974, pp. 447 ss.; EL MISMO, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 18, nm. 3 ss.

[113] ROXIN, «Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 373 ss., pp. 376 ss.; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 24 ss.; EL MISMO, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», *Juristische Schulung*, (28), 1988, 425, 426; ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 14, nm. 38 ss.

[114] Así, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 31; EL MISMO, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 42.

deberes jurídicos que, en última instancia, articula todo aquello que le debemos al Estado y, sobre todo, a los demás[115]: cuándo podemos ser obligados a ceder el derecho de morada y la propiedad, la integridad física e incluso la vida. Mi propuesta apunta, pues, en la dirección de repensar la teoría de la justificación especialmente a partir del deber, lo que implica, a su vez —en el caso de los bienes jurídicos individuales— desde la víctima[116], cuya esfera de libertad resulta redefinida por la causa de justificación que le impone un deber de tolerancia. Lo que esto significa en concreto solo podrá averiguarse, siguiendo el modelo del escepticismo roxiniano, mediante el trabajo minucioso sobre cada causa de justificación en particular[117].

b. Relación entre tipo y antijuridicidad

Con lo dicho se aclara también por qué ROXIN, pese a su decidida defensa —en su tesis doctoral[118] — de un modelo bipartito del delito basado en la teoría de los elementos negativos del tipo, tuvo que abandonarlo pocos años después —ya en el escrito, aquí citado repetidamente, sobre «Política criminal y sistema del Derecho penal»— en favor del modelo dominante que separa la tipicidad de la antijuridicidad (aunque de manera algo vacilante[119])[120]. Con el reconocimiento de que las causas de justificación fundamentan deberes de tolerancia, o, dicho de otro modo, redefinen esferas de libertad, va de la mano la comprensión del significado autónomo de cada causa de justificación en particular, y con ello, a la vez, la necesidad de revalorizar la antijuridicidad como un nivel de valoración que se independiza de la tipicidad.

3.4. Culpabilidad —o responsabilidad—

Precisamente en la categoría de la culpabilidad debe completarse la unión entre política criminal y dogmática jurídico-penal: «La tercera de nuestras categorías sistemáticas fundamentales —la culpabilidad— viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena»[121]. Si la culpabilidad, ya para la legitimación general de la pena, es necesaria pero no suficiente, entonces en el caso concreto han de concurrir, además de la culpabilidad del autor, razones preventivas imperiosas en el sentido de justificar su castigo. Por ello, la culpabilidad se amplía hacia la responsabilidad; junto a la culpabilidad en el sentido tradicional, ROXIN subraya la importancia de las consideraciones preventivas[122].

---

[115] Cfr. GRECO, «Ausnahmezustand, Beamter, Bürger. Vorüberlegungen im Sinne eines alternativen Modells zur Begründung von Rechtspflichten (anlässlich der Pandemieeindämmungsmaßnahmen)», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie. Neue Folge*, (6-7), (2022–2023), p. 89.

[116] Cfr. ya ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 14, nm. 44c, remitiendo a HÖRNLE, «Töten, um viele Leben zu retten», en *FS Herzberg*, 2008, pp. 555 ss., 560 ss.

[117] GRECO, «Notwehr und Proportionalität», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-12), 2018, p. 665; EL MISMO, «Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (134-1), 2022, p. 1.

[118] ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.ª ed., sin modificaciones, 1970, pp. 173 ss.; después, EL MISMO, *ZStW*, (74-3), 1962, pp. 548 s.

[119] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 25, n. 56; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 14, nm. 16 ss.

[120] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 16 ss., 24 ss.

[121] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, p. 33.

[122] ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 33 ss.; EL MISMO, «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-8), 1973, p. 316; EL MISMO, «Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien», en *FS Henkel*, 1974, pp. 171 ss., 180 ss.; EL MISMO, «Prävention und Strafzumessung», en *FS Bruns*, 1978, pp. 183 ss. (con el objetivo de explicar las consecuencias para la teoría de la determinación de la pena); EL MISMO, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld,

Para cerrar de antemano el paso a toda tentación de retorno a la retribución, ROXIN concibe la culpabilidad (en sentido estricto) como una «accesibilidad a la llamada de la norma»[123] intramundana y moderada (*innerweltlich-nüchterne "normative Ansprechbarkeit"*), en la tradición de Franz VON LISZT[124]. En particular, ROXIN renuncia a cualquier compromiso más exigente con el libre albedrío, sin el cual difícilmente podría prescindir una teoría de la retribución, sobre todo porque considera que el libre albedrío es empíricamente indemostrable[125]. Por contra, la accesibilidad a la llamada de la norma, es decir, la capacidad de orientar el propio comportamiento conforme a normas es una «posición normativa»[126], esto es, un componente constitutivo de nuestra realidad social vivida.

Tampoco aquí existe un camino transitable para retroceder más allá de ROXIN, como quedó de manifiesto, a más tardar, en la polémica sobre las implicaciones de las investigaciones sobre el cerebro para el Derecho penal, surgida no hace demasiado tiempo y ya apaciguada entretanto[127]. ROXIN no tiene por qué dejarse impresionar por la pretendida refutación empírica, no ya solo del libre albedrío, sino del Derecho penal mismo[128], pues su Derecho penal no se apoya en un supuesto tan efectivamente cuestionable. Antes bien, la postura roxiniana supera el desafío e incluso se ve fortalecida, gracias a la comprensión —que solo emergió con la claridad deseable en el marco de esta discusión, y que se debe a MERKEL y BRÖCKERS— de que el libre albedrío no solo no puede demostrarse, sino que probablemente ni siquiera puede pensarse[129].

El marco roxiniano ofrece espacio para ulteriores desarrollos también en el presente ámbito de la culpabilidad –o responsabilidad–. En particular, podría precisarse la norma a la que se refiere la «accesibilidad a la llamada de la norma» en el sentido de norma de amenaza penal, recuperando así unas raíces no solo lisztianas, sino en última instancia feuerbachianas, superando a la vez la fijación bindingiana en una norma de conducta desvinculada de la pena[130]. Una doctrina de la accesibilidad a la llamada de la norma como accesibilidad a través de la amenaza penal[131] podría llegar a nuevas perspectivas en la doctrina de la culpabilidad —o responsabilidad—: por ejemplo,

---

Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *FS Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss.; EL MISMO, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96-3), 1984, p. 641; EL MISMO, «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (104), 1987, p. 356; EL MISMO, «Das Schuldprinzip im Wandel», en *FS Arth. Kaufmann*, 1993, pp. 519 ss.; EL MISMO, en *FS Kaiser*, pp. 889 ss.; EL MISMO, en *FS Brauneck*, pp. 393 ss.; EL MISMO, «Schuld und Schuldausschluss im Strafrecht», en *FS Mangakis*, 1999, pp. 237; EL MISMO, en *FS Benakis*, pp. 510 ss.; EL MISMO, en *LA Sousa e Brito*, pp. 789 ss.; EL MISMO, *GA*, 2011, (158-12), pp. 684 ss.; EL MISMO, «Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (162-9), 2015, p. 489; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 1 ss.

[123] En especial, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 36 ss.; EL MISMO, *GA*, (162-9), 2015, p. 489; asimismo, por ejemplo, EL MISMO, en *FS Brauneck*, p. 389; EL MISMO, en *FS Mangakis*, p. 240; EL MISMO, *GA*, (158-12), 2011, p. 685.

[124] Destacado por ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 36 n. 86; EL MISMO, *GA*, (162-9), 2015, p. 490.

[125] Así, ROXIN, *JuS*, (6), 1966, p. 4; EL MISMO, en *FS Henkel*, pp. 174 ss.; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 21 s.

[126] ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 37; EL MISMO, *GA*, (162-9), 2015, p. 491.

[127] Extensamente, con las correspondientes referencias, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 19, nm. 52a ss.

[128] Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 43 ss.; asimismo, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 19, nm. 52t ss.

[129] ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 2020, § 19, nm. 43 ss., con remisión a MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2ª ed., 2014, y BRÖCKERS, *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*, 2015.

[130] GRECO, «Vorüberlegungen zu einer Geschichte des Schuldbegriffs», en WOHLERS/SEELMANN (eds.), *Schuldgrundsatz*, 2024, pp. 99 ss.

[131] En este sentido, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2008, pp. 484 ss.; LEITE, *Notstand und Strafe*, 2019, pp. 184 ss.; vid. también MONTENEGRO, *Die Schuld des Menschen*, 2023, pp. 187 ss.; también, con cautela, ROXIN/GRECO, *AT*, I, 2020, § 19, nm. 5l.

que el objeto de la conciencia de la antijuridicidad (que, según ROXIN, es en todo caso divisible y referida al tipo[132]) debe ser la punibilidad misma[133]; o que buena parte del estado de necesidad exculpante se basa, en efecto, en una falta de culpabilidad y no simplemente en la desaparición de una necesidad de prevención[134].

Pero incluso tras un enriquecimiento tan cauteloso de la culpabilidad no se podrá prescindir de consideraciones preventivas al manejar las llamadas causas de exculpación, tanto legales como, precisamente, supralegales. Sobre esto, ROXIN no se ha limitado a señalarlo, sino que también ha presentado propuestas constructivas para articular estas cuestiones en el exceso en la legítima defensa[135], así como, por ejemplo, en el hecho de conciencia (*Gewissenstat*)[136] o en el llamado estado de necesidad exculpante supralegal (que él activa para afrontar constelaciones problemáticas como la llamada tortura de rescate (*Rettungsfolter*)[137] y el derribo de aviones secuestrados[138]), propuestas ante las cuales ninguna reflexión más profunda en este ámbito fronterizo puede pasar de largo.

4. A modo de conclusión

El recorrido podría continuar, pues aquí no se ha hablado del dolo como «decisión a favor de la lesión del bien jurídico»[139] y como «realización de un plan»[140], ni de la «teoría concretizada del acto intermedio» (*konkretisierten Zwischenakttheorie*) (con los criterios del contacto con la esfera de la víctima y la estrecha conexión temporal[141]) como estándar para el inicio inmediato de la ejecución, ni de la razón del delincuente[142] como criterio para la voluntariedad del desistimiento,

[132] ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 21, nm. 16 s.

[133] GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2008, p. 508.

[134] Extensamente, LEITE, *Notstand und Strafe*, 2019, pp. 189 ss.

[135] Así, ROXIN, en *FS Henkel*, pp. 189 s.; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 22, nm. 69.

[136] ROXIN, «Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund», en *FS Maihofer*, 1988, pp. 389 ss.; EL MISMO, «Noch einmal Zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-1), 2011, p. 1; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 22, nm. 100 ss.

[137] ROXIN, «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en *FS Eser*, 2005, pp. 461 ss.; EL MISMO, «Rettungsfolter?», en *FS Nehm*, 2006, pp. 205 ss.; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 15, nm. 103 ss.

[138] ROXIN, «Der Abschuss gekapertert Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2011, p. 552.

[139] ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *Juristische Schulung*, (2), 1964, p. 58 s.; EL MISMO, «Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr», en *FS Rudolphi*, 2004, pp. 243 ss., 244; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 12, nm. 23; EL MISMO, «Über den „dolus eventualis"», en *FS Romano*, t. II, 2011, pp. 1201 ss., 1205 ss.

[140] ROXIN, «Gedanken zum dolus generalis», en *FS Würtenberger*, 1977, pp. 109 ss., 116 ss.; EL MISMO, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 12, nm. 155 ss.

[141] ROXIN, «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *Juristische Schulung*, 1979, pp. 4 ss.; EL MISMO, «Zum unbeendeten Versuch des Einzeltäters», en *FS Herzberg*, 2008, pp. 341 ss., 347 ss.; EL MISMO, *AT*, t. II, 2003, § 29, nm. 139 ss.; con mayor desarrollo, GRECO, «Überlegungen über den Versuchsbeginn», *Juristische Rundschau*, 2025, en prensa.

[142] Primero en ROXIN, «Rezension zu Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (77-1), 1965, pp. 91, 97; después en ROXIN, «Rezension zu Baumann, Strafrecht AT», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-3), 1968, pp. 694, 708; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 36 ss.; EL MISMO, «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», en *FS Heinitz*, 1972, pp. 251 ss., 256 ss.; EL MISMO, AT, t. II, 2003, § 30, nm. 383 ss.

ni de la «omisión mediante acción»[143], ni del «dominio de control» (*Kontrollherrschaft*)[144] ni de la reparación como «tercera vía»[145] del Derecho penal[146]. Apenas puede señalarse un ámbito de nuestro Derecho penal sustantivo que no haya recibido impulsos duraderos de ROXIN.

ROXIN contribuyó a escribir la historia de las mejores páginas del Derecho penal de la República Federal. Pero sus impulsos no son meramente historia, sino presente. Pues el Derecho penal según Claus ROXIN es un Derecho penal para el ser humano, que en su dimensión de política criminal permanece consciente de su propia y permanente necesidad de reforma, y que en su dimensión dogmática no rehúye la riqueza y complejidad de las cuestiones sustantivas. Por mucho que nosotros —lectores, discípulos, amigos— ya lo echemos de menos y sigamos echándolo de menos, Claus ROXIN y su Derecho penal permanecen con nosotros: modelo vivo, no solo recuerdo, sino presencia visible y palpable.

Pues Claus ROXIN es, de todos modos, inmortal.

5. Bibliografía

ACHENBACH, «Claus Roxin zum 75. Geburtstag», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 1405.

ANASTASOPOULOU, «Ein Interview von Professor Roxin», *The Art of Crime*, (9), 2020 [Disponible en línea].

BAUMANN, «Einschränkungen der Strafbarkeit im Allgemeinen Teil des Alternativ-Entwurfs», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1967, pp. 333 ss.

BAUMANN/ET AL., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, (1.ª ed.; 2.ª ed., 1969) Mohr, Tübingen, 1966, p. 29.

BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Felix Meiner (W. Engelmann), Leipzig, 1913.

BRÖCKERS, *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

BRUNHÖBER, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-4), 2023, pp. 872-903.

DUVE, «Ein Gespräch mit Claus Roxin», *Forum Historiae Juris*, 2006, [Disponible en línea].

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Springer, Berlin, 2019.

[143] ROXIN, «An der Grenze von Begehung und Unterlassung», en *FS Engisch*, 1969, pp. 380 ss., 381 ss., siguiendo a OVERBECK; EL MISMO, «Die Abgrenzung von Begehung und Unterlassung», en *FS Spinellis*, 2001, pp. 945 ss., 956 ss.; EL MISMO, *AT*, t. II, 2003, § 31, nm. 99 ss.

[144] ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 32, nm. 19 ss.

[145] ROXIN, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Symposium fuŕ Schaffstein*, 1987, pp. 37 ss.; EL MISMO, «Schlußbericht», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990, pp. 367 ss.; EL MISMO, «Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur" im Sanktionensystem», en *FS Baumann*, 1992, pp. 243 ss.; EL MISMO, «Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem», en *FS Lerche*, 1993, pp. 301 ss.; EL MISMO, «Strafe und Wiedergutmachung», en *FS W. Lorenz*, 2001, pp. 51 ss.; vid. también «AEWiedergutmachung», 1992, del que fue coautor.

[146] Cfr. n. 10.

GÄRDITZ, «Demokratizität des Strafrechts und Ultima-Ratio-Grundsatz», *JuristenZeitung*, (71-13), 2016, pp. 641-650.

GIERHAKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

GIMBERNAT/ET AL. (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

GRAU, *Hypermoral*, 5.ª ed., Claudius, München, 2021.

GRECO/LEITE, «Claus Roxin, jovem nonagenário», *Jota: Penal em Foco*, 17.5.2021 [Disponible en: https://www.jota.info/colunas-acervo/penal-em-foco/claus-roxin-jovem-nonagenario; consulta: 11.7.2025].

GRECO, «Überlegungen über den Versuchsbeginn», *Juristische Rundschau*, 2025, en prensa.

————, «Vorüberlegungen zu einer Geschichte des Schuldbegriffs», en WOHLERS/SEELMANN (eds.), *Schuldgrundsatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, pp. 99-110.

————, «Warum so spät? Richard Honig und die Geschichte der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich eine Fallstudie zur Durchsetzung rechtswissenschaftlicher Theorien», en M. DÖLLING/P.-A. HIRSCH/RENNICKE (eds.), *Richard Martin Honig. Prägender Göttinger (Straf-)Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts?*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2024, pp. 39-62.

————, «Ausnahmezustand, Beamter, Bürger. Vorüberlegungen im Sinne eines alternativen Modells zur Begründung von Rechtspflichten (anlässlich der Pandemieeindämmungsmaßnahmen)», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie Neue Folge*, (6-7), 2022-2023, pp. 89 ss.

————, «Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-3), 2023, pp. 418-438.

————, «Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (134-1), 2022, pp. 1-96.

————, «Normentheoretisch fundierte Strafrechtsdogmatik: von oben oder von unten?», en AICHELE/ET AL. (ed.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021, pp. 195 ss.

————, «The method of (German) criminal law dogmatics», en MATSUZAWA/NUOTIO (eds.), *Methodology of Criminal Law Theory: Art, Politics or Science?*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 129-140.

————, «Schuld ohne Vergeltung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, pp. 266-271.

————, «Strafjurist mit gutem Gewissen – Kritik der opferorientierten Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (167-4), 2020, pp. 258-265.

————————, «Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik», en HILGENDORF/LERMAN/ET AL., *Brücken bauen Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 105-118.

————————, «Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (166-11), 2019, pp. 694-704.

————————, «Notwehr und Proportionalität», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-12), 2018, pp. 665-683.

————————, «Methode, Stil, Person: Claus Roxin zum 85. Geburtstag», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2016, pp. 416–425.

————————/ROGER, «Strafrechtsreform als Wissenschaft – zum 50-jährigen Jubiläum des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs 1966», *JuristenZeitung*, (71-23), 2016, pp. 1125-1133.

————————/LEITE, «Claus Roxin, 80 anos», *Revista Liberdades*, (7), 2011, pp. 97-127.

————————, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

HEFENDEHL, «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (149), 2002, pp. 21-28.

B. HEINRICH, «Über die Entbehrlichkeit der Tatbestände der §§ 103, 353a StGB», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 425-432.

HEINRICH/JÄGER/ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t. I, t. II, De Gruyter, Berlin, 2011.

————————, «Strafrecht als Rechtsgüterschutz – Ein Auslaufmodell?», en HEINRICH/JÄGER/ET AL. (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, t. I, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 131-154.

HILGENDORF, «Claus Roxin †», *JuristenZeitung*, (80-8), 2025, pp. 361-363.

————————, «Glückwunsch. Claus Roxin zum 85. Geburtstag», *JuristenZeitung*, (71-10), 2016, pp. 512-513.

————————, «Was heißt „normativ“? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel», en MAHLMANN (ed.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 45-61.

HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, C. Heymann, Köln, 1988, pp. 399-428.

HÖRNLE, «Töten, um viele Leben zu retten», en PUTZKE/HARDTUNG/ET AL., *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 555 ss., 560 ss.

HOVEN, «Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 334-348.

JÄGER, «Vor § 1 - § 2 StGB», en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2025.

————, «Zum Abschied eines genialen Vordenkers seiner Zeit» *beck-aktuell*, 24.2.2025 [Disponible en línea].

JAHN/BRODOWSKI, «Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 363-381.

JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012.

————, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Konigshausen & Neumann, Würzburg, 1996, pp. 29-40.

————, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‚alteuropäischem' Prinzipiendenken», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, pp. 842-876.

————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1983.

KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en EL MISMO, *Kants Werke, Akademie Ausgabe*, t. VI, De Gruyter, Berlin, New York, 1968, p. 333.

KASPAR, «Redundante Tatbestände», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 401-414.

————, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

KAUFMANN, ARM., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttingen, 1954.

KINDHÄUSER, «Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 382-389.

KINZIG, «„Tote Tatbestände"», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 415-424.

KLUG, «Abschied von Kant und Hegel», en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main/Hamburg, 1968, 36–41.

KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997.

KUBICIEL, «Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 473-491.

KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-3), 2015, pp. 635-654.

LASCANO (ed.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2001.

LEITE, «Die strafrechtliche Begriffsbildung zwischen Legalität und Moralität. Entmoralisierung des Strafrechts als permanente Aufgabe», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, p. 270.

————, *Notstand und Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

LUZÓN-PEÑA (ed.), *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como doctor honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018.

MEIER, «Bagatellarische Tatbestände», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 433-447.

MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

MONTENEGRO, *Die Schuld des Menschen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.

NEUMANN/SALIGER, «Vor § 1 StGB», en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.

NEUMANN, «Claus Roxin zum 80. Geburtstag», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, pp. 209-225.

NOLTENIUS, «Strafbegründung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en JAECKEL/ZABEL/ZIMMERMANN (eds.), *Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft. Beiträge aus Anlass des 70. Geburtstags von Helmut Goerlich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 93-104.

ONTIVEROS ALONSO/PELÁEZ FERRUSCA (ed.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. En homenaje a Claus Roxin*, t. I y II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F., 2003.

PAPATHANASIOU, «Nachruf auf Claus Roxin», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, (125), 2025, pp. 184-185.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien einer Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PEDERNERA, «Claus Roxin, in memoriam (1931-2025)», *Revista Pensamiento Penal*, (1-1), 2025, pp. 6-8.

PRITTWITZ, «Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 390-400.

RADBRUCH, «Vorwort zu: J. H. v. Kirchmann „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", 1847 (1952)» en EL MISMO, *Gesamtausgabe*, t. IV, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 223-226.

————————, «Vorwort zu einer geplanten Ausgabe des Vortrages von J. H. Kirchmann», en EL MISMO, *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie Drei Aufsätze aus dem Wissenschaftlichen Nachlaß*, Mohr Siebeck, Berlin, 1952, pp. 19-23.

RENZIKOWSKI, «Die Methodik der Tatherrschaftslehre – eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Internationale* Strafrechtswissenschaft, (4), 2025, pp. 129-131.

ROSTALSKI, «Strafe als Resonanz», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (171-8), 2024, pp. 441 ss.

————————, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2022.

————————, «Mittelbare Täterschaft», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.) *Handbuch des* Strafrechts, t. III, 2021, pp. 209-274.

————————/GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

————————, «Täterschaft und Teilnahme bei strafbaren persönlichen Erklärungen», en HECKER/WEIßER/ET AL., *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2018, pp. 93-102.

————————, «Die objektive Zurechnung in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Tatbestandslehre», en SPINELLIS/THEODORAKIS /ET AL. (eds.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward — Essays in Honour of Nestor Courakis / Festschrift für Nestor Courakis,* Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2017, pp. 73 ss.

————————, «Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (162-9), 2015.

————————, «Notwehr und Rechtsbewährung», en HEGER (ed.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, pp. 391-406.

————————, «Pflichtdelikte und Tatherrschaft», en HEFENDEHL/HÖRNLE/GRECO (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, De Gruyter, Berlin, 2014, pp. 509-532.

————————, «Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (160-8), 2013, pp. 433-453.

————————, «Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (159-7), 2012, pp. 395-415.

————————, «Der Rechtsgutsgedanke in der strafrechtlichen Unrechtslehre», Ad Legendum, (4), 2012, pp. 237-244.

————————, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, (59), 2011, pp. 1-28.

————————, «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-12), 2011, pp. 678-695.

————, «Noch einmal zur strafrechtlichen Behandlung der Gewissenstat», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-1), 2011, pp. 1-18.

————, «Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2011, pp. 552–563.

————, «Über den „dolus eventualis"», en BERTOLINO/EUSEBI/ET AL. (eds), *Studi in onore di Mario Romano*, t. II, Jovene, Napoli, 2011, pp. 1201 ss.

————, «Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft», en *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010*, Kohlhammer, Stuttgart, 2010, pp. 449-464.

————, «Streitfragen bei der objektiven Zurechnung», en BLOY/BÖSE/ET AL., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2010, pp. 715-732.

————, «Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 573-598.

————, «Strafrecht und Doping», en JOECKS/OSTENDORF/ET AL., *Recht - Wirtschaft - Strafe : Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 445-454.

————, «Mein Leben und Streben», en HILGENDORF (ed.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 447-478.

————, «Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), 2009, pp. 565 ss.

————, «Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung», en SILVA DIAS/ET AL. (ed.), *Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º Aniversário - Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 777 ss.

————, «Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en HASSEMER/KEMPF/ET AL., *In dubio pro libertate Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 601-616.

————, «Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests», *Strafverteidiger*, (10), 2009, pp. 544-550.

————, «Entwicklung und moderne Tendenz der Verbrechenslehre in Deutschland», en KOTSALIS/COURAKIS/MYLONOPOULOS/GIANNIDIS (eds.), *Theorie und Praxis, Festschrift für Anna Benakis zum 70. Geburtstag*, Sakkoulas, Atenas, 2008, pp. 497-515.

————, «Zum unbeendeten Versuch des Einzeltäters», en PUTZKE/HARDTUNG/ET AL., *Strafrecht zwischen System und Telos Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 341-354.

————, «Selbstmord durch Einschaltung eines vorsatzlosen Tatmittlers», en *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, München, 2007, pp. 441-452.

————, «Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (125), 2007, pp. 1 ss.

————, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», en WILLOWEIT (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlags C. H. Beck*, C. H. Beck, München, 2007, pp. 867-870.

————, «Rettungsfolter?», en GRIESBAUM/HANNICH/ET AL., *Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006, pp. 205-217.

————, «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», en HOYER/MÜLLER/ET AL., *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, München, 2006, pp. 387-400.

————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2006.

————, «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?», en ARNOLD/ BURKHARDT/ET AL., *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag am 26.1.2005*, C. H. Beck, München, 2005, pp. 461-471.

————, «Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?», en HEFENDEHL/ET AL. (eds.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann*, Carl Heymanns, Köln, 2005, pp. 135-150.

————, «Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr», en PUPPE/STEIN/ET AL., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 243-257.

————, «Vorzüge und Defizite des Finalismus – eine Bilanz», en KARRAS/COURAKIS/ET AL., *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2003, pp. 573-590.

————, «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik», en DÖLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 423-437.

————, «Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002), 2002, pp. 52-57.

————, «Strafe und Wiedergutmachung», en RAUSCHER/MANSEL (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Sellier. European Law Publishers, München, 2001, pp. 51-63.

————, «Die Abgrenzung von Begehung und Unterlassung», en COURAKIS (ed.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Dionysios Spinellis zum 70. Geburtstag*, Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2001, pp. 945-964.

————, «Wandlungen der Strafzwecklehre», en BRITZ/JUNG (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2001, pp. 701-715.

————, «Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg», en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 55 ss.

————, «Die juristischen Highlights meines Lebens», *Rechtshistorisches Journal*, (19), 2000, pp. 637-640.

————, «Schuld und Schuldausschluss im Strafrecht», en BEMMANN/SPINELLIS (eds.), *Festschrift für Georgios Mangakis*, Sakkoulas, Atenas, 1999, pp. 237-255.

————, «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en SAMSON/DENCKER/ET AL. (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, 1999, Nomos, Baden-Baden, pp. 549-561.

————, «Hat das Strafrecht eine Zukunft?», en GÖSSEL/TRIFFTERER (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C. F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 135-151.

————, «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», en ALBRECHT/DÜNKEL/ET AL. (eds.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 885-896.

————, «Schlußbericht», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 407-419.

————, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung», *ChengChi Law Review*, (50), 1994, pp. 219-239.

————, «Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem», en BADURA/SCHOLZ (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1993, pp. 301-313.

————, «Das Schuldprinzip im Wandel», en HASSEMER/NEUMANN/ET AL., *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 519-535.

————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 1.ª ed., C. H. Beck, München, 1992.

————, «Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionensystem», en ARZT/FEZER/ET AL., (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 243-254.

————, «Schlußbericht», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.,1990, pp. 367-375.

————, «Finalität und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER/HORN/ET AL. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Köln, 1989, pp. 237-251.

————, «Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund», en ARTH. KAUFMANN/MESTMÄCKER/ET AL., (eds.) *Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt, 1988, pp. 389-411.

————, «Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», *Juristische Schulung*, (28), 1988, pp. 425-433.

————, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Symposium für Heinz Schöch*, Fink, München, 1987, pp. 37-55.

————, «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (104), 1987, pp. 356-376.

————, «Bemerkungen zum ‚Täter hinter dem Täter'», en WARDA/WAIDER/ET AL. (eds.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, New York, 1986, pp. 173-195.

————, «§ 25», en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1985.

————, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (96-3), 1984, pp. 641-660.

————, «Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts – Versuch einer Bilanz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (93-1), 1981, pp. 68-104.

————, «Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen», *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, pp. 546 ss.

————, «Wandlungen der Strafrechtswissenschaft», *Juristische Arbeitsblätter*, (5), 1980, pp. 222 ss.

————, «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *Juristische Schulung*, (1), 1979, pp. 1-13.

————, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en KAUFMANN/BAUMANN/ET AL. (eds), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1979, pp. 279-309.

————, «Prävention und Strafzumessung», en FRISCH/SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Heymanns, Köln, 1978, pp. 183-204.

————, «Gedanken zum dolus generalis», en HERREN/KIENAPFEL/ET AL. (eds.), *Kultur – Kriminalität – Strafrecht, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag,* Duncker & Humblot, Berlin, 1977, pp. 109-128.

————, «Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien», en ROXIN/BRUNS/ET AL. (eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 1974, pp. 171-197.

————, «Über die mutmaßliche Einwilligung», en STRATENWERTH/ ARM. KAUFMANN/ET AL. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 1974, pp. 447-475.

————, «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-8), 1973, pp. 312-325.

————, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER/LEFERENZ/ET AL. (eds), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin , New York, 1973, pp. 241-259.

————, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin, New York, 1973.

————, «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», en STÜTTGER/BLEI/ET AL. (eds.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, New York, 1972, pp. 251-276.

————, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.ª ed. (sin modificaciones), De Gruyter, Berlin, 1970.

————, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 133-150.

————, «Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (81-1), 1969, pp. 613-649.

————, «An der Grenze von Begehung und Unterlassung», en BOCKELMANN/ARTH. KAUFMANN/KLUG (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt, 1969, pp. 380-405.

————, «Rezension zu Baumann, Strafrecht AT», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-3), 1968, pp. 694-730.

————, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en ARTH. KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 260-267.

————, «Rezension von Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10. Aufl.», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-3), 1968, pp. 712-740.

————, «Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 373-381.

————, «Rezension zu Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1 y 2), 1966, pp. 214–219.

————, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *Juristische Schulung*, (6), 1966, pp. 377-387.

————, «Rezension zu Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (77-1), 1965, pp. 91-100.

————————, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *Juristische Schulung*, (2), 1964, p. 53-61.

————————, «Die provozierte Notwehrlage», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (75-3), 1963, pp. 541-590.

————————, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193-207.

————————, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-4), 1962, pp. 515-561.

————————, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, p. 411-444.

SCHÖCH, «In memoriam Claus Roxin», *Neue Kriminalpolitik*, (37), 2025, pp. 7-9.

SCHROTH, «Glückwunsch – Claus Roxin zum 70. Geburtstag», *JuristenZeitung*, (56-15), 2001, pp. 755-756.

SCHULTZ, «Un tournant nouveau de la réforme du droit pénal allemand», *Revue Internationale de Droit Comparé*, (20), 1968, pp. 493-509.

SCHULZ, H., «Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)», *JuristenZeitung*, (21-4), 1966, pp. 113–123.

SCHÜNEMANN, «Claus Roxin (15.5.1931 – 18.2.2025)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (6), 2025, p. 301.

————————/GRECO, «Nachruf auf Claus Roxin. Das humane Gesicht nicht nur der deutschen Strafrechtswissenschaft», *Legal Tribune Online*, 21.2.2025 [Disponible en: https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/claus-roxin-tot-nachruf-strafrecht-wissenschaft; consulta: 11.7.2025].

————————/GRECO, «§ 25», en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2025.

————————, «Herrschaft über die Hilfslosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (164-12), 2017,

————————, «Ein neues Bild des Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126-1), 2014, pp. 1–26.

————————, (ed.), *Claus Roxin: Person – Werk – Epoche*, Centaurus Verlag & Media, Herbolzheim, 2003.

————————, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL/V. HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 133-154.

————, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin, New York, 2001, pp. 1-32.

————, «Claus Roxin zum 70. Geburtstag», *Neue Juristische Wochenschrift*, (54), 2001, pp. 1476–1477.

————/ACHENBACH/BOTTKE (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin, New York, 2001.

————/FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, C. Heymanns, Köln, Berlin, 1995.

————, (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, De Gruyter, Berlin, New York, 1984.

————, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, C. Heymanns, Köln, 1979.

————, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwartz, Göttingen, 1972.

SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.

STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 5.ª ed., Stämpfli Verlag, Bern, 2024.

————, *Was leistet die Lehre von Strafzwecken?*, De Gruyter, Berlin, New York, 1995.

STUCKENBERG, «Grenzen der Grenzen des Strafrechts?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (135-4), 2023, pp. 904-946.

VALERIUS, «Tatbestände zum Schutz religiöser Einrichtungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 529-540.

VALDÁGUA (ed.), *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002.

WEIGEND, «Claus Roxin zum 90. Geburtstag», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (133-2), 2021, pp. 281-286.

————, «Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (129-2), 2017, pp. 513-528.

WELZEL, «Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (2-12), 1947, pp. 645-650.

WERKMEISTER, *Herrschaft und Gefahr. Zur Kohärenz von Zurechnungs- und Beteiligungsdogmatik*, (Escrito de habilitación, Humboldt-Universität zu Berlin), en prensa.

WOHLERS, «Strafrecht als ultima ratio», en V. HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 54 ss.

WOLTER (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (168-5), 2021, pp. 241-312.

————, (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (163-5), 2016, pp. 233-376.

————, (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-5), 2011, pp. 255-438.

————, (ed.), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (5), 2006, pp. 255-438.

InDret
4.2026

Sujeto y norma en el Derecho penal internacional

Carlos Pérez del Valle
Universidad CEU Cardenal Herrera-CEU Universities
-

Sumario

-

La exigencia de responsabilidad penal individual que comporta el Derecho penal internacional requiere una discusión sobre el destinatario de las normas jurídicas, que, en este caso, son fuentes del Derecho internacional. La vinculación directa del individuo a estas normas ha sido objeto de debate en la discusión en las primeras versiones del monismo y en los inicios del Derecho internacional; y en el debate sobre una comunidad jurídica cosmopolita y su crítica. Se aborda el examen de estas posiciones en sus fundamentos (Vitoria y Suárez; Kant; Hegel y sus seguidores) y de las visiones recientes que recuperan la cuestión (Habermas y Günther; Fabre). Se propone una solución sobre la base del pensamiento del derecho natural clásico (guerra justa y bellum contra tyrannum) que permite resolver el problema planteado, aunque se confronta con algunos aspectos que pueden constituir contradicciones del propio sistema (la fractura del paralelismno entre responsabilidad del Estado y responsabilidad individual y el carácter selectivo interno).

Abstract

-

The requirement of individual criminal responsibility entailed by international criminal law calls for a discussion of the addressees of legal norms, which, in this case, are sources of international law. The direct binding of individuals to these norms has been the subject of debate both in the early versions of monism and at the origins of international law, and in the debate over a cosmopolitan legal community and its critics. The examination of these positions is undertaken on the basis of their foundations (Vitoria and Suárez; Kant; Hegel and his followers), as well as of recent approaches that have revived the issue (Habermas and Günther; Fabre). A solution is proposed on the basis of classical natural-law thought (just war and bellum contra tyrannum) that makes it possible to resolve the problem at hand, although it is confronted with certain aspects that may constitute contradictions within the system itself (the rupture of the parallelism between State responsibility and individual responsibility, and its internally selective character).

Zusammenfassung

-

Die Forderung nach individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit, die das Völkerstrafrecht mit sich bringt, erfordert eine Auseinandersetzung mit der Frage nach den Adressaten der Rechtsnormen, bei denen es sich in diesem Fall um Normen des Völkerrechts handelt. Die unmittelbare Bindung des Individuums an diese Normen war Gegenstand der Diskussion in den frühen Ausprägungen des Monismus und in den Anfängen des Völkerrechts sowie in der Debatte über eine kosmopolitische Rechtsgemeinschaft und deren Kritik. Untersucht werden die Grundlagen dieser Positionen (Vitoria und Suárez; Kant; Hegel und seine Nachfolger) sowie neuere Ansätze, die diese Fragestellung wieder aufgreifen (Habermas und Günther; Fabre). Es wird eine Lösung auf der Grundlage des klassischen Naturrechtsdenkens (gerechter Krieg und bellum contra tyrannum) vorgeschlagen, die es ermöglicht, das aufgeworfene Problem zu lösen. Zugleich wird diese Lösung mit einigen Aspekten konfrontiert, die Widersprüche innerhalb des Systems selbst begründen könnten: die Aufhebung der Parallelität zwischen staatlicher und individueller Verantwortlichkeit sowie der interne selektive Charakter.

Title: *Subject and Norm in International Criminal Law*
Titel: *Subjekt und Norm im Völkerstrafrecht*

Palabras clave: Derecho penal internacional, cosmopolitismo, ius cogens, contractualismo, comunidad internacional
Keywords*: International criminal law, cosmopolitanism, ius cogens, contractualism, international community*
Stichwörter: *Völkerstrafrecht, Kosmopolitismus, ius cogens, Kontraktualismus, internationale Gemeinschaft*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.09
-

InDret
4.2026

Recepción
07/04/2026
-
Aceptación
26/09/2026
-

Índice

-

1. El fundamento de la responsabilidad
2. ¿Sólo los Estados son sujetos del Derecho internacional?
3. El camino al cosmopolitismo kantiano
4. Cosmopolitismo postkantiano
4.1. El escepticismo hegeliano
4.2. Una reconstrucción del cosmopolitismo kantiano en HABERMAS y GÜNTHER
4.3. Sujeto del derecho internacional como sujeto de una guerra justa en FABRE (desde el estado de naturaleza en LOCKE)
5. Proscripción de la tiranía y destinatorio de la norma
5.1. *bellum contra tyrannum*
5.2. Una dimensión vertical: concurrencia de responsabilidad estatal y responsabilidad individual
5.3. Una dimensión horizontal: el carácter selectivo «interno» de la jurisdicción penal internacional
6. Conclusión
7. Bibliografía

-

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

1. El fundamento de la responsabilidad

Cuando, en 1872, Gustav MOYNIER propuso la creación de un tribunal penal internacional[1], era difícil predecir la situación actual en ese ámbito. Cualquier exposición histórica sobre el castigo de delitos, reconocidos como tales en el Derecho internacional, y por jueces cuya legitimación supera las fronteras estatales, pone su punto de arranque en momentos relativamente recientes. En ese relato, además, los tribunales de Nuremberg y Tokio aparecen como hechos aislados, porque el periodo de estancamiento posterior, durante la Guerra fría, sólo cedió a la caída del muro y el derrumbamiento de los regímenes comunistas en el este de Europa. A partir de ese momento, la creación de tribunales ad hoc, y muy especialmente los de la ex Yugoslavia y Ruanda, ha marcado el camino hasta la constitución de la Corte penal internacional de La Haya. Desde entonces, el Derecho penal internacional se ha querido constituir como un sistema estable de imposición de penas, con una jurisdicción universal permanente, aunque con condiciones específicas, como la complementariedad del ejercicio de su competencia en relación con el ius puniendi de los Estados. Ha sido tal la velocidad de desarrollo del Derecho penal internacional, que la teoría del derecho penal apenas ha podido seguir su ritmo[2] y, por esa razón, no abunda la reflexión sobre sus propios fundamentos. En realidad, sólo GIERHAKE, con una fundamentación explícitamente kantiana[3], aborda la cuestión en esa perspectiva. Es cierto que, en muchas ocasiones, la aparición de tribunales penales internacionales ha respondido a la necesidad de una respuesta que facilitase, además, una reconciliación con el pasado en el plano nacional e internacional[4], y que su aplicación se impone como exigencia urgente –lo que no quiere decir que sea siempre acertada– de pacificación, y esto no facilita la reflexión. Pero sólo el hecho de que el Derecho internacional confluya, en este ámbito, con el sector del derecho interno tal vez más vinculado tradicionalmente a la idea de soberanía, como es el Derecho penal, expresa lo relevante de esta deficiencia.

La muestra más evidente de la falta de una teoría consistente del derecho penal internacional es, precisamente, su propio contorno normativo. Es cierto que GIERHAKE ha fundado el respaldo que requerían los crímenes internacionales que hoy se admiten, y lo ha hecho de una forma consistente en relación con el genocidio, con los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra[5]. Pero esto no explica por qué otros delios no están comprendidos ¿Por qué un determinado tipo penal pertenece al ámbito propio del derecho penal internacional? Fundamentalmente son razones históricas las que han conformado el cuerpo de tipos penales que constituyen su Parte especial (*core crimes*)[6], y las respuestas, que intentan trascender su

[1] MOYNIER, «Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale propre a prevenir et a reprimer les infractions a la Convention de Geneve», *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, pp. 122 ss., 123 s.

[2] PAWLIK, «Rezension-Katrin Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre», *ZIS*, (1), 2006, p. 49.

[3] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 165-167, pp. 206 y ss.

[4] TOMUSCHAT, «Von Nürnberg nach Den Haag», *Die Friedens-Warte*, (70), 1995, pp. 143 s., 149; WERLE, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *ZStW*, (109), 1997, pp. 808 ss., 813.

[5] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 267 ss., 271 ss., 276 ss. Crítico PAWLIK, *ZIS*, (1), 2006, p. 51.

[6] El hecho de que los crímenes de guerra o incluso que el crimen de agresión sean crímenes internacionales esenciales puede explicarse en los propios inicios, puesto que la propuesta de Moynier está relacionada con el estallido de la guerra franco-prusiana (MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, 1870, pp. 3 ss.), mientras que los crímenes contra la

explicación histórica, son meramente descriptivas[7] y acuden, como único concepto normativo, a la «protección de los derechos humanos», que es la expresión acogida además en los textos internacionales[8]. Pero la monstruosidad de los hechos que se quieren castigar no proporciona sin más un fundamento normativo.

Por otra parte, es interesante la forma en la que, como manifestación de una jurisdicción universal, se ha producido una extensión de sus normas, desde el Derecho internacional a los derechos nacionales a través de la denominada justicia transicional; y lo es también la ampliación de la aplicación extraterritorial del derecho penal, cuya legitimación no puede considerse muy lejos de la que corresponde al derecho penal internacional, aunque, aparentemente, el problema sería el inverso[9]. Sobre todo desde la justicia transicional se ha ha recuperado un concepto kantiano con resonancia moral evidente: el «mal radical (das radikal Böse)»[10], traducido después al castellano como «mal absoluto»[11]. El mal radical, en KANT, no es empírico, como lo sería si estuviera condicionado por la sensualidad o por la corrupción de la razón, sino inteligible; lo es porque «corrompe el fundamento de todas las máximas», y supone la «perversidad del corazón»[12]. Es, por tanto, la decisión libre y, por tanto, imputable, que subordina las máximas morales al amor propio y a las propias inclinaciones, sea cual fuere el contenido de la decisión; esto es, aunque fuese conforme a lo que derivaría de la máxima. Pero aquí radica el punto esencial que puede ser de interés: por un lado, la pretensión de castigar hechos cuya gravedad extraordinaria trascendería el interés de uno o varios Estados; por otro, una inequívoca vinculación con la responsabilidad personal, entendida ésta como responsabilidad del individuo. La apelación al

humanidad y, de forma todavía más clara, el genocidio, se han de asociar a la situación generada en la Segunda guerra mundial, y antes de su estallido.

[7] Con apoyo en la tríada «hechos con enorme capacidad destructiva»–«macrocriminalidad»–«impunidad», que sus propios defensores reconocen cuando se refieren a la impunidad como «trasfondo jurídico-fáctico». Cfr. en ese sentido, AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, 2005, p. 33. BOISTER trata de justificar por qué determinados tipos penales del derecho penal transnacional (terrorismo, tráfico de drogas, tortura, crimen organizado) no puede formar parte de la competencia de la Corte penal internacional, pero su conclusión es la dificultad, desde «un punto de vista doctrinal», para «trasferir la competencia» (BOISTER, «Treaty Crimes, International Criminal Court?», *New Criminal Law Review*, (12-3), 2009, p. 365).

[8] BASSIOUNI, «The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, (9), 1982, p. 195; AMBOS, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, (68), 2013, pp. 6, 22. Críticamente, PÉREZ DEL VALLE, «Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (eds.), *Liber amicorum. Derechos humanos y derecho penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, 2022, pp. 323 ss.

[9] Sobre esta cuestión de la aplicación extraterritorial de la ley penal, por todos, IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 229 ss.; y también en EL MISMO, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, 2024. Precisamente la pretension de IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, especialmente en su estudio crítico sobre el fundamento en la idea de ciudadanía o del derecho penal del ciudadano (en el examen de Duff, Silva Sánchez y Pawlik, IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 239 ss.) permite afirmar que la contraposición podría ser aparente y la existencia de una cierta analogía, puesto que se plantea siempre la vinculación a normas que van más allá de la vinculación del individuo a la comunidad política regida por el derecho estatal.

[10] NINO, *Radical Evil on Trial*, 1996, p. VII.

[11] Esta es la traducción de Martín BÖHMER, en NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed. La cuestión del carácter «absoluto» –o «radical»– en NINO tiene relación con su rechazo a la idea de retribución (NINO, *Radical Evil on Trial*, 1996, pp. 137 ss.), puesto que es difícil pensar en un castigo que sea adecuado para este mal, salvo que pueda concebirse también como un mal.

[12] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, 1968, p. 37.

«mal radical» en KANT es, precisamente, un requerimiento de vinculación de los individuos a las normas del Derecho internacional.

La respuesta positiva del derecho positivo internacional, cuando se prevén tribunales internacionales que aplican penas, es evidente: existe responsabilidad penal individual; pero sólo puede haber responsabilidad por la infracción si existe sujeción a la norma que se infringe. La cuestión se plantea entonces en el Derecho penal internacional en tanto Derecho internacional, y el hecho de que se apele a un «mal absoluto» es, en todo caso, la confirmación de que se pretende vincular, de forma incondicional, al sujeto individual a quien se quiere hacer responsable. La pregunta es, por una parte, si cabe la fundamentación de la responsabilidad individual de forma independiente de la responsabilidad del Estado; por otra, que guarda una relación directa con la anterior, si la vinculación del individuo con la norma cuya infracción es reprochada en el Derecho penal internacional es directa, o existe en función de su sujeción a la soberanía del Estado al que pertenece.

GIERHAKE se enfrenta a la cuestión, y su visión es solvente cuando explica el crimen internacional como negación del derecho en una comunidad jurídica internacional, porque solo la pena, en un plano abstracto, se configura como necesidad racional (*Vernunftnotwendigkeit*) que sigue a la ilicitud constituida por la quiebra de las normas de una comunidad jurídicamente constituida[13]; como GIERHAKE advierte, la cuestión se centra entonces en cuáles son los presupuestos de esa comunidad internacional, y acierta, según creo, cuando niega que exista una comunidad mundial asentada en una estructura constitucional sobre un "orden de paz jurídica", y cuando manifiesta sus dudas sobre la legitimidad de los tribunales penales existentes[14]. Señala PAWLIK que, con este planteamiento, no quedan justificas las condiciones de ejecución de la pena concreta[15]. Pero no sólo esto: si la legitimación material de los crímenes internacionales se encuentra en la negación, aun parcial, de la vigencia universal de los principios jurídicos que comprenden las condiciones de posibilidad de la paz jurídica en el mundo[16], y este orden requiere una estructura constitucional (*Verfassungsstruktur*), no se explica ni la reacción penal estatal frente a estos hechos, ni la vinculación personal de los individuos a estos principios. GIERHAKE deja al descubierto, sin duda, la debilidad en los fundamentos del Derecho penal internacional; pero por eso es crucial una determinación específica de la posición del sujeto individual en el Derecho internacional, donde las decisiones, en principio, dependen de los Estados.

2. ¿Sólo los Estados son sujetos del Derecho internacional?

Tampoco podía imaginar LISZT, al titular un capítulo de su manual sobre Derecho internacional con esta frase que ahora cito en forma de interrogante, el condicionamiento que implicaría la articulación progresiva de normas, internacionales y nacionales, que exigen responsabilidad penal a sujetos individuales. Pero sí se había producido, en los años precedentes, la primera elaboración dogmática monista –no la primera manifestación del monismo[17]– del Derecho internacional sobre la base opuesta: el presupuesto de la primacía del Derecho internacional,

[13] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 166-167.

[14] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, pp. 295-296, p. 298.

[15] Para quien, de ser totalmente coherente con ese presupuesto, debería negarse el carácter de pena a la sanción del derecho penal internacional, según PAWLIK, *ZIS*, (1), 2006, p. 50.

[16] GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts*, 2005, p. 266.

[17] MÜNCH, «Wilhelm Kaufmann und der ursprüngliche Monismus», *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, p. 117.

para Wilhelm KAUFMANN, era precisamente que los individuos son sujetos del Derecho internacional, porque en los tratados internacionales se determina también el estatus jurídico del individuo[18]. Esta vinculación es tan fuerte, que afecta también a los funcionarios en su calidad de órganos del Estado[19], y los delegados de los Estados en las comisiones internacionales no deben actuar según las instrucciones de su Estado que los envía, sino según el Derecho internacional y el fin de los convenios internacionales[20]. El mismo BELING, en una recensión crítica de la obra de KAUFMANN, dejaba claro que sus tesis sobre la primacía del derecho internacional derivaban de la premisa de que «los individuos y los órganos estatales, y no sólo los Estados, son sujetos del derecho internacional»[21].

Ciertamente, la doctrina ha apuntado hacia manifestaciones tempranas del monismo, anteriores a Wilhelm KAUFMANN, cuando se insinuaba el Derecho internacional como núcleo de protección de los derechos humanos[22].

a) HEFFTER, en las primeras ediciones de su obra sobre Derecho internacional europeo, trataba de modo genérico la cuestión del sujeto de derecho, después de indicar un listado de «sujetos a los que puede referirse el Derecho internacional»[23]: a partir de una exposición inicial sobre el individuo y sobre el contenido esencial de la libertad[24], definía al Estado y abordaba la cuestión de las relaciones entre Estados a partir de una delimitación de la soberanía de cada uno de ellos y de su igualdad[25]. Pero, propiamente, no desarrolló una teoría de los sujetos de derecho internacional, aunque las características que examiba, como la extraterritorialidad o el derecho de intervención, contemplaban como sujeto a los Estados y no a los individuos[26]. Posteriormente, desarrollaba conceptualmente esta idea: sólo los Estados y sus soberanos pueden ser considerados sujetos de derecho directos del Derecho internacional, mientras que, en algunas relaciones en particular, pueden ser considerados sujetos de derecho indirectos sus súbditos y las personas que prestan servicio a aquéllos, y de forma privilegiada, los representantes diplomáticos; pero, propiamente, no reconocía que un individuo pudiera ser sujeto del Derecho internacional[27].

---

[18] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*, 1899, p. 2

[19] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts*, 1899, p. 13.

[20] KAUFMANN, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts*, 1899, pp. 112 ss.

[21] BELING, «Wilhelm Kaufmann-Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben (Rezension)», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (42-6), 1900, pp. 280 s.; con anterioridad, en EL MISMO, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität: Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht*, 1896, p. 10.

[22] MÜNCH, *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, p. 117.

[23] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen*, 1844, § 12, p. 26: «el ser humano mismo; los estados individuales incluidos en el sistema jurídico común; los soberanos de los Estados y sus familias; y los pertenecientes a un Estado en relación con otros Estados». En la tercera edición (no he consultado la segunda, fechada en 1847) aparecen también los «agentes diplomáticos» (HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 3.ª ed., 1855, § 13, p. 29).

[24] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, pp. 26 ss.

[25] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, pp. 29 ss.

[26] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1844, respectivamente, pp. 78 ss., 85 ss.

[27] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 6.ª ed., 1878, § 15, p. 35: indica que sólo en «cierta medida» podrían serlo; pero, en realidad, reproduce literalmente su referencia a los derechos de la persona a otro capítulo,

b) En BLUNTSCHLI existía, en sentido estricto, una concepción orgánica de los Estados, a los que atribuía cualidades propias de los individuos sobre la base de la naturaleza humana, y esto se explicaba en la introducción: «el Derecho internacional es el orden reconocido como jurídicamente necesario que regula las relaciones entre los Estados», los cuales, como «pueblos organizados, están formados por personas, y son ellos mismos personas como entidad colectiva unificada, es decir, cuerpos jurídicos vivos y dotados de voluntad, como los seres humanos individuales»; «la misma naturaleza humana, y por tanto la misma naturaleza jurídica, que cada pueblo y cada Estado tiene en sí, se puede encontrar también en otros pueblos y Estados», y como «nadie puede negarse a sí mismo esta naturaleza común, nadie puede dejar de reconocerla en los demás»[28]. Es cierto que, en su conclusión, afirmaba que «todos están obligados por su naturaleza humana común a respetarse mutuamente como seres humanos jurídicos», como «base firme y duradera de todo Derecho internacional». Sin embargo, esta visión es la concepción de un Estado «humanizado» o «antropomórfico» y no, en sentido estricto, que el individuo sea el destinatario de las normas. A eso no afecta, en sentido estricto, que BLUNTSCHLI desarrollase su idea del Derecho internacional sobre el principio de «protección de la libertad personal», al que sustancialmente se opondría la esclavitud, porque el presupuesto se encontraba precisamente en aquella concepción del Estado. En el mismo texto lo reconoce: la prohibición de la esclavitud es un límite de la soberanía de los Estados, que «no puede ejercerse de tal manera que se destruyan los derechos superiores y más generales de la humanidad, porque los Estados son organismos humanos y están obligados a respetar el derecho humano generalmente reconocido»; el Derecho internacional «garantiza una protección jurídica de los derechos humanos e internacionales de las personas pertenecientes a los Estados», pero eso no les convierte en sujetos del Derecho internacional[29], aunque puedan exigir su protección cuando los derechos humanos que garantiza el Derecho internacional son ignorados[30].

Es evidente que HEFFTER o BLUNTSCHLI contemplaban una cierta dimensión personal –esto es: en relación con la persona individual– del Derecho internacional, ligada a la perspectiva de los derechos de la persona y con la reafirmación de su libertad, y fundamentalmente a su garantía. Pero el sujeto individual no es aquí destinatario de las normas de derecho internacional, sino objeto de protección, precisamente porque sobre la idea de soberanía estatal no aparecía, en sentido estricto, un lugar reservado para las fuentes del Derecho internacional. Si se comparan los tratados de HEFFTER o BLUNTSCHLI con el de LISZT, cuya primera edición se separa menos de veinte años de la última edición del primero, y algo más de la del segundo, se observa un matiz

dedicado a «Las relaciones jurídico-internacionales de las personas privadas» (§§ 58 y 58 a, pp. 117 y ss); pero esto no es sino una confirmación de que no entiende que los individuos sean sujetos del Derecho internacional. Esta construcción se mantiene en la 7ª edición, preparada por GEFFCKEN (HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 14, pp. 40-41; §§ 58 y 58 a, pp. 125 ss).

[28] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, 6.ª ed., 1878, pp. 1-2; en ese mismo sentido, cuando desarrolla su concepto del Derecho internacional, como se ha de ver a continuación en el texto.

[29] La garantía está fundada en el reconocimiento del Derecho internacional como «orden mundial» por el que los Estados se vinculan a «una comunidad jurídica de personas» (BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 59); pero «los Estados son las personas en el Derecho internacional» (p. 67) y, como «titulares y garantes del Derecho internacional», lo son «en el más elevado sentido de la palabra» (p. 69).

[30] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69: «Die einzelnen Menschen sind keine völkerrechtliche Personen in diesem Sinne. Aber sie haben Anspruch auf den Schutz des Völkerrechts, wenn in ihrer Person die von dem Völkerrecht gewährleisteten Menschenrechte missachtet worden sind».

relevante: LISZT dedica su segundo capítulo a las fuentes del Derecho internacional[31] de forma sistemática; HEFFTER y BLUNTSCHLI, sin embargo, aluden a la existencia de «una coacción interna reconocida»[32] por los Estados o al «*consensum gentium*» o «la práctica y costumbres de los pueblos»[33], pero no de una forma sistemática.

Tal vez la diferencia se encuentra en el positivismo de LISZt, porque HEFFTER y BLUNTSCHLI hablan de un «derecho no escrito» consistente en «la moralidad de los Estados cristianos en un nivel mínimo»[34] o de «los principios eternos del derecho natural de los seres humanos o de la conciencia jurídica en progreso de las naciones civilizadas»[35], mientras que LISZT niega el carácter de fuente del Derecho internacional al «derecho natural en el sentido antiguo» o a «la filosofía del derecho o derecho natural en sentido moderno», porque «sólo la convicción jurídica de los Estados puede crear derecho»[36]. Ya JELLINEK, al asentar la idea del tratado internacional como un acto soberano[37], pretende desprender del Derecho internacional cualquier resquicio del derecho natural[38] y respalda la idea de que la fuente real del derecho internacional es, precisamente, la voluntad del Estado. En este contexto, LISZT asume las consecuencias de la denominada «teoría de la voluntad», que no es una voluntad cualquiera, sino la voluntad de quien ejerce la soberanía. No hay, en este aspecto, discrepancia con el núcleo sustancial de la idea de JELLINEK, que quiere desligarse de la analogía entre el derecho de los tratados internacionales y el derecho de obligaciones del derecho privado. Para JELLINEK, esta analogía no existe, y el derecho de los convenios internacionales se desarrolla sobre «principios jurídicos completamente independientes», que derivan de su «naturaleza objetiva»[39].

De todos modos, no siempre la reivindicación de una categoría propia de las fuentes del Derecho internacional pasa por la ruptura radical con el derecho privado. En aquellos momentos, casi de forma simultánea a la publicación citada de Wilhelm KAUFMANN –con un criterio radicalmente opuesto– y a la primera edición del manual de LISZT, TRIEPEL matizó esta idea de voluntad[40]: no la

[31] LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 1898, pp. 6-9.

[32] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 2, p. 5.

[33] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 65.

[34] HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., 1881, § 3, p. 6. En contra de una restricción de la vinculación del Derecho internacional a las «naciones cristianas», BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 61: «El Derecho Internacionalk vincula, como Derecho común de la Humanidad, a cristianos y musulmanes, a brahamnistas y budistas, a seguidores de Confucio y adoradores de las constelaciones, a creyentes y a no creyentes».

[35] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 66.

[36] LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 1898, p. 8. También niega este carácter de fuente a la «política estatal»; y a «las leyes de desarrollo mediante las cuales (en la medida en que sea posible la investigación científica) se determina causalmente la formación y la historia de los Estados, como la ley de las fronteras naturales o de la extensión al mar».

[37] JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 59: «El derecho a celebrar tratados entre Estados es ahora parte integrante del acto soberano».

[38] CATHREIN, «Die Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, pp. 1 ss., 4.

[39] JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, p. 52; se trata de «factores objetivos del tratado entre Estados y sus consecuencias lógicas, que son reconocidas por los Estados en las relaciones convencionales por el hecho de haber celebrado contratos entre sí» (pp. 50-51).

[40] TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, 1899, quien, en realidad, construye una teoría de las fuentes del Derecho internacional o, al menos, de la interacción entre las normas internacionales y las nacionales. TRIEPEL era discípulo de Karl BINDING; en el prólogo admite que su planteamiento es opuesto al de KAUFMANN, que acababa de publicar su

voluntad soberana de un Estado, sino «sólo una voluntad común de varios o muchos Estados, reunidos para formar una unidad de voluntad, puede ser fuente de derecho internacional»[41]. De hecho, despliega la idea de BINDING, aceptada por JELLINEK, de la contraposición entre tratado (*Vereinbarung*) y contrato (*Vertrag*)[42]. Los matices de TRIEPEL son una consecuencia lógica de la teoría de la voluntad en el sentido de BINDING, y, en principio, no modifican la idea la posición respecto de su destinatario: aunque las normas Derecho internacional deriven de la «voluntad común» de varios Estados, es cada uno de estos Estados quien ha de respetarlas y, por tanto, destinatario de aquéllas. CARNAZZA AMARI, autor –casi el único– en que se apoya la distinción, enumeraba las diferencias entre tratado internacional y contrato en el derecho privado y, cuando alude a las existentes en el plano de «las personas a las cuáles se refiere», indicaba que los contratos obligan únicamente a las personas contratantes y a sus bienes, mientras que los tratados, aunque contraídos por los representantes de los Estados, «obligan a la nación entera y, por consecuencia, a todos los ciudadanos que la componen, y no sólo a las generaciones presentes, sino también a las futuras»[43].

JELLINEK no se detiene en este punto, aunque, evidentemente, podríamos anticipar la respuesta, al menos en lo que podría entenderse como una dificultad para su tesis: el tratado internacional obliga a «todos los ciudadanos de la nación» porque éstos quedan sujetos a la soberanía del Estado que contrae la obligación. Los ciudadanos no son destinatarios directos de la norma, sino que lo son sólo como nacionales de un Estado. Precisamente el hecho de que la obligación afecte a generaciones futuras es una confirmación de esta tesis, porque es inaplicable una analogía con el derecho privado: en derecho privado, la transmisión de obligaciones a los herederos sólo afecta los bienes, sobre los que hay posibilidad de sucesión. Sin embargo, quien no había nacido cuando un tratado internacional fue ratificado, no queda obligado porque es "heredero" de quienes sí habían nacido, sino porque es nacional del Estado que contrajo la obligación. El destinatario de la norma es quien contrae la obligación, que fue el Estado, y es él quien, como soberano, impone la obligación a sus ciudadanos.

El matiz no es irrelevante: la sujeción directa a la norma sólo puede predicarse en una perspectiva cosmopolita, «comprometida con un ideal político concreto de un orden global bajo el cual todas las personas tienen derechos y deberes legales equivalentes, es decir, son conciudadanos de una república universal»[44]. Las palabras tampoco son una casualidad: Thomas POGGE hace esta afirmación definiendo un «cosmopolitismo jurídico» (*legal cosmopolitism*) –en realidad,

obra ese mismo año, y que, por coincidir en el tiempo, no había podido tomar en consideración en el texto (p. V).

[41] TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, p. 32.

[42] BINDING, *Die Gründung des Norddeutsches Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung*, 1888, p 70: « El tratado es la fusión de varias voluntades que son sustancialmente iguales». En JELLINEK, además, con un reconocimiento explícito sobre su relevancia en Derecho internacional, pues., al no existir un legislador sobre los Estados, el derecho vinculante, si no es la costumbre, es la declaración coincidente de varios Estados: «El tratado revela además su gran importancia en el Derecho Internacional. Dado que no existe un legislador situado por encima de los Estados, el derecho que vincula a la comunidad de Estados, cuando no se funda en la costumbre, solo puede nacer de un acuerdo común encaminado a una manifestación de voluntad coincidente» (JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, p. 195. Sobre lo indicado en el texto, TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 50-53, con una referencia a JELLINEK: el contrato está referido a intereses contrapuestos; el acuerdo a intereses comunes o iguales, aunque precisa en la nota al pie que sería más correcto hablar de intereses iguales o unitarios.

[43] CARNAZZA AMARI, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace*, 1875, p. 745.

[44] POGGE, «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics*, (103), 1992, p. 49.

cosmopolitismo político– centrado en derechos y deberes, que opone al «cosmopolitismo moral»[45]. Pero cosmopolitismo jurídico –o político– y moral no son mutuamente excluyentes, sino que uno y otro se asocian, o más bien, se necesitan mutuamente: este cosmopolitismo moral promueve «un status quo en la dirección de un orden global más cosmopolita»[46], lo que sólo puede ser entendido en un sentido político-jurídico.

3. El camino al cosmopolitismo kantiano

La relación entre definición de las fuentes del Derecho internacional y determinación del sujeto de derecho –del destinatario de las normas– es, por tanto, evidente, y por eso la contraposición entre Wilhelm KAUFMANN y TRIEPEL se sitúa en torno a esta cuestión. No obstante, una década después, el debate se reavivó de nuevo en un marco algo diferente, y a ello no es ajena la intervención de un crítico del positivismo tan relevante como Erich KAUFMANN, quien defendía, frente a la teoría de la voluntad, que el principio fundamental se encuentra en el derecho a la autoconservación o la supervivencia (*Setbsterhaltung*) de los Estados[47]. También frente a la teoría de la voluntad se manifestó VON BAR, con una sugerente tesis que sus mismos críticos denominaron –porque en ese aspecto se encontraba su base– «teoría de la naturaleza de las cosas»[48]: frente a la teoría de la voluntad, a la que acusaba de fomentar el «autoengaño» y la «falta de una idea superior rectora», reclamaba el reconocimiento de la «idea de humanidad», de modo que «toda norma del derecho internacional y todo comportamiento internacional propuesto y representado por cualquier parte debe estar sujeto al examen de si, con una aplicación y observación generales, la existencia floreciente y el desarrollo ulterior de toda la humanidad no sólo es posible, sino probable»[49]. CATHREIN, como en otros casos en los que, en el derecho, se debatía sobre fundamentos comunes o próximos con la ética, recogió el guante lanzado por VON BAR y, tras explicar brevemente su idea del derecho natural, afirmaba: «estos principios de derecho natural constituyen ahora la raíz y el fundamento no sólo del derecho estatal, sino también del Derecho internacional y de todo derecho en general», porque son «conocidos por toda persona sensata en cualquier situación», y «toda persona juzga las leyes, las guerras, los

[45] POGGE opta por un cosmopolitismo moral definido en los derechos humanos y, dentro de éste, la diferenciación entre cosmopolitismo institucional e interactivo, que son diferentes, pero compatibles (POGGE, *Ethics*, (103), 1992, pp. 50 ss.) y habla de un cosmopolitismo institucional fundado en los derechos humanos.

[46] POGGE, *Ethics*, (103), 1992, p. 49.

[47] KAUFMANN, Erich, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, 1911, p. 192. Esta idea desemboca en un límite a los tratados internacionales (KAUFMANN discrepaba de TRIEPEL, tal como se observa en su crítica en pp. 160 y ss), que es la cláusula *rebus sic stantibus*: «sólo pueden ser vinculantes en tanto la situación de poder y de intereses existente en el momento de su formalización no se haya modificado de tal manera que las condiciones esenciales del convenio sean incompatibles con la supervivencia de los Estados que se han comprometido en él» (p. 204).

[48] VON BAR, «Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, pp. 145 ss. En este escrito, defiende la «naturaleza de las cosas» como fuente del Derecho internacional; «si se quiere describir históricamente: derecho natural» (pp. 154-155). En la crítica inmediata a la teoría, destaca SCHOEN, «Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (8-3), 1915, pp. 287 ss.; explícitamente sobre la «teoría de la naturaleza de las cosas», en la conclusión, en p. 321. El relieve que atribuyo a Erich KAUFMANN en este ámbito tiene su fundamento en el mismo texto de VON BAR, que examina detenidamente sus tesis, y contempla en ellas un regreso a la idea de la prudencia política en el derecho internacional (p. 152).

[49] VON BAR, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, p. 158. El punto de partida de VON BAR es, aunque lo adopta citando a TOMASIO, llamativo: busca la idea de humanidad en concepciones de derecho natural próximas, o incluso idénticas, al derecho divino, porque «la divinidad, el derecho divino y el mismo derecho natural protegen a la Humanidad del egoísmo tanto de los individuos, como de pueblos o Estados concretos» (pp. 157-158).

contratos y todos los negocios jurídicos en general según este estándar, incluso si sabe poco o nada sobre las leyes estatales»[50]. Ni VON BAR, evidentemente en la perspectiva del derecho natural racionalista, ni CATHREIN, de modo explícito en su intento de recuperar el derecho natural clásico, desarrollaron más esta idea; pero hay un aspecto particular en CATHREIN que afecta a la cuestión que ahora es relevante: una fundamentación del Derecho internacional en la ley natural convierte en destinatario de esa norma al individuo, que puede juzgar la adecuación al derecho natural de instituciones como el convenio internacional –y, por tanto, de las reservas al convenio, o de la justificación de su incumplimiento– o de hechos instituyentes, como la guerra[51].

Estas visiones son, en cierto modo, cosmopolitas, en el sentido que quisiera dar ahora a la expresión: llamo visión cosmopolita de las normas a cualquier enfoque de las normas de Derecho internacional que contempla a los individuos como tales (no como agentes o representantes de un Estado), y no a los Estados, o no sólo a los Estados, como sus destinatarios. Sin embargo, son diferentes formas de cosmopolitismo, y no es casual que el fundamento racionalista de VON BAR coincida con la referencia a BLUNTSCHLI[52], que proporciona una pista al respecto: «la predisposición a la ciudadanía mundial (Kant) ya es visible, pero su desarrollo sólo es posible si se funda la organización política del mundo»[53]. La ciudadanía mundial, contemplada de esta forma, no era la «comunidad humana universal» de VITORIA, que se inspiraba en el iusnaturalismo clásico[54], sino el cosmopolitismo racionalista kantiano. Las consecuencias de esta visisón iusnaturalista clásica se han de desarrollar posteriormente, al tratar la relación de la resistencia al tirano y su relación con el problema del destinatario de las normas en el Derecho penal internacional.

Regreso, no obstante, al iusnaturalismo racionalista y a la cita explícita de KANT por parte de BLUNTSCHLI. La lectura de KANT como defensa de una «ciudadanía mundial» debería matizarse, y, para ello, ha de fijarse la atención en la perspectiva del cosmopolitismo que he querido subrayar antes: el individuo como sujeto de normas que no son dictadas por el Estado que ejerce la soberanía. Por esa razón, quisiera exponer algunas ideas fundamentales sobre el tema en KANT, en la medida que resultan de interés para mi enfoque[55]. Existen dos referencias relevantes[56], en obras cuyo objetivo nada tenía que ver son la perspectiva jurídica del destinatario de las normas:

[50] CATHREIN, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, p. 8.

[51] D'ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, p. 87, en relación con la paz fundada en el pacto o en la victoria legítima, como fundamento de la justicia y estabilidad del nuevo orden.

[52] VON BAR, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, p. 152: «la auténtica fuerza creadora es, por tanto, la convicción sobre el derecho, y no el contrato; éste último sólo hace evidente la convicción sobre el derecho, e indiscutible para quienes contraen la obligación». Con estas palabras intenta resumir lo que había indicado BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, pp. 64-65.

[53] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69: «El individuo es, en primer lugar, como individuo, una persona privada; pero, en cuanto ciudadano de la comunidad y del Estado, participa de los derechos públicos de la comunidad y del Estado. Allí tiene derecho al Derecho privado; aquí, al Derecho público. También sus derechos humanos encuentran protección, en primer término, en el Estado y por medio de la administración de justicia del Estado. Sin embargo, su personalidad humana se extiende más allá del Estado».

[54] No hablo sólo de la «comunidad cristiana», sino que intento abarcar la tesis de VITORIA, y dejo de lado ahora la interesante polémica generada por Álvaro D´ORS en relación con VITORIA; D´ORS imputa a VITORIA «la destrucción de la idea de Comunidad Cristiana» mediante su sustitución por una «noción puramente racional, absolutamente neutra» (D´ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, pp. 132-133). Es posible que la imputación de D´ORS a VITORIA sea cierta, pero éste no «no podía presentir» esta ruptura (D´ORS, *De la guerra y de la paz*, 1954, p. 133). Por tanto, la afirmación del texto no es tampoco incorrecta en la visión crítica de D´ORS: VITORIA no dejó de buscar el fundamento de sus tesis en el derecho natural clásico.

a) En la Crítica del juicio (1790), y cuando trata la cuestión del «ultimo fin de la naturaleza como un sistema teleológico» (§ 83), indica que, aun en una sociedad civil donde sus miembros se sujetasen a sus limitaciones para evitar la destrucción de las libertades –acaba de referirse a la violencia legal para evitar estas destrucción–, «seguiría requiriéndose un todo cosmopolita (*ein weltbürgerliches Ganze*); es decir: sería necesario un sistema que incluya a todos los Estados que corren el riesgo de perjudicarse entre sí»[57].

b) Otra referencia indirecta aparece en la Religión dentro de los límites de la mera razón pura (1793), en una nota al pie en la que intenta establecer una analogía entre el fin de la «idea de unidad objetiva de la religión de la razón (Idee der objectiven Einheit der Vernunftreligion)»: al comparar lo que considera fragmentación de las religiones que inicialmente tienen la pretensión de universalidad, cita la ley de los estados, «tan lejos de un derecho internacional (Völkerrecht) general y poderoso»[58]. Inmediatamente, en el texto, se refiere a «este progreso constante –aunque inadvertido a los ojos humanos– del buen principio de lograr, en el género humano, un poder y un reino como ser común conforme a las leyes de la virtud, que reafirme la victoria sobre el mal y asegure la paz perpetua bajo su dominio»[59].

Más allá de estas referencias, las ideas de KANT en este punto comienzan a articularse en su respuesta a Moses MENDELSSOHN en Sobre el dicho común (Über die Gemeinspruch, 1793[60]): el objetivo general de la obra, que no es otro que mostrar que las afirmaciones teóricas son válidas en la práctica, es el idóneo para desarrollar esta idea. Por esa razón, es interesante su reflexión sobre la solución en un contexto en el que ningún Estado se puede considerar seguro frente a otros, de tal modo que esta situación «a menudo hace que la paz sea aún más opresiva y destructiva para el bienestar interno que incluso la guerra». El único medio de conseguir la paz es

[55] La utilización de la palabra cosmopolita o cosmopolitismo, no siempre en KANT tiene un sentido jurídico o jurídico-político, aunque el enfoque no es muy diferente: por ejemplo, en los Escritos precríticos, habla de lecturas «para cosmopolitas», pero en la frase anterior utiliza la expresión «cualquier ciudadano del mundo (Weltbürger)» (en 1776, KANT, «Aufsätze, das Philanthropin betreffend – Erster Aufsatz», en *Kants gesammelte Schriften*, t. II, 1905, p. 447), frecuente en KANT; o defendiendo que la implantación de cualquier plan educativo debería tener una perspectiva cosmopolita (KANT, «Pädagogik», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. IX, 1968, p. 448). Esta última cita no puede ser fechada, porque responde a las lecciones de pedagogía que publicó RINK en 1803, inmediatamente después de la muerte de KANT; pero se suele entender que, como estas lecciones las impartió aproximadamente desde 1770, podrían formar parte de las ideas precríticas.

[56] Aunque haré referencia a este texto, no creo que, desde el punto de vista de la determinación del sujeto, sea decisiva la referencia a una «situación general cosmopolita» en 1784, en *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (KANT, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, p. 26). Por el contrario, LEYVA, «Kant y el Cosmopolitismo en el debate contemporáneo», *Revista de Estudios Kantianos*, (8-2), 2023, p. 515, entiende que ésta es una «posición fuerte», que atenuaría con posterioridad; entiendo que esto implica, en la perspectiva del derecho, que el individuo sería sujeto y destinatario de las normas.

[57] KANT, «Kritik der Urteilskraft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. V, 1968, p. 432.

[58] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 123, nota (*).

[59] KANT, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 124.

[60] Como es sabido, la obra (KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, pp. 273 ss.) contiene tres respuestas sobre la relación de la teoría con la práctica: en la moral, a Garve; en el derecho público, a Hobbes; y en el derecho internacional, a Mendelssohn.

«un derecho internacional basado en leyes públicas dotadas de un poder al que todo Estado debe someterse (en analogía con las leyes civiles y estatales para personas individuales)»[61]. KANT, en este punto, pone su confianza en la naturaleza humana («dado que en ella todavía hay respeto por la ley y el deber») y mantiene que, «incluso desde una perspectiva cosmopolita, la afirmación permanece: lo que se aplica a la teoría por causa de la razón, también se aplica a la práctica»[62]. Es obvio que la idea de la que parte KANT es contractualista y sitúa como presupuesto un estado de naturaleza de los propios Estados[63]. El mismo año, en De la paz perpetua (Zum ewigen Frieden, 1793), explica la misma concepción del Derecho internacional en ese marco: lo deseable, «según la razón (…), para que los Estados[64], en sus relaciones entre sí, salgan del estado sin ley, que no contiene más que guerra», es que, en la renuncia «a su libertad salvaje (sin ley)», formen «un estado de naciones (*civitas gentium*)» en el que se sujeten a leyes públicas coercitivas; pero como «no quieren esto en absoluto y, por lo tanto, rechazan hipotéticamente lo que es correcto en teoría», el Derecho internacional (Völkerrecht) aspira a una «alianza para evitar la guerra», como «sustituto negativo» que detenga el «peligro constante» de que estalle[65] y que, mediante un «*status iuridicus*», permita salir del estado de naturaleza, aunque sin leyes coercitivas[66].

En todo caso, es en la Teoría del derecho de Die Metaphysik der Sitten (1797) donde Kant desarrolla sistemáticamente estas ideas, y aquí es necesario tomar en consideración su exposición de la teoría del Derecho internacional[67]. Como en la configuración del derecho público estatal, KANT contempla el punto de partida en el estado de naturaleza. Aquí se trata, no obstante, del estado de naturaleza entre Estados, «donde un Estado, como persona moral, considera frente a otro en estado de libertad natural, y en consecuencia también de guerra constante» (que define inmediatamente como «el derecho del más fuerte»). Por esa razón, el Derecho internacional tiene como misión «el derecho después de la guerra (…), la constitución de

[61] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 312.

[62] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 315.

[63] Aunque no de modo explícito, antes de *Über den Gemeinspruch*, está presente en *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (KANT, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 27).

[64] KANT está refiriéndose a Estados con una forma republicana (KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, 1968, p. 350: «toda legislación jurídica debe tener un fundamento – es el republicano»), porque sólo la Constitución republicana tiene legitimidad de origen, al haber surgido de la fuente pura del concepto jurídico (p. 351) y porque «es la única que se adapta plenamente a los derechos del pueblo» (p. 366).

[65] KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 357; la analogía con el estado de naturaleza de los individuos aparece ya en p. 355, con alguna matización: «sin embargo, en el caso de los Estados, conforme al Derecho internacional, no puede aplicarse precisamente lo mismo que, de acuerdo con el derecho natural, se aplica a los seres humanos en estado de naturaleza: "que deban salir de este estado" (pues, como Estados, ya poseen internamente una constitución jurídica (…)»; sobre la «unión federativa» propia del Derecho internacional, para evitar la guerra, también en p. 367.

[66] KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 357. A diferencia del contrato que constituye el estado civil-jurídico entre individuos; no rige el derecho público, sino sólo mero derecho privado.

[67] La tripartición Staatsbürgerrecht (*ius civitatis*), Völkerrecht (*ius gentium*) y Weltbürgerrecht (*ius cosmpoliticum*), aparece sistematizada, no obstante, en KANT, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 349, nota (*), precisamente después de identificar el estado de naturaleza de los individuos y el de los pueblos: «Der Mensch aber (oder das Volk) im bloßen Naturstande benimmt mir diese Sicherheit und lädirt mich schon durch eben diesen Zustand». Sobre las consecuencias de este texto en relación con el derecho penal del enemigo, PÉREZ DEL VALLE, «Zur rechtsphilosophische Begründung des Feindstrafrechts», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 515 ss.

una paz duradera»; pero también el «derecho a la guerra», el «derecho de la guerra» y derecho «por el que se obligan unos a otros a dejar la guerra»[68]. La propuesta es, como ha destacado con frecuencia la doctrina, una federación de Estados sin poder soberano alguno[69], en la que, evidentemente, el sujeto es el Estado. Sin embargo, la introducción de los individuos supera la mera analogía del estado de naturaleza, cuando afirma que el derecho internacional contempla, «no sólo una relación de un Estado contra otro en su conjunto, sino también de los individuos de uno contra los individuos del otro»[70].

Aparece entonces, frente a la figura del Derecho internacional (Völkerrecht), la del Derecho cosmopolita (Weltbügerrecht). Subrayo la traducción literal de la expresión (derecho de los ciudadanos del mundo), aunque el propio KANT utiliza la expresión latina (*ius cosmopoliticum*)[71] por su significación en el tema que abordo ahora y porque, como se ha visto, la expresión «cosmopolita» había sido utilizada («en una perspectiva cosmopolita: in kosmopolitischer Rücksicht») por KANT ya antes, en 1793[72]. Quisiera también llamar la atención sobre otro aspecto: de nuevo, aquí, vuelve KANT a la analogía, en el «veto irresistible de la razón moral-práctica»: «no debe existir guerra, no entre tu y yo en estado de naturaleza, ni entre nosotros como Estados, que, aunque internamente estén en un estado jurídico, externamente (en su relación mutua) se encuentran en un estado sin ley, porque no es así como todos deberían buscar justicia»[73]. La referencia al «estado jurídico interno» lo es, indudablemente, al de los Estados como tales, que se han configurado sobre la base del principio general del derecho, que –aunque KANT no lo recuerda de forma explícita– está presente ahora: la posibilidad de subsistencia de diferentes máximas de sujetos libres bajo una ley general[74]. Ésta es la ley general del derecho: «actúa externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda subsistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley general»[75]. La aplicación del principio general del derecho a las

[68] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, 1968, pp. 343-344: el Derecho internacional tiene como misión «el derecho después de la guerra con él, la constitución de una paz duradera», pero, por esa razón, también el «derecho a la guerra», el «derecho de la guerra» y derecho «por el que se obligan unos a otros a dejar la guerra». A esta visión introductoria del § 53, añade la analítica de los §§ 54 y siguientes, a la que me refiero también en el texto.

[69] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 344: «die Verbindung doch keine souveräne Gewalt (wie in einer bürgerlichen Verfassung), sondern nur eine Genossenschaft (Föderalität) enthalten müsse»; por eso, requiere una renovación de tiempo en tiempo («Zeit zu Zeit») y un derecho *in subsidium* que evite la guerra real entre unos y otros.

[70] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 344.

[71] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 352.

[72] KANT, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke*, t. VIII, 1968, p. 313.

[73] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354.

[74] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 230-231. El principio no se limita al derecho privado, porque aparece en el § C de la Introducción a la teoría del derecho (*Metaphysik der Sitten*, p. 231). Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, «Pœna forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría», *InDret*, (3), 2020, pp. 229-230; sobre el argumento de HÖFFE respecto a la aplicación del principio general del derecho, en p. 229, nota 85. En realidad, es una muestra más de lo que KERSTING ha denominado ha denominado «ennoblecimiento moral del derecho» (KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984, p. 46), y que, según creo, anticipaba COHEN al afirmar que KANT aplicaba los «conceptos generales de la naturaleza y de la persona» de la teoría moral al Derecho (COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2.ª ed., 1910, p. 390).

[75] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 230-231. Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *InDret*, (3), 2020, pp. 230-231.

relaciones entre Estados no implicaría sólo la evitación de la guerra, sino la sujeción a un «estado jurídico-internacional», de forma paralela al «estado jurídico-civil» de los ciudadanos.
Creo que cabe aventurar una hipótesis sobre la relación entre el Derecho internacional y el Derecho cosmopolita, que sería congruente con el contexto histórico de KANT y, sobre todo, con su visión del contrato social. Me apoyo aquí en la tripartición de estados con la que HRUSCHKA ha explicado la teoría de KANT sobre la propiedad[76] y que yo mismo he desarrollado tanto en relación con el concepto del derecho penal del enemigo como con la fundamentación retributiva de la pena en KANT[77]. En KANT, existen dos estados previos al estado jurídico-civil y no únicamente un estado civil contrapuesto al estado de naturaleza. Existe un estado de naturaleza intermedio más allá del estado de aislamiento individual: como en el estado jurídico-civil, «en efecto, también puede hablarse en estado de naturaleza de sociedades legítimas (por ejemplo: matrimonial, paternofilial, doméstica o cualesquiera otras) ante las cuáles no está vigente ninguna ley a priori»[78]. Por tanto, puede pensarse en un estado de naturaleza del sujeto que no se integra en ninguna otra de las sociedades y en un estado de naturaleza del sujeto que sí vive en sociedades. Y en estas sociedades existen, para KANT, derechos subjetivos, aunque «no hay juez que decidiera en el caso de disputa sobre mi derecho»[79].

El paralelismo entre estado de naturaleza en los individuos y en los pueblos, que hasta ahora se ha mostrado como evidente, afecta también a esta tripartición. El Derecho internacional (Völkerrecht) sería el propio del estado pre-social entre los pueblos, en el que ningún juez rige las relaciones entre los pueblos, porque todos los Estados ejercen sus derechos subjetivos y, a través del contrato, evitan la guerra mediante el cumplimiento de estos compromisos. El derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), en cambio, es ya el propio del estado jurídico-civil, donde se sujeta a leyes una comunidad de Estados y no una mera federación; pero la comunidad está formada por los Estados, y son ellos los que se han de sujetar a las leyes: conceptualmente, el derecho cosmopolita el derecho de «la posible unificación de todos los pueblos con vistas a determinadas leyes generales que rijan sus posibles relaciones»[80].

La analogía del estado de naturaleza apunta, no obstante, a la idea de que los sujetos del *ius cosmopoliticum* han de ser los mismos que lo son en estado de naturaleza, que es el estado de guerra o de permanente riesgo de guerra, o que lo son en el estado pre-jurídico: los Estados. La insistencia en la idoneidad de la forma republicana es también un factor que apunta en esa dirección y esto ha de ser entendido en el propio contexto de KANT. KANT entiende el derecho cosmopolita como un «derecho de ciudadanos del mundo» (*Weltbürgerrecht*), porque cada individuo es protegido por ese derecho. Pero ser sujeto de protección no significa ser titular de derechos y deberes en el sentido en que pueda considerarse sujeto del Derecho internacional. Por eso, la forma republicana, en el sentido en que la entiende KANT, es decisiva en la conformación del Derecho internacional y, si cabe, en mayor medida en el Derecho cosmopolita, porque esto

[76] HRUSCHKA, «Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JuristenZeitung*, 2004, pp. 1085 ss.

[77] PÉREZ DEL VALLE, en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Jakobs-FS*, 2007, pp. 515 ss.; EL MISMO, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik, Strafrecht und Rechtphilosophie*, (27), 2019, pp. 629 ss.

[78] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354: «denn es kann auch im Naturzustande rechtmäßige Gesellschaften (z. B. eheliche, väterliche, häusliche überhaupt und andere beliebige mehr), von denen kein Gesetz a priori gilt».

[79] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, pp. 312-313: «es keinen Richter gibt, der in Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde»; sobre esta cuestión, HRUSCHKA, *JZ*, 2004, p. 1086.

[80] KANT, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke*, t. VI, 1968, p. 354.

implica protección en los derechos de los individuos; pero también representación en la conformación de la voluntad del Estado, como sujeto activo.

La intuición de BLUNTSCHLI –quien, como se vio, quiso ver en KANT «la predisposición a la ciudadanía mundial»[81]– admite, al menos en una interpretación contextual, una cierta discusión; pero, en cualquier caso, marca algunos de los pasos más recientes en el debate. El argumento de que KANT no podía prever, por ejemplo, la existencia de tribunales penales internacionales, o incluso de la Corte penal internacional, que implica el enjuiciamiento de individuos, no añade ni resta relevancia a sus argumentos. Resulta imposible saber si, de preverlo, hubioera modificado sus conclusiones; pero sí puede afirmarse que la integración del contractualismo en su teoría del derecho de KANT y, sobre todo, su aplicación al Derecho público y al Derecho internacional, han marcado los pasos de la discusión posterior y actual.

4. Cosmopolitismo postkantiano

4.1. El escepticismo hegeliano

Sea la que fuere la interpretación que se pueda dar a los textos de KANT, su invocación, por parte de BLUNTSCHLI, no era en vano. Ciertamente, el contexto histórico europeo de fines del XIX no era –ni lo iba a ser a principios del XX– excesivamente propicio para el pensamiento cosmopolita. La inevitable –e inescindible– relación con la política y las relaciones internacionales constituía el respaldo para actitudes negacionistas, o cuando menos escépticas, sobre la capacidad del Derecho internacional para constituirse en derecho objetivo. Una imagen de esta cuestión fue el debate sobre la posibilidad de una analogía entre el contrato del derecho privado y el convenio en el derecho internacional. Pero incluso autores tan influyentes en aquellos momentos como Adolf LASSON o Eduard VON HARTMANN mostraban su recelo[82], porque en ellos pesaba la crítica al cosmopolitismo de HEGEL, fundado en la idea del Estado como individuo soberano[83]. Son dos los argumentos fundamentales de HEGEL: por un lado, el Estado soberano independiente es un fin en sí, en la realización de la autodeterminación humana, y cualquier renuncia a la independencia de un Estado seria no admisible[84]; por otro, la existencia de un «Estado mundial» es una

[81] BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht*, 6.ª ed., 1878, p. 69, en la cita que corresponde a la nota 46.

[82] El peso de esta crítica es subrayado por CATHREIN, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* (10), 1916, p. 2.

[83] OSTRITSCH, «Hegels Kritik des Kosmopolitismus», en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (ed.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, pp. 234-235. Un aspecto fundamental es la concepción de «individuo» en la filosofía de HEGEL, como destaca OSTRITSCH (loc.cit., p. 235-238), porque el estado, en HEGEL, tiene «individualidad», porque «el espíritu, como relación infinitamente negativa consigo mismo en la libertad, es asimismo esencialmente ser-para-sí, que ha asumido en sí la diferencia existente y, por tanto, es excluyente», y en esa determinación «tiene individualidad, la cual es esencialmente como individuo, y en el soberano como individuo real e inmediato» (HEGEL, *Grundlinien*, § 321). OSTRITSCH acude, con razón, a la idea de HEGEL sobre la singularidad (Einzelheit) y su relación con la individualidad (Individualität), que desarrolla sustancialmente, en la segunda parte de la Lógica, en relación con el concepto de individuo para la persona como ser vivo (HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, II, pp. 281 y ss); aunque, en todo caso, creo que la referencia directa a lo esencial del «ser-para sí» debe conducir también a esta misma idea en la primera parte de la Lógica (HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, I, pp. 92 y ss). Pero lo que interesa en este punto es lo autorreferencial del Estado (la persona individual también lo es) y, como en el caso de la persona individual, la relevancia del reconocimiento mutuo (HEGEL, *Grundlinien*, § 322: «Die Individualität, als ausschließendes Für-sich-sein, erscheint als Verhältnis zu anderen Staaten, deren jeder selbständig gegen die anderen ist»; posteriormente, en §§ 323 y ss, sobre la relación negativa y positiva respecto a otros Estados).

[84] En este sentido, OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, p. 237, con apoyo en HEGEL, *Grundlinien*, § 322 A, donde HEGEL críticamente, alude a

imposiblidad ontológica[85], porque cada Estado independiente es un individuo excluyente en su relación con otros Estados individuales. La independencia de cada Estado sólo puede hacerse visible como «como relación (*Beziehung*) de otro», como «relación negativa» en «algo exterior»[86], que lo hace excluyente e imposibilita cualquier relación de dependencia o de carácter proporcional (*Verhältnis*) con otro[87], cuando la relación con un «Estado mundial» sólo podría entenderse de este modo[88].

Por esa razón, LASSON recoge, «a lo Hegel», una crítica de la figura teórica del pacto: por una parte, niega que puede existir estado de naturaleza entre Estados como soberanos[89]; por otro, lo afirma de un modo muy particular y, además, no como hipótesis de trabajo, sino como una realidad[90]. Con sus deficiencias, el Derecho internacional trata de la posición del «Estado entre Estados», y ellos son los sujetos de derecho y los destinatarios de las normas.

Por otro lado, VON HARTMANN, también influido en este aspecto por HEGEL, sólo reconocía orden jurídico «en el Estado», y no, en sentido estricto, cuando falta «la garantía externa de un poder

---

quienes, «por deseos de globalidad», que hablan de «perder su independencia», y afirma que «conocen poco de la naturaleza de una gloablidad y del sentimiento propio que un pueblo tiene de su independencia». Más adelante, con claridad: «el pueblo, como Estado, es el espíritu en su racionalidad sustancial y realidad inmediata y, por eso, el poder absoluto sobre la tierra; un Estado es, en consecuencia, respecto a los otros, independencia soberana» (§ 331).

[85] OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, pp. 237-238.

[86] HEGEL, *Grundlinien*, § 323. Se parte de una distinción, en los textos de HEGEL, de dos tipos de relación: relación como conexión o interacción (*Beziehung*) y relación como dependencia (*Verhältnis*). Sin este matiz, el argumento sería incomprensible.

[87] Fundamental aquí es, según creo, el paralelismo entre persona (que aparece en la primera parte de la filosofía del derecho de HEGEL, en el Derecho abstracto) y Estado (que surge en la tercera parte, en la Eticidad), y que explícitamente asume: «So wenig der Einzelne eine wirkliche Person ist ohne Relation zu anderen Personen (§ 71 u. sonst); so wenig ist der Staat ein wirkliches Individuum ohne Verhältnis zu anderen Staaten» (HEGEL, *Grundlinien*, § 323 A). Obsérvese la referencia explícita a los §§ 71 y ss, en el Derecho abstracto, que, por cierto, son el punto de arranque de la teoría de la pena: a partir del paso de la propiedad al contrato (§§ 71, 72 y ss) como coincidencia entre la voluntad especial y la voluntad del ser en sí (§ 81) y lo ilícito como «contraposición al derecho en sí y de la voluntad especial» (§ 81), y la fuerza, el delito y la penal (§§ 99 y ss). A este punto se llega desde el concepto de persona, ligado al de propiedad como «ámbito de libertad exterior» (HEGEL, *Grundlinien*, § 41) en el Derecho abstracto, que, como ya señalé hace tiempo (PÉREZ DEL VALLE, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en ZUGALDÍA/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, 2024, pp. 625 ss.) no es ni mucho menos unívoco; y, desde luego, muy lejano a la interpretación simplista, muy frecuente, de la máxima «sé una persona y respeta a los demás como personas» (HEGEL, *Grundlinien*, § 36: «sei eine Person und respektiere die anderen als Personen»), que la muestra, a mi juicio erróneamente, como una versión del imperativo categórico de KANT. La aplicación de la idea de individualidad de la persona y su reconocimiento recéproco sobre el reconocimiento mutuo a los Estados confirma, a mi juicio, esta valoración.

[88] Esto es nuclear en la crítica al cosmopolitismo de KANT: una federación de Estados requeriría la unanimidad de la voluntad particular soberana de todos ellos (HEGEL, *Grundlinien*, § 333 A).

[89] Aunque, mediante la prudencia y en la consecución de intereses comunes, se crea un estado jurídico (LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, p. 394. Es cierto que HEGEL, explícitamente, se refiere a un «estado de naturaleza entre Estados»; pero si contempla la existencia del derecho internacional como vigente entre los Estados cuando dice que esta relación «tiene como principio su soberanía» (HEGEL, *Grundlinien*, § 333), lo hace porque «no hay pretor, árbitro supremo o mediador entre los Estados» (HEGEL, *Grundlinien*, § 333 A, precisamente en el contexto de la crítica a KANT a la que acabo de hacer referencia) y no porque contemple ese «estado de naturaleza» en sentido realista, en el sentido de HOBBES (OSTRITSCH, en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2022, p. 243).

[90] LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, p. 395.

incondicional sobre las partes»[91]. Escéptico ante el cosmopolitismo[92], aborda la cuestión del sujeto del Derecho internacional de modo frontal: la persona moral del Derecho internacional es el Estado: no lo es el pueblo, que es un conglomerado de individuos «sin personalidad»[93]; no lo es el individuo, sino las relaciones de los Estados[94].

LASSON y VON HARTMANN eran coherentes en la lógica hegeliana: quien niega auténtica naturaleza de derecho objetivo al Derecho internacional, limita la subjetividad a quien ejerce la soberanía. Cuestión diferente, y no del todo clara, es que, con una radical comprensión del poder subjetivo de los Estados en la conformación de acuerdos o en el cumplimiento de normas consuetudinarias, pudiera afirmarse a estos Estados como destinatarios de normas, porque lo que se pone en duda es la existencia de una norma más o menos incondicional. Pero esto no excluye un internacionalismo no cosmopolita, y un derecho internacional fundado en el reconocimiento mutuo de los Estados[95]: aunque la ruptura de los tratados y de llegada de una guerra no pueda descartarse[96], incluso en la guerra existen «determinaciones del derecho internacional» que impican el «mantenimiento de la paz»: el respeto a los emisarios de otro Estado, a los no combatientes o a prisioneros[97]. En todo caso, se trata de normas cuyo destinatario es el Estado, que, en este punto, no discrepa sustancialmente del cosmopolitismo kantiano de la «federación de los Estados»; pero se separa en el reconocimiento de un límite sustancial que impide la admisión de cualquier vinculación a las normas que pase por alto la soberanía estatal.

4.2. Una reconstrucción del cosmopolitismo kantiano en HABERMAS y GÜNTHER

Sin embargo, puede hablarse de un cosmopolitismo postkantiano, ligado siempre a bases contractualistas, y siempre con la pretensión de vinculación personal del individuo a las normas del derecho internacional. Es cierto que la restricción de la idea cosmopolita de KANT, a la que antes hice referencia, estaba limitada por su propio contexto[98], y también lo es que, en ese contexto, hubiera sido poco realista la propuesta de una comunidad constituida por pueblos, más allá de los Estados particulares[99]. KANT pensaba en conflictos limitados entre Estados y no en guerras mundiales o en guerras civiles; pensaba en guerras limitadas por la técnica, que permitían separar tropas combatientes y población civil, y no en la guerra de guerrillas, de partisanos o en el terrorismo como instrumento de la guerra; pensaba en guerras con objetivos políticos limitados, y no en guerras de aniquilación o expulsión; y, desde luego, no pensaba en el enjuiciamiento de crímenes de guerra, ni siquiera como *ius post bellum*. Pero HABERMAS cree

---

[91] VON HARTMANN, «Princip und Zukunft des Völkerrechts», en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 127; EL MISMO, *Phaňomenologie des sittlichen Bewusstseins: Prolegomena zu jeder kuňftigen Ethik*, 1879, p. 498, especialmente en nota al pie.

[92] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 123.

[93] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 125.

[94] VON HARTMANN, en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., 1876, p. 128: porque sólo afectan a las relaciones entre individuos, y desde un punto de vista ético, cuando los Estados acuerdan regular y determinar la lucha entre ellos (por ejemplo, intentando evitar brutalidades en la guerra).

[95] HEGEL, *Grundlinien*, §§ 331, 336.

[96] HEGEL, *Grundlinien*, §§ 334.

[97] HEGEL, *Grundlinien*, §§ 338-339.

[98] HABERMAS, «Kants Idee des Ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren», *Kritische Justiz*, (28-3), 1995, pp. 293 ss.

[99] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 296.

posible «una reformulación, adecuada a los tiempos, de la idea kantiana de pacificación cosmopolita del estado de naturaleza entre los Estados»[100], y que presupone un orden normativo[101] basado en los derechos humanos, con una fundamentación jurídica, que refiere también al KANT y a su concepción del principio general del derecho, en una indiscutible preeminencia de la idea moderna del derecho subjetivo: el privilegio del derecho subjetivo sobre los deberes[102].

En HABERMAS, cualquier orden normativo jurídico requiere un «acto de autoconstitución»[103], que sería evidente cuando, como en la Unión Europea, existe una «soberanía compartida»[104] y, según creo, en la institucionalización de la comunidad internacional mediante amenazas de sanción, que induzcan a sus miembros a respetar el derecho, como sucede en el caso de la proscripción de la guerra de agresión en la Carta de Naciones Unidas[105]. GÜNTHER subraya aquí un aspecto crucial en cualquier orden normativo para HABERMAS y que es decisivo en aquella institucionalización: la exigencia de personas que pueden comprender y seguir las normas, y que están en condiciones de ser hechos responsables por infringirlas[106], en el sentido en que lo entiende Lon FULLER[107]. Por esa razón, una comunidad cosmopolita como comunidad de individuos sólo es posible si «se fundamenta para ellos la pertenencia no mediatizada a la asociación de ciudadanos del mundo libres e iguales»[108] y «la consecuencia más importante de un derecho que trasciende la soberanía de los Estados es la responsabilidad penal de personas individuales por crímenes cometidos al servicio del Estado y en la guerra»[109]. No es irrelevante quen estas afirmaciones de HABERMAS pretendan responder a la crítica al cosmopolitismo de Carl SCHMITT, en su comentario al *Précis de droit des gens* de SCELLE[110], a quien acusa de moverse entre los polos individualismo y

[100] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 301.

[101] No utilizo de forma intencional la expresión «ordenamiento jurídico»/«orden jurídico», que entiendo reservada, no a un complejo de normas, sino de relaciones jurídicas reguladas por las normas, en el sentido de HERVADA, *Lecciones propedeúticas de Filosofía del Derecho*, 2000, p. 410.

[102] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 312. La inmigración, en una sociedad cosmopolita, es un ejemplo: del derecho cosmopolita derivan deberes jurídicos, tanto para quienes llegan a un territorio que no es originariamente el suyo, como para quienes residen en ese territorio. Por esa razón, REINHARDT asienta la ciudadanía cosmopolita sobre dos pilares fundamentales en KANT: el derecho a la hospitalidad y el deber de evitar hostilidades (REINHARDT, *Migration und Weltbürgerrecht. Zur Aktualität eines Theoriestücks der politischen Philosophie Kants*, 2019, respectivamente, pp. 109 ss., 124 ss).

[103] HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 1992, p. 668.

[104] HABERMAS, «Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen», *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 167 ss., 183. No obstante, reconoce en la Unión Europea «una democracia transnacional sin autorización para decisiones últimas», con la visión de la nacionalidad «intencional» y «artificial (no natural)» (HABERMAS, *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 174 ss.),

[105] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 302.

[106] GÜNTHER, «Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft», *Kritische Justiz*, (49-3), 2016, p. 328.

[107] FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 162. Esta precisión de GÜNTHER no ignora que las exigencias de una concepción de «la comunidad de naciones y del Estado cosmopolita»no son sólo, institucionalización y de la asociación de «ciudadanos del mundo», sino también una «revisión de los conceptos básicos, necesaria en vista del carácter cambiante de las relaciones interestatales y la restricción normativa del ámbito de acción de los estados soberanos» (HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 305). Pero, según creo, entiende esta revisión de conceptos básicos estaría condicionada por la concepción de sujetos en el orden normativo que se señala en el texto

[108] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 303.

[109] HABERMAS, *KJ*, (28-3), 1995, p. 304.

[110] El comentario es sobre el *Précis de droit des gens*, que, en dos volúmenes, publicó Georges SCELLE en 1932 y 1934 respectivamente en Recueil Sirey, París, y reimpreso por Dalloz en 2008. Ya antes (también antes de los Tratados

universalismo, de modo que el individuo es directamente miembro de la comunidad internacional, pues «todo individuo es simultáneamente ciudadano cosmopolita (en el pleno sentido de la palabra) y ciudadano de un Estado»[111].

GÜNTHER da un paso en esta dirección, y concreta la idea de soberanía –como soberanía «compartida»– en su vinculación con los derechos fundamentales y su protección como presupuesto del derecho penal internacional: en una «asociación cosmopolita» de destinatarios de las normas, en su doble rol de ciudadanos de un estado nacional y de sujetos titulares de derechos fundamentales, la soberanía estatal implica la responsabilidad sobre la protección de los derechos fundamentales; en caso de que fuese necesaria, sobre esta base se justificaría la intervención humanitaria de la comunidad de los Estados; y, en caso de una infracción «masiva» de esos derechos, explicaría la aplicación de los tipos del derecho penal internacional[112].

No puede negarse a HABERMAS y a GÜNTHER el mérito de renovación –y, por ello, de actualización– del cosmopolitimo kantiano; pero la cuestión es si esta visión, que sitúa en el centro de atención en la protección de los derechos, es resistente a la crítica hegeliana y, en los términos ya expresados, trasciende la soberanía estatal. El problema ha sido intuido por Ulrich BECK, cuando aboga por un «cosmopolitismo metodológico» para la sociología[113], porque su enfoque es «de arriba hacia abajo»[114]: en el «acto de autoconstitución» de la comunidad internacional, que quiere reconocerse en la Organización de Naciones Unidas o la Unión Europea, los actores son los Estados. Que las bases de ese acto se asienten en el reconocimiento o la protección de derechos humanos no significa que los sujetos de esas organizaciones internacionales sean los individuos; por el contrario, quienes las componen son los Estados, y son los Estados quienes, de ese modo, constituyen a sus ciudadanos en destinatarios de las normas. En una constitución «desde arriba», el ciudadano no puede ser sujeto del «acto de constitución»; y si no lo es, su posición no va más allá que la del sujeto de protección. GÜNTHER, en un intento –sin duda, brillante– de salvar una posición de destinatario de las normas, pretende una constitución de «abajo hacia arriba», en dos precisamente en función de las consecuencias[115]; pero ni la intervención humanitaria ni la sanción penal en los casos de lesiones masivas de los derechos humanos se explican sin el acto constitutivo en el que intervienen los Estados ejerciendo su poder soberano. La soberanía «compartida» depende de un acto constitutivo, y la universalidad del reconocimiento de los derechos humanos puede encontrarse detrás de estas consecuencias sólo si previamente existen actos estatales y, si proceden de organizaciones internacionales, únicamente porque hay Estados soberanos que las constituyen.

4.3. Sujeto del derecho internacional como sujeto de una guerra justa en FABRE (desde el estado de naturaleza en LOCKE).

---

de Locarno de 1925), SCELLE había abogado por una federación internacional con carácter universal como garantía de la paz, en SCELLE, «Die mögliche und wünschenswerte Entwicklung des Völkerbundes», *Die Friedens-Warte,* (23-7/8), 1923, pp. 233 ss.

[111] SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 4.ª ed., 2003 (1.ª ed., 1938), pp. 21-22.

[112] GÜNTHER, *KJ*, (49-3), 2016, pp. 333-334.

[113] BECK, «Redefining the Sociological Project: The Cosmopolitan Challenge», *Sociology*, (46-1), 2012, p. 7.

[114] BECK, *Sociology*, (46-1), 2012, p. 12.

[115] GÜNTHER alude afirma la estabilización de la vigencia de los derechos humanos mediante la sanción penal de quienes detentan el poder público en una nación y establecen un derecho contrario a esos derechos (GÜNTHER, *KJ*, (49-3), 2016, p. 334).

También la cuestión del sujeto del Derecho internacional ha sido abordada por Cecille FABRE en una perspectiva novedosa: es sujeto del Derecho internacional quién puede desencadenar una guerra justa, y en este punto adquiere relevancia el individuo, como «unidad fundamental de la preocupación moral» en la perspectiva de las relaciones internacionales[116]. FABRE quiere ver un punto de partida de su tesis en la doctrina tradicional del Derecho internacional, y aquí no le falta razón: sin duda, en SAN AGUSTÍN, en SANTO TOMÁS DE AQUINO y en PUFENDORF está presente, como exigencia de una guerra justa, que quien la declara o decide iniciarla (*ius ad bellum*) ha de ser una autoridad legítima[117]. Por tanto, es autoridad legítima quien ha de juzgar si ciertos interese están amenazados y, en consecuencia, quien puede decidir si se da esa situación excepcional en la que, por ejemplo, matar no será un delito[118]. FABRE, en esta perspectiva, entiende no sólo que tal posibilidad puede existir en ciertas organizaciones internacionales, sino también otras personas o grupos, tal como lo demostrarían las denominadas guerras de liberación, de las que se ha predicado la justificación propia de una guerra justa[119]. En ese contexto cosmopolita, no es coherente la restricción de la exigencia de autoridad legítima –entendida como autoridad política legítima– para el inicio de una guerra justa, pues esta facultad debería reconocerse a individuos y grupos de individuos, y no restringirse a organizaciones políticas con la capacidad de crear e imponer leyes en un determinado territorio[120].

Pero es claro que FABRE se inspira, explícitamente, en John LOCKE[121], y fundamentalmente en la afirmación de que «los individuos que actúan solos tienen el derecho de ir a la guerra contra beligerantes extranjeros ilegales». LOCKE, tras diferenciar el estado de naturaleza y el estado de guerra[122], afirma de inmediato: «y es la falta de ésta (de "*no common superior*") una apelación que da a un hombre el derecho a la guerra incluso contra un agresor, aunque éste esté en sociedad y sea un súbdito». El fin del párrafo es determinante: «la falta de un juez común con autoridad pone

---

[116] FABRE, «Cosmopolitanism, Just War Theory and Legitimate Authority», *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 963 ss. El punto de partida de FABRE se encuentra en unos principios éticos del cosmopolitismo moderno de las ultimas décadas: «a) los individuos son las unidades fundamentales de la preocupación moral y deben ser considerados moralmente iguales entre sí; b) cualesquiera sean los derechos y privilegios que tengan los Estados, sólo los tienen en la medida en que sirvan a los intereses fundamentales de los individuos; c) los Estados no tienen una obligación mayor de respetar los derechos fundamentales de sus propios miembros individuales que de respetar los derechos fundamentales de los extranjeros» (p. 964)

[117] FABRE, *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 967-968. SANTO TOMÁS DE AQUINO -que recoge la doctrina de SAN AGUSTÍN, es fuente directa de la que parte VITORIA y, seguramente, fuente indirecta de PUFENDORF y GROCIO- indica las notas esenciales de la guerra justa: la autoridad del príncipe bajo cuyo mandato se hace la guerra, porque a él le compete la defensa del bien común; la causa justa, que supone que los atacados lo merezcan por alguna causa; y que sea recta la intención de los contendientes, lo que supone la intención de promover el bien o a evitar el mal. Autoridad legítima y guerra justa son, sin duda, elementos propios del inicio de la guerra, e interdependientes: la autoridad legítima es quien ha de ponderar las razones de la guerra justa a la hora de decidir si se desencadena (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 1954, II-II, q. 40, a. 1). Sobre los criterios en SUÁREZ, ROMMEN, *Die Staatslehre des Franz Suarez SJ*, 1926, p. 297.

[118] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, p. 968.

[119] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, p. 968. El concepto de «guerras de liberación» aparece en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

[120] FABRE, *International Affairs,* (84-5), 2008, pp. 968-969, 975.

[121] FABRE, *International Affairs*, (84-5), 2008, p. 965.

[122] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 19, p. 280: «Men living together according to reason without a common superior on earth, with authority to judge between them, is properly the state of Nature. But force, or a declared design of force upon the person of another, where there is no common superior on earth to appeal to for relief, is the state of war»; «and it is the want of such an appeal gives a man the right of war even against an aggressor, though he be in society and a fellow-subject».

a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza sin derecho sobre la persona de un hombre crea un estado de guerra tanto donde hay, como donde no hay, un juez común»[123]. Quedaría entonces pendiente el problema de la decisión sobre si se puede o no comenzar una guerra, y LOCKE la resuelve en el último apartado del capítulo: la cuestión de quién ha de juzgar si otro se ha puesto en estado de guerra contra mí, cuando no hay un juez común, sólo puede resolverse apelando al cielo, y «de eso yo solo puedo juzgar en mi propia conciencia, como responderé en el gran día al Juez Supremo de todos los hombres»[124]. Aquí se muestra una perspectiva diferente: el cosmopolitismo no es sino la ausencia de fronteras entre estado de naturaleza y estado civil de individuos y Estados. O, dicho en otras palabras: en LOCKE, el estado de guerra lo es en la medida que pone en riesgo a individuos y, por eso, existe también cuando afecta a comunidades de individuos.

En cualquier caso, creo que el intento de FABRE debe ser sometido a una crítica sobre su propio fundamento en LOCKE. En LOCKE, el estado de paz entre Estados es, en realidad, estado de naturaleza, y los acuerdos que se conforman entre Estados, que constituyen una prevención de la guerra, son «men living together according to reason without a common superior on earth», donde la conformidad a la razón es la única limitación, que, por cierto, puede romperse en el estado de guerra. LOCKE representa, en este punto, lo opuesto a KANT, para quien la paz, como se indicó, es consecuencia de la sujeción a un «estado jurídico-internacional», paralelo al «estado jurídico-civil» de los ciudadanos; y esta oposición se traduce en la imposibilidad de reconocer, una vez en estado de guerra, derechos y deberes y, por tanto, de ser sujeto de derecho en sentido estricto, e incluso de imponerle obligaciones y límites en las acciones de guerra. Lo determinante aquí es el estado de naturaleza, donde no hay posibilidad de reconocimiento de las exigencias de la guerra justa, porque sin autoridad legítima quedan invalidadas las demás; pero, sobre todo y en lo que ahora es de interés, el reconocimiento a individuos o a grupos de individuos de la facultad de declarar la guerra justa no supone declararlos destinatarios de norma alguna, porque ésta no existe en estado de naturaleza.

Pero, por otro lado, tampoco creo que FABRE, pese a la originalidad del planteamiento, logre escapar a la crítica hegeliana que devuelve siempre la pregunta sobre el destinatario de la norma a la soberanía estatal: amplía el sujeto a soberanos «impropios» sobre la base de la idea de autoridad legítima; pero esta ampliación sobre la idea de la «autoridad legítima» es consecuencia –y no presupuesto, a diferencia de la doctrina en el derecho natural clásico– de la teoría de la guerra justa. Las «guerras de liberación» son, en los términos del Derecho internacional, conflictos bélicos en los que una parte se enfrenta a «la dominación colonial», a «la ocupación extranjera» o a un «régimen racista»[125], y la otra parte en conflicto es el gobierno del Estado que coloniza, que ocupa el territorio extranjero o que rige en el régimen racista[126].

[123] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 19, p. 280.

[124] LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, 1988, lib. II, cap. III, § 21, p. 282.

[125] En ese sentido, el ya citado Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, en su art. 1.4: «conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación».

[126] En todo caso, independientemente de que sea reconocido o no por la parte adversa. Cfr. el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 de 8 de junio de 1977, art. 43.1: «Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa». En mi intento de trasladar estas definiciones a las categorías de la «guerra de liberación» a las de la doctrina de la guerra justa, veo necesario proponer una

Sin embargo, pese a que FABRE acudía, en este punto, a la doctrina clásica de la guerra, la cuestión, cuando se abarca este concepto moderno de «guerras de liberación» en Santo Tomás de AQUINO, VITORIA o SUÁREZ, no es simplemente de guerra justa, sino que se ha de trasladar –porque es el marco de discusión sobre la justicia de la guerra– a otro ámbito: la resistencia contra el tirano. Sin embargo, en este punto, el principio de que la destitución del tirano procede por quien está instituido en autoridad pública[127] y sólo encuentra justificación en casos excepcionales[128], donde, de forma todavía más clara, la legitimación para acabar con la vida del tirano se justifica como una acción de defensa[129].

La tesis del tiranicidio abre, sin embargo, una nueva perspectiva, especialmente si se atiende a algunas reflexiones de VITORIA, quien, sin modificar sustancialmente los términos de SANTO TOMÁS DE AQUINO, añade la idea de guerra cuando se trata de combatir al usurpador: «la *res publica* puede hacer la guerra contra el tirano para defenderse de él; pero ya está en guerra con él, y todavía no ha terminado: luego, mientras dure esa guerra, es lícito a cualquier persona privada matarlo. Y no lo mata por autoridad privada, sino pública, porque la guerra no ha terminado»[130]. Si la reacción frente al tirano que ha usurpado el poder es una guerra, es una guerra justa, y ésta es la razón por la que cualquier persona privada puede matar al tirano, pero porque su acción lo es de defensa de la comunidad política frente al usurpador y no como una acción a título particular. La cuestión es, entonces, si de esa forma puede explicarse también también la sujeción directa a leyes penales.

5. Proscripción de la tiranía y destinatorio de la norma

5.1. *bellum contra tyrannum*

matización a la «ocupación extranjera» del art. 1.4 del Protocolo I: si quien se enfrenta a la ocupación es la autoridad que regía en ese territorio, el problema no se plantea como tal, porque un cae fuera del concepto general de guerra justa en la defensa contra el invasor.

[127] SANTO TOMÁS DE AQUINO mantiene que la perturbación de una tiranía no es sedición, porque el tirano gobierna según su interés particular, a no ser que «se altere de modo tan desordenado el gobierno del tirano (*quando sic inordinate perturbatur tyranni régimen*) que la multitud sometida sufra un perjuicio mayor por la perturbación consiguiente que por el propio régimen tiránico» (*Summa Theologiae*, 1954, II-II, q. 42, a. 2, ad 3). Por esa razón, afirma que «parece que más se debe proceder contra la crueldad de ellos por autoridad pública, que por presunción particular» (*De regno*, 1954, lib. I, cap. VI); o, lo que es lo mismo: sólo por quien está constituido en autoridad, con la única excepción del tirano *secundum régimen et titulu* y no por sujetos particulares. Esta distinción es admitida también por VITORIA (*Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, 1933, sobre q. 64, a. 3, n. 5, p. 287).

[128] Los casos que prevé expresamente son dos: «si de derecho pertenece al pueblo el elegir Rey», donde «puede justamente deponer el que habrá instituido y refrenar su potestad, si usa mal y tiránicamente del poderío real»; y «si perteneciese al derecho de algún superior el proveer de Rey a algún pueblo, se ha de esperar de él el remedio contra la maldad de los tiranos» (SANTO TOMÁS DE AQUINO*, De regno*, 1954, lib. I, cap. VI).

[129] La justificación del tiranicidio, en SANTO TOMÁS DE AQUINO, es también excepcional, y se refiere al tirano que ha usurpado el poder. En los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo, a la justificación de Cicerón en relación con la muerte de Julio César, «por haber usurpado, como un tirano, los derechos del imperio (*qui quasi tyrannus jura imperii usurpaverat*)», responde que «Tulio se refiere al caso en que alguien se arroga el poder mediante la violencia, contra la voluntad de sus súbditos o incluso habiéndolos forzado a prestar su consentimiento, y cuando no existe recurso alguno a una autoridad superior ante la cual pueda juzgarse al usurpador; entonces, quien mata al tirano para liberar a la patria es alabado y recibe una recompensa» (*Super Sent.*, lib. 2, d. 44, q. 2, a. 2, ad 5). Aclaro que SANTO TOMÁS DE AQUINO se refiere a Cicerón como Tullius (Tulio).

[130] VITORIA, *Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 64, a. 3), p. 287: «Patet, quia respublica potest gerere bellum contra tyrannum ut defendat se ab illo; sed iam habet bellum cum illo, et nondum est finitum: ergo durante illo bello licet cuicumque privato homini occidere illum».

La respuesta a la cuestión precedente requiere, en primer lugar, una mirada a los tipos penales de crímenes internacionales, entendidos como grupos de casos que deberían ser castigados, y cuya división general -sin incidir en aspectos discutibles de la técnica legislativa del Estatuto de Roma (en adelante, ER), como algunos solapamientos de las diversas conductas típicas o las condiciones de procedibilidad que afectan especialmente al crimen de agresión- parece razonable desde el derecho natural clásico. También PASTOR MUÑOZ, aunque en la perspectiva del principio de legalidad en la aplicación del derecho por la Corte penal internacional, ha propuesto una fundamentación sobre bases del derecho natural[131]. En todo caso, crimen de agresión (art. 8 bis ER) o crímenes de guerra (art. 8 ER) son, en realidad, infracciones sustanciales y graves de las normas de *ius ad bellum* y de *ius in bello* que el derecho natural clásico enmarcaba dentro de la doctrina de la guerra justa y, por tanto, normas de ius cogens –en el sentido de SUÁREZ– cuyo destinatario es todo sujeto individual.

La dificultad para encuadrar los crímenes de genocidio (art. 6 ER) o de lesa humanidad (art. 7 ER) queda resuelta, a mi juicio, de forma indirecta: el desarrollo de la doctrina de la guerra justa hacia el *bellum contra tyrannum* puede solventar la cuestión. Las tesis sobre la deposición y muerte del tirano en el derecho natural clásico son, salvo algunos matices, bastante homogéneas[132], y en los términos de la guerra justa las expresa VITORIA: cuando el tirano lo es *propter defectum tituli*, la guerra para combatir deposición sería lícita si es «en utilidad de la *res publica*, y sin sedición ni peligro para la *res publica*, y habiendo esperanza acerca de la muerte del tirano»[133]. Se trata de una guerra justa porque lo es frente al tirano que ha usurpado el poder: la proscripción de la usurpación tiránica del poder es, por tanto, una norma universal, y la usurpación del poder por el tirano es una agresión a la comunidad política que autoriza una defensa con los límites que marca

[131] PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can and Should be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivistic Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 381 ss. Entiendo que la perspectiva es diferente, porque PASTOR MUÑOZ aborda el problema la cuestión desde el principio de legalidad y no desde la legitimación material de la sanción penal de las conductas o desde el problema del destinatario de las normas; pero su tesis, precisamente desarrollada a partir de la «fórmula de Radbruch», encuentra su fundamento en el derecho natural en la aceptación de límites externos de la ley penal derivados del derecho natural (dignidad de la persona y verdad, de acuerdo con la idea de SILVA SÁNCHEZ, en pp. 398-399), y en el rechazo de un «paradigma de relativismo absoluto» en la definición de la ley suprapositiva que debería considerarse en la aplicación de la fórmula (p. 399).

[132] Dejo de lado el debate en relación con las tesis de MARIANA, *De rege et regis institutione*, 1611 (reimp. de la 2.ª ed., 1605; 1.ª ed., 1599) de quien siempre se ha defendido una mayor radicalidad en este aspecto, aunque no debería descontextualizarse del contexto histórico: la general convicción de que sus tesis, en las que proponía como ejemplo el regicidio de Enrique III de Francia (en las primeras ediciones, se citaba el nombre de Jacques Clement, el autor de los hechos: «*Iacobus Clemens nomine,(...), in sui ordinis Dominicano collegio theologiae operam dabat: cum cognito a theologis, quos erat circumspectatus, tyrannum iure interimipi posse*», *De rege et regis*, p. 53), hubieran sido base para el regicidio de Enrique IV, muy próximo en el tiempo y posterior a la publicación y difusión en Europa de *De regis* (FONT OPORTO, «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, (44), 2017, pp. 13 ss.). Más allá de esta valoración, lo cierto es que, cuando MARIANA amplía la posibilidad de muerte del tirano *ex parte exercitii*, lo hace al afirmar que el tirano con justo título que no ha depuesto su actitus pese a ser amonestado («*monendus in primis princeps erit atque ad sanitatem revocandus*»), pasa a ser un enemigo público que puede ser pasado por la espada («*principem publicum hostem declaratum ferro perimere*») y, por tanto, un usurpador (*De rege et regis*, pp. 59-60). Por tanto, no modifica las bases del juicio (tiranicidio del usurpador), sino la valoración (también es usurpador quien desoye la justa amonestación).

[133] Francisco de VITORIA*, Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 64, a. 3), p. 287, sobre esta limitación: «Dico ultimo, quod nihilominus est periculosum quod fiat sine tumultu et sine eo quod vergeret in damnum reipublicae. Unde opertet quod, omnibus pensatis, fiat, pensato commodo reipublicae, et sine seditione et periculo reipublicae, et habita spe de nece tyranni».

la propia subsistencia pacífica de quien puede defenderse, que es la comunidad, más allá de que la acción concreta pueda realizarse por un sujeto individual[134].

En esta perspectiva, proscripción de la tiranía (con el límite de la usurpación) y defensa de la *res publica* (con el límite del riesgo para su subsistencia y, por tanto, de la sedición) se fundan en el derecho natural, cuyo carácter vinculante no depende de su reconocimiento positivo. Por ello implican una norma dirigida al sujeto individual a quien prohíbe constituirse en tirano a la vez que habilita a su destitución, incluso con el uso de la fuerza. Cuándo la destitución del tirano no sólo implica una acción individual, sino comporta el riesgo de una guerra, es una pregunta que guarda relación con sus límites, porque sólo dentro de ellos puede afirmarse la guerra justa.

1ª La primera cuestión requiere –frente a lo sostenido por FABRE– una separación entre la autoridad legítima para el inicio de la guerra y el destinatario de la proscripción de la tiranía, aunque la relación es ineludible: el tirano infringe la norma –no sólo por la usurpación, sino por el ejercicio tiránico del poder– y, por esa razón, está sujeto a ser destituido; en la medida que oponga resistencia, la destitución puede suponer una guerra, que sólo es justa si no constituye una sedición y, por tanto, si quien la inicia puede considerarse instituido en autoridad[135].

2ª La segunda cuestión afecta a la definición del destinatario: la norma, como proposición prescriptiva , no se dirige únicamente hacia quien ejerce el poder (al tirano). Precisamente, lo que, en principio, aparece como una restricción (la deposición es posible en el tirano que usurpa por la fuerza el poder) muestra que la norma, que lo es de derecho natural, no tiene una limitación en los sujetos y vincula a todo sujeto individual, a quien prohíbe la usurpación.

3ª La tercera cuestión ha de referirse a la extensión de los destinatarios: cómo puede extenderse la legitimación de la fuerza más allá del propio tirano y frente a quienes colaboran en el ejercicio tiránico del poder. Una respuesta positiva deriva, precisamente, del derecho natural de defensa frente a cualquier tirano, también a quien gobierna en virtud de un título legítimo, pero ejerce el poder de forma tiránica[136]: que, sin usurpación, se restrinja la posibilidad de destitución, no niega la existencia de la norma que proscribe formas tiránicas del ejercicio del poder, puesto que son consideradas agresiones que fundamentarían la defensa.

A mi juicio, la justificación del *bellum contra tyrannum* proporciona, en la perspectiva del derecho natural, un fundamento para la vinculación individual a la norma en la perspectiva del Derecho penal internacional, siempre que la infracción de normas esenciales que constituyen los crímenes internacionales se identifique con el significado del ejercicio tiránico del poder: si la resistencia al tirano puede justificar la resistencia de los súbditos, y en ocasiones la destutuciñon

[134] La acción individual es, por tanto, un ejercicio del derecho de resistencia, que la doctrina alemana reconoce, desde su positivización constitucional en el art. 20.4 GG («Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist», como una causa de justificación en el derecho penal, pero precisamente con estos límites: se dirige contra una intervención que pretende la eliminación del orden constitucional; y con la imposibilidad de acudir a otro recurso. Cfr. GUSY, «Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes», en BEMMANN/MANOLEDAKIS (eds.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates: Griech.-Dt. Symposion für Strafrecht u. Verfassungsrecht*, 1986, pp. 47-50.

[135] Esta delimitación de las exigencias de la destitución mediante una guerra, que deriva de la posibilidad de vinculación de sujetos individuales a la norma que proscribe la tiranía, niega una identificación sin matices entre guerra justa y «guerra de liberación», a la que alude FABRE, y a la que ya me he referido anteriormente.

[136] Francisco de VITORIA, *Comentarios a la secunda secundae* (sobre q. 105, a. 2; sobre la retención del derecho natural a defenderse, sobre q. 64, a. 3, n. 5).

del tirano y hasta su muerte, y si cabe una guerra justa contra el tirano, éste queda sujeto al castigo por los hechos concretos –las «graves injusticias»– que constituyen el proceder de la tiranía.

La pregunta sobre quién ha de castigarlos surge de inmediato. Lo cierto es que la doctrina clásica restringe a los propios súbditos –con carácter general, como se ha indicado, a quienes están instituidos como alguna autoridad– la posibilidad de resistencia y, por tanto, a quienes forman parte de la propia comunidad política que ha estado sujeta a la tiranía[137]. Son, por tanto, los jueces de esa comunidad política quienes han de juzgar al tirano, a quienes infringieron esas normas esenciales ¿Qué legitima entonces un enjuiciamiento internacional? En primera instancia, desde luego, no hay legitimación posible. Tal vez éste es el punto en que la respuesta del Estatuto de Roma, cuando atribuye a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional un carácter complementario de las jurisdicciones de los Estados, expresa acertadamente su legitimación. De hecho, la Corte aplica derecho de los Estados, no sólo por un visión monista en la que el tratado internacional ratificado se convierte en derecho nacional, porque eso sería insuficiente para garantizar las obligaciones adquiridas en el propio Estatuto. El hecho de que la jurisdicción sea complementaria respecto a la de las jurisdicciones nacionales, tal como se define en el art. 1 ER y se desarrolla en el art. 17 ER, presupone este principio: son los jueces del Estado quienes tienen la competencia originaria para enjuiciar los hechos.

Cuestión diferente es la fundamentación de este carácter complementario, que no puede ser explicado por razones meramente prácticas. Interés moral en la persecución y «justicia natural», en los términos definidos por LUBAN, son los presupuestos de legitimación del castigo por un tribunal internacional. Pero este interés moral se ha de remitir, necesariamente, a una comunidad internacional: la «justicia natural» en la respuesta penal, que no es otra cosa que la la justicia de los castigos y del proceso por el que se impone, y el interés moral, requieren la remisión al *ius gentium* en el sentido del derecho natural clásico, como derivación de los primeros principios[138], y muy especialmente en el sentido desarrollado por SUÁREZ: el *ius gentium* está referido a relaciones jurídicas de Derecho internacional privado y de Derecho internacional público, de modo que no puede ser exclusivamente un derecho entre Estados, sino que afecta a las personas que forma parte de las distintas comunidades políticas; y el propio *ius gentium* limita la soberanía de los Estados, que sólo es suprema *in suo ordine.* Por esa razón, y aunque el poder de juzgar al tirano es de los jueces de cada Estado (en la medida que es un poder *in suo ordine),* no hace imposible el enjuiciamiento desde fuera del Estado, cuando converge el interés de la *comunitas gentium*.

Sin embargo, no todos los problemas quedan resueltos: la concurrencia de la responsabilidad de sujetos individuales con la responsabilidad del Estado puede condicionar de forma particular la responsabilidad individual, porque no puede olvidarse que las decisiones de las que deriva la responsabilidad estatal son adoptadas por sujetos individuales[139], y porque el peso de las

[137] Esto resulta evidente en el derecho de resistencia reconocido en la Ley Fundamental de Bonn: como indica JAKOBS, su positivización en la GG limita el derecho a los alemanes –no a los extranjeros, aunque sí se extiende a quienes tienen la autorización para el uso de la fuerza, como la policía y las fuerzas armadas– y a la defensa del orden constitucional alemán (JAKOBS, *AT*, 1991, nm. 15/14).

[138] FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., 2011, p. 296 (notas al capítulo X.7), donde desarrolla a SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologiae*, 1954, I-II, q. 95, a. 4 ad. 1 y II-II, q. 57, a. 3 ad 3).

[139] Esto resulta más que evidente en el caso que suele citarse como punto de arranque de la responsabilidad individual en el Derecho penal internacional: la acusación contra el Kaiser, en el art. 227 del Tratado de Versalles,

relaciones de poder dentro del Estado –que no puede considerarse siempre y sin más irrelevante– podría tener un efecto de selección sobre los hechos y los sujetos que con perseguidos y castigados.

5.2. Una dimensión vertical: concurrencia de responsabilidad estatal y responsabilidad individual

Cualquier lectura histórica de la conformación del Derecho penal internacional pone su acento en la responsabilidad individual: desde la propuesta de Moynier, a la que ya he hecho referencia, y que se centraba en la constitución de tribunales ad hoc para cada conflicto bélico, pasando por las exigencias de responsabilidad individual derivadas del Tratado de Versalles y que afectaban de forma especial al inicio de la guerra y a su imputación al Kaiser (por tanto, a lo que hoy llamaríamos crimen de agresión) y a los juicios de Nuremberg y Tokio, con la adición de los crímenes contra la Humanidad. Pero esto debe ser sometido a un análisis crítico: es discutible que, con carácter previo al reconocimiento de la responsabilidad penal individual en el Derecho penal internacional, estuviera claramente definida la responsabilidad de los Estados por los crímenes internacionales.

En mi opinión, las bases de la responsabilidad estatal por crímenes internacionales no estaban asentadas de forma previa a las propuestas de tribunales penales internacionales para personas individuales. Es más: el mismo Moynier justifica su idea del tribunal internacional ante el fracaso de una propuesta anterior[140], en la que apelaba a los estados a una tipificación de delitos fundados en infracciones esenciales del derecho de la guerra[141] –que hoy denominaríamos derecho humanitario bélico, y por la que cada estado castigaría a sus súbditos– y que, a su juicio, fue totalmente desoído: la evidencia de la escasa implicación de los estados («le peu d'empressement qu'ont montré la plupart des gouvernements a fair des lois») y el pronóstico negativo («rien fait prévoir que cette lacune doive être prochainement comblée») le llevan a la conclusión, sólo dos años más tarde, de la necesidad de un tribunal internacional que exija responsabilidad individual[142], tal como he indicado antes. Pero si los gobiernos de los Estados fueron reacios a la tipificación de delitos de guerra, era precisamente porque el Derecho internacional, tras la Convención de Ginebra, tampoco ofrecía ni los presupuestos ni las consecuencias requeridos cuando, en su ámbito, se hubieran cometido hechos que constituyesen infracciones de la Convención. La responsabilidad individual en el Derecho penal internacional aparece, en principio, como la única exigencia de responsabilidad real, lo que precisamente ha permitido que se deje de lado, al menos en parte, la responsabilidad de los Estados. Si se quiere superar esta situación, no hay otra alternativa que una consideración global de la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, entendiendo que la responsabilidad del Estado trasciende la individual de sus gobernantes y comprende, en los sistemas constitucionales modernos, una responsabilidad colectiva que, tal vez, no puede ser independiente de la responsabilidad moral de

por «offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités», con la previsón de un tribunal internacional formado por cinco jueces en representación de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. La ofensa a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados de la que era acusado era el inicio de la guerra y, por tanto, un crimen de agresión, del que se le responsabilizaba como sujeto individual.

[140] SEGESSER, «Plus pragmatique que visionnaire: Gustave Moynier, la guerre franco-prussienne et les infractions au droit de la guerre», *Revue d'histoire du XIXe siècle*, (60), 2020, pp. 172-173.

[141] MOYNIER, *Étude sur la Convention de Genève*, 1870, pp. 305-306.

[142] MOYNIER, *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, p. 125.

los individuos. La proposición de Karl JASPERS sobre una responsabilidad colectiva[143] sólo puede ser correctamente interpretada en su vinculación a la responsabilidad moral individual[144], porque, de otro modo, dejaría de considerarse lo que constituye una contribución, como interacción, a la «obra común»[145].

Si se distingue entre la responsabilidad *ex ante* (answerability) y la responsabilidad *ex post* (liability) en relación con la infracción de una norma, es ésta última la que interesa: cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la norma (*ex post*), y esto, ciertamente, se complica con la interacción de diferentes variables, que van desde la identificación del agente (Estados, individuos y/o organizaciones internacionales) al tipo de respuesta (reparación coercitiva, medidas de vigilancia o pena como castigo), lo que motiva la coexistencia de diferentes regímenes de responsabilidad[146]. Pero lo relevante en este momento es la responsabilidad penal –la pena como castigo– por crímenes internacionales. El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en relación con la responsabilidad de los Estados («Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts»), aprobado en 2001, no se refiere directamente a los crímenes internacionales, aunque evidentemente estos se integran entre los «wrongful acts» que generan responsabilidad; pero, en los proyectos previos, sí había sido contemplada como tal la «infracción de obligaciones internacionales que fueran esenciales para la protección de la comunidad internacional». Ciertamente, la inclusión de un requisito de reconocimiento del crimen por parte de la comunidad internacional añadía una cierta sofisticación al concepto, tal vez innecesaria[147]. Pero no es esto lo decisivo: el aspecto cardinal en el crimen internacional se encuentra, como se ha indicado, en las normas de ius cogens. Aunque no toda violación de normas de ius cogens supone un crimen internacional[148], los crímenes internacionales son siempre violaciones de las normas de ius cogens, porque lo son únicamente en la medida que infringen deberes que afectan a intereses esenciales de la comunidad internacional con eficacia erga omnes. Esta referencia a las normas de ius cogens como fuente no es irrelevante, y, como ha demostrado PASTOR MUÑOZ, condiciona necesariamente la configuración del principio de legalidad[149]. Pero, en cualquier modo, la imputación individual y la imputación a la organización estatal no se hayan desvinculadas, sino en una relación de reciprocidad[150]. De hecho, no es irracional plantear como hipótesis la necesidad de exigencia de responsabilidad estatal –o de los grupos que pueden ser considerados como agentes– y, por

[143] JASPERS, *Die Schuldfrage. Von der politischen Haftung Deutschlands*, 4.ª ed., 2020 (1.ª ed., 1946), pp. 57 ss.

[144] PÉREZ DEL VALLE, «Jaspers revisitado. Prolegómenos sobre la responsabilidad en Derecho penal internacional», en GARCÍA MOSQUERA/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal*, 2024, pp. 133 ss., 143.

[145] PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, 2016, p. 453.

[146] CRAWFORD/WATKINS, «International Responsibility», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, 2010, pp. 283 ss., 284.

[147] PELLET, «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *European Journal of International Law*, (10-2), 1999, pp. 425 ss., 428.

[148] ACOSTA ESTÉVEZ, «Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, (11), 1995, pp. 3 ss., 19, 22.

[149] PASTOR MUÑOZ, «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (104), 2018, pp. 455 ss., quien entiende, con razón, que una concepción del principio de legalidad que da entrada al derecho suprapositivo es menos problemática en tribunales internacionales que en los sistemas legales domésticos. También, PASTOR MUÑOZ, *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, p. 401.

[150] PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces*, 2016, p. 385.

tanto, se sancionen, cuando se han cometido crímenes previstos en el Estatuto o en los delitos contemplados en los Códigos penales nacionales como lesiones de las normas de la comunidad internacional.

En todo caso, para aceptar esta hipótesis es necesario contemplar también las consecuencias, puesto que «resulta imprescindible la existencia de mecanismos institucionalizados que, con criterios jurídicos, determinen cuándo existe un crimen internacional y qué sanciones son aplicables al mismo, como reacción de la comunidad internacional en su conjunto»[151]. Esta mirada a las consecuencias, si se considera la propia calificación del crimen como algo especialmente grave, y cualificado en relación con cualquier acto ilícito estatal en el Derecho internacional, ha de ser represiva: por tanto, no puede reducirse a la mera obligación de hacer cesar la situación ilícita o a la reparación, sino que ha de comprender sanciones[152]. Pero, aunque estas consecuencias no están previstas en ningún texto, ni siquiera puede hablarse de sanciones que pudieran ser aceptadas de acuerdo con la costumbre internacional.

5.3. Una dimensión horizontal: el carácter selectivo «interno» de la jurisdicción penal internacional

Con frecuencia, el sistema de jurisdicción penal internacional es criticado por su carácter selectivo, que se considera muy superior al que se manifiesta en los derechos penales nacionales[153]. Por lo general, se hace referencia a este carácter selectivo cuando se quiere llamar la atención sobre los casos en los que la Corte penal Internacional ha desarrollado procesos y, sobre todo, los ha completado, puesto que se trataría siempre de casos en los que «no eran de temerse costes políticos demasiado grandes» y o bien «después de la caída o la derrota militar del régimen responsable de la comisión de los crímenes», o bien cuando se trataba de Estados débiles[154], como en el caso de investigaciones que afectaban sustancialmente a países africanos. Una parte muy relevante de la doctrina considera que esta faceta es el «problema más sensible» del derecho penal internacional, precisamente porque quiere resaltar su «carácter pedagógico», y deja de lado esta aplicación selectiva cuando se refiere a que sólo «se juzga un puñado de personas» o «unos cuantos episodios emblemáticos»[155]. PASTOR lo señala de forma explícita: «dirige su acción únicamente contra los responsables de los hechos localizados en la cúspide de la jerarquía del aparato criminal enjuiciado»[156].

En efecto, las investigaciones y las decisiones de los tribunales internacionales renuncian, en cierto modo, a ser exhaustivas en la búsqueda de personas responsables, y se centran determinados sujetos cuya sanción penal, precisamente por su posición respecto de los hechos, adquiere una dimensión simbólica que se considera decisiva. Para distinguir entre estos dos aspectos de la aplicación selectiva del derecho penal internacional, puede denominarse a la primera, que hace referencia a la limitación referida a la denominada «justicia de los vencedores»

[151] CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, 1984, p. 162.

[152] ACOSTA ESTÉVEZ, *AEDI-XI*,1995, p. 2

[153] PASTOR, «Contradicciones actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, 2013, p. 58.

[154] WERLE/BURGHARDT, «El futuro del Derecho penal internacional», *Revista Penal*, (31), 2013, pp. 258 s.

[155] DAMAŠKA, «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review*, (83), 2008, pp. 360-361.

[156] PASTOR, en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, 2013, p. 58, nota 9.

o a la debilidad de los estados que se sujetan a la jurisdicción de la Corte, aplicación selectiva «externa», y a la que limita su eficacia a personas concretas con una posición simbólica determinante, aplicación selectiva «interna».

La diferencia entre la limitación «externa» y la limitación «interna» no es irrelevante: que la jurisdicción internacional aparezca como una justicia impuesta por quien ha vencido –evidentemente, cuando ha sido posterior a un conflicto bélico, como en el caso de Nuremberg o Tokio– o que sólo alcance a Estados más o menos débiles, puede ser comprendido como una mera limitación fáctica. La limitación «externa» –es decir, que condiciona al sistema penal desde el exterior– no deja de ser una «trivialidad criminológica», porque en cualquier persecución penal se agregan ciertas prácticas de selección que hacen que no sólo sea considerada la relevancia y el merecimiento penal del hecho[157], aunque entraña el riesgo de poner en cuestión algunos presupuestos de aplicación del Derecho penal internacional; pero lo importante no es si hay una limitación selectiva, sino qué limitación y en función de qué criterios se adopta[158]. Por eso, el carácter selectivo «externo» de la jurisdicción internacional en sentido propio puede suponer una deficiencia no deseable en su desarrollo y en su eficacia, e incluso puede llegar a poner en tela de juicio la razón de su propia existencia.

Sin embargo, el hecho de que la jurisdicción internacional, cuando se declara competente sobre un caso, limite su acción a ciertos dirigentes en función de su visibilidad, y deje de lado el juicio de otros responsables de los hechos que han colaborado con aquéllos, sólo puede ser entendido como una limitación normativa, que tiene una implicación conceptual y supone que la jurisdicción internacional tiene una naturaleza fundamentalmente simbólica. Esta limitación selectiva «interna», a la que hago referencia, puede mostrar incoherencia del sistema que se pretende construir: si todo individuo es destinatorio de las normas y la exigencia de responsabilidad penal individual es consecuencia primordial de esa premisa, carece de sentido la restricción de los responsables a quienes han desempeñado funciones directivas en los hechos que se juzgan. Pero, sobre todo, es incongruente la exclusión de cualquier proceso penal –desde luego, ante la jurisdicción internacional, y, de facto, también ante la jurisdicción nacional del Estado competente– de quienes han desempeñado tareas subordinadas en hechos cuya trascendencia no puede ser negada.

Con la alusión a un «derecho penal simbólico» no queda resuelto el problema, al menos en su acepción original, en tanto que sólo simula eficacia jurídica[159]. Aquí, simbólico significaría

[157] KÖLBEL, «Die dunkle Seite des Strafrechts: Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik», *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, pp. 257-258.

[158] No obstante, en ocasiones se define como reducción selectiva «externa» a algo que sólo de forma impropia puede ser considerado selección: la denuncia de un sesgo político-económico en la tipificación de crímenes internacionales, al apartar de su foco de atención delitos graves que afectan al mundo financiero o al medio ambiente (KÖLBEL, *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, p. 259; también BURCHARD, «(Völker-)Strafrecht im Zeichen der Erschütterung ordnungskonstitutiver Gewissheiten», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (103-2), 2020, p. 196). Este sesgo no es una selección sobre la aplicación del derecho penal internacional, sino sobre su propia constitución, y no es este problema el que ha de ser tratado ahora, porque las limitaciones constitutivas no implican selección en la persecución, sino delimitación de los grupos de casos que han de considerarse crímenes internacionales. En sentido estricto, hablar de carácter selectivo en estos últimos casos, más allá del debate sobre lo legítimo de las pretensiones, añade confusión a un terreno poco clarificado de por sí.

[159] HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (9-12), 1989, pp. 553 ss. Críticamente, en la medida que la justificación «simbólica» de ciertos tipos penales podría servir para ocultar determinados presupuestos dogmáticos, PETERS, «Symbolisches Strafrecht?», *Juristische Rundschau*, (8),

castigar sólo a quien tiene un inequívoco carácter representativo, y la quiebra de la igualdad ante la ley: se castiga a una figura cuya función en la infracción penal tiene un indiscutible papel representativo. La solución, necesariamente, ha de pasar por el enjuiciamiento de todos los responsables de un hecho, y aquí el carácter complementario de la jurisdicción internacional debería ofrecer ciertas garantías: sólo la exigencia a los Estados del enjuiciamiento ulterior de sujetos subordinados a quien fue juzgado por la Corte penal internacional mostraría coherencia en el sistema de sanción.

6. Conclusión

A mi juicio, estos obstáculos a la coherencia del sistema de Derecho penal internacional sólo pueden ser resueltos en un marco de discusión que contemple el sujeto como destinatario de normas y que tome en consideración los límites de la soberanía estatal como derivados de la propia naturaleza de la comunidad política. Creo haber mostrado, por una parte, que no es posible resolver la primera cuestión dejando de lado la cuestión de las fuentes y del destinatario de las normas en el Derecho internacional; y que tampoco es posible en la defensa de visiones cosmopolitas que no pueden superar el escollo de la soberanía estatal. Pero un sistema penal no puede ser meramente contractualista si no reconoce una soberanía ilimitada, porque no puede estar sujeto exclusivamente, en su fundamentación, a la voluntad de las partes que lo integran, porque la idea misma de la voluntad lo relativiza hasta cuestionar la idea del castigo. KANT lo percibió así desde un primer momento y asoció el derecho penal al imperativo categórico para salvar el contrato; y el mismo KANT, como he explicado antes, acudió al cosmopolitismo de una «federación de Estados» que, evidentemente, no podría construir un sistema penal más allá de lo convenido entre ellos y, por tanto, ausente de la nota esencial de la necesidad moral del castigo. Por eso GIERHAKE puede hablar de necesidad racional y no de necesidad moral, aunque la necesidad moral es, en mi opinión, necesidad de la razón práctica.

Mi propuesta, que apunta hacia una idea de bien común de la comunidad internacional, encuentra su base en la teoría de la guerra justa y, sobre todo, en el engarce de ésta con la de la destitución del tirano. En mi opinión, el pensamiento de SUÁREZ y, fundamentalmente de VITORIA –que trasladaban en este punto, con fidelidad, el pensamiento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, aunque la incidencia de VITORIA la que más se ha tomado en consideración– explica la relación entre sujeto y norma en el Derecho internacional, y los presupuestos de la infracción. Cuando la pena es una expresión del *bellum contra tyrannum*, porque la proscripción de la tiranía es la norma que se infringe, no sólo se establece fundamento para el castigo, sino que, también, quedan legitimadas las condiciones de su ejecución concreta. Es evidente que esto no es una garantía de acierto, porque es posible una inadecuada delimitación de lo que constituye la tiranía por parte de los sujetos que adoptan decisiones, que son los Estados; pero sin esta base, las deficiencias en su legitimación dificultan, aun con bienas intenciones, un desarrollo adecuado del Derecho penal internacional. No obstante, esto no es un intento de abrir un frente de debate que muy pocas veces ha sido frecuentado.

7. Bibliografía

ACOSTA ESTÉVEZ, «Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, (11), 1995, pp. 3-22.

2020, p. 419.

AMBOS, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, (68), 2013, pp. 5 ss.

———, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. por Malarino, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005.

VON BAR, «Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (6), 1912/1913, pp. 145 ss.

BASSIOUNI, «The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights», *The Yale Journal of World Public Order*, (9), 1982, pp. 193 ss.

BECK, «Redefining the Sociological Project: The Cosmopolitan Challenge», *Sociology*, (46-1), 2012, pp. 7-12.

BELING, «Wilhelm Kaufmann-Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältniß der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben (Rezension)», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (6(42)), 1900, pp. 280 ss.

———, *Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität: Beiträge zum Völkerrecht und zum Strafrecht*, Schletter (Franck & Weigert), Breslau, 1896.

BINDING, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1888.

BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, 6.ª ed., C. H. Beck, Nördlingen, 1878.

BOISTER, «Treaty Crimes, International Criminal Court?», *New Criminal Law Review*, (12-3), 2009, pp. 341 ss.

BURCHARD, «(Völker-)Strafrecht im Zeichen der Erschütterung ordnungskonstitutiver Gewissheiten», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (103-2), 2020, pp. 189 ss.

CARNAZZA AMARI, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace*, V. Maisner e Compagnia, Milano, 1875.

CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984.

CATHREIN, «Die Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (10), 1916, pp. 1 ss.

COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 2.ª ed., Bruno Cassirer, Berlin, 1910.

CRAWFORD/WATKINS, «International Responsibility», en BESSON/TASIOULAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 283-298.

DAMAŠKA, «What Is the Point of International Criminal Justice?», *Chicago-Kent Law Review*, (83), 2008, pp. 329 ss.

D'ORS, *De la guerra y de la paz*, Rialp, Madrid, 1954.

FABRE, «Cosmopolitanism, Just War Theory and Legitimate Authority», *International Affairs*, (84-5), 2008, pp. 963-976.

FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

FONT OPORTO, «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, (44), 2017, pp. 13 ss.

FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven/London, 1964.

GIERHAKE, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

GÜNTHER, «Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft», *Kritische Justiz*, (49-3), 2016, pp. 321 ss.

GUSY, «Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes», en BEMMANN/MANOLEDAKIS (eds.), *Der strafrechtliche Schutz des Staates: Griech.-Dt. Symposion für Strafrecht u. Verfassungsrecht*, Luchterhand, Hagen, 1986, pp. 45 ss.

HABERMAS, «Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen», *Der Staat*, (53-2), 2014, pp. 167 ss.

———, «Kants Idee des Ewigen Friedens - aus dem historischen Abstand von 200 Jahren», *Kritische Justiz*, (28-3), 1995, pp. 293 ss.

———, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

VON HARTMANN, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins: Prolegomena zu jeder künftigen Ethik*, Carl Duncker, Berlin, 1879.

———, «Princip und Zukunft des Völkerrechts», en *Gesammelte Studien und Aufsätze gemeinverständlichen Inhalts*, 3.ª ed., Carl Duncker, Berlin, 1876, pp. 121 ss.

HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (9-12), 1989, pp. 553-558.

HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 7.ª ed., ed. de Geffcken, E. H. Schroeder, Berlin, 1881.

———, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen*, E. H. Schroeder, Berlin, 1844.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970 (obra original de 1821).

———, *Wissenschaft der Logik*, t. I, 1812; t. II, 1816, Johann Leonhard Schrag, Nürnberg, 1812/1816.

HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000.

HRUSCHKA, «Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JuristenZeitung*, 2004, pp. 1085 ss.

IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024.

———, «El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica», *InDret Penal*, (1), 2021, pp. 229 ss.

JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991.

JASPERS, *Die Schuldfrage. Von der politischen Haftung Deutschlands*, 4.ª ed., Piper, München, 2020 (1.ª ed., 1946).

JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Freiburg im Breisgau, 1892.

———, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, A. Hölder, Wien, 1880.

KANT, «Pädagogik», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. IX, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 437 ss. (obra publicada en 1803, datada aproximadamente 1770-1780).

———, «Die Metaphysik der Sitten», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 203 ss. (obra de 1797).

———, «Zum ewigen Frieden», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 341 ss. (obra de 1795).

———, «Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VI, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 1 ss. (obra de 1793).

———, «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 273 ss. (obra de 1793).

———, «Kritik der Urteilskraft», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. V, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 165 ss. (obra de 1790).

———, «Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht», en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, t. VIII, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 15 ss. (obra de 1784).

———, «Aufsätze, das Philanthropin betreffend – Erster Aufsatz», en *Kants gesammelte Schriften*, t. II, Georg Reimer, Berlin, 1905, pp. 445 ss. (obra de 1776).

KAUFMANN, ERICH, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.

KAUFMANN, WILHELM, *Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältnis der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben*, F. Enke, Stuttgart, 1899.

KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1984.

KÖLBEL, «Die dunkle Seite des Strafrechts: Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik», *Neue Kriminalpolitik*, (31-3), 2019, pp. 249 ss.

LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, J. Guttentag, Berlin/Leipzig, 1882.

LEYVA, «Kant y el Cosmopolitismo en el debate contemporáneo», *Revista de Estudios Kantianos*, (8-2), 2023, pp. 505-527.

VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, O. Haering, Berlin, 1898.

LOCKE, *Two Treatises of Civil Government*, ed. de Laslett (1.ª ed., 1690 [1689]), Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

MARIANA, *De rege et regis institutione*, Typis Wechelianis, apud haeredes Ioannis Aubrii, Mainz/Hanau, 1611 (reimp. de la 2.ª ed., 1605; 1.ª ed., 1599).

MOYNIER, «Note sur la creation d'une institution judiciaire internationale propre a prevenir et a reprimer les infractions a la Convention de Geneve», *Bulletin international des societes de secours aux militaires blesses*, (11), 1872, pp. 122 ss.

———, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Joël Cherbuliez, Paris, 1870.

MÜNCH, «Wilhelm Kaufmann und der ursprüngliche Monismus», *Die Friedens-Warte*, (53), 1955/56, pp. 117 ss.

NIDA-RÜMELIN, «Zur Philosophie des Kosmopolitismus», *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, (13-2), 2006, pp. 231 ss.

NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2.ª ed., trad. por Böhmer, Siglo XXI, Buenos Aires, 2019.

———, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven, 1996.

OSTRITSCH, «Hegels Kritik des Kosmopolitismus», en VIEWEG/ZABEL/EICHENHOFER/KIRSTE/PAWLIK (eds.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 229 ss.

PASTOR, «Contradicciones actuales del Derecho penal internacional», en GIL GIL/MACULÁN (eds.), *Intervención delictiva en Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 55 ss.

PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can and Should be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivistic Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 381 ss.

———————, «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (104), 2018, pp. 455 ss.

PAWLIK, «Rezension-Katrin Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2006, pp. 49 ss.

PELLET, «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *European Journal of International Law*, (10-2), 1999, pp. 425 ss.

PEREIRA GARMENDIA, *Responsabilidad por los delitos atroces. Genocidio y lesa humanidad*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016.

PÉREZ DEL VALLE, «Jaspers revisitado. Prolegómenos sobre la responsabilidad en Derecho penal internacional», en GARCÍA MOSQUERA/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LUZÓN PEÑA (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal*, BOE, Madrid, 2024, pp. 133 ss.

———————, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en ZUGALDÍA/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 625 ss.

———————, «Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (eds.), *Liber amicorum. Derechos humanos y derecho penal. Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 323 ss.

———————, «Pœna forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría», *InDret*, (3), 2020, pp. 214 ss.

———————, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (27), 2019, pp. 629-647.

———————, «Zur rechtsphilosophische Begründung des Feindstrafrechts», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 515 ss.

PETERS, «Symbolisches Strafrecht?», *Juristische Rundschau*, (8), 2020, pp. 414-420.

POGGE, «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics*, (103), 1992, pp. 48 ss.

REINHARDT, *Migration und Weltbürgerrecht. Zur Aktualität eines Theoriestücks der politischen Philosophie Kants*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 2019.

ROMMEN, *Die Staatslehre des Franz Suarez SJ*, Volksvereins Verlag, Gladbach, 1926.

SCELLE, *Précis de droit des gens*, t. I-II, Dalloz, Paris, 2008 (reimp. de la edición de Recueil Sirey, 1932-1934).

———————, «Die mögliche und wünschenswerte Entwicklung des Völkerbundes», *Die Friedens-Warte*, (23-7/8), 1923, pp. 233 ss.

SCHMITT, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, 4.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (1.ª ed., 1938).

SCHOEN, «Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (8-3), 1915, pp. 287 ss.

SEGESSER, «Plus pragmatique que visionnaire: Gustave Moynier, la guerre franco-prussienne et les infractions au droit de la guerre», *Revue d'histoire du XIXe siècle*, (60), 2020, pp. 163 ss.

TOMÁS DE AQUINO, *De regno*, Corpus Thomisticum, Textum Taurini 1954 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/orp.html]. Traducciones contrastadas con *Del gobierno de los príncipes (De regimine principum)* [Disponible en: https://tomasdeaquino.org/del-gobierno-de-los-principes-de-regimine-principum/].

———, *Summa Theologiae*, Corpus Thomisticum, Textum Taurini 1954 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/sth0000.html]. Traducciones contrastadas con *Suma Teológica (edición bilingüe)* [Disponible en: https://tomasdeaquino.org/suma-teologica-bilingue/].

———, *Scriptum super Sententiis*, Corpus Thomisticum, Textum Parmae 1856 editum [Disponible en: https://www.corpusthomisticum.org/snp0001.html].

TOMUSCHAT, «Von Nürnberg nach Den Haag», *Die Friedens-Warte*, (70), 1995, pp. 143 ss.

TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899.

VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, t. V, qq. 89-140 (de iustitia et fortitudine), ed. de Beltrán de Heredia, San Esteban, Salamanca, 1935.

———, *Comentarios a la Secunda secundæ de Santo Tomás*, t. III, qq. 57-66 (de iure, de iustitia et aliis), ed. de Beltrán de Heredia, San Esteban, Salamanca, 1933.

WERLE, «Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109), 1997, pp. 808 ss.

WERLE/BURGHARDT, «El futuro del Derecho penal internacional», *Revista Penal*, (31), 2013, pp. 247-261.

InDret
4.2026

Sobre el concepto de imputación en Derecho penal

Ricardo Robles Planas
Universidad Pompeu Fabra

Sumario

«La imputación aparece por todas partes». Y precisamente por eso corre el riesgo de no significar nada. Este trabajo somete el concepto a prueba en tres lugares fundamentales donde la dogmática lo ha instalado: la teoría clásica de la imputación, la «imputación objetiva» y la «imputación subjetiva».

El balance es severo. De la teoría clásica solo cabe retener que imputar es atribuir un hecho a la libertad y no a causas externas al sujeto. La «imputación objetiva» no imputa: desvalora conductas y bautizarla como imputación oculta la pregunta decisiva, que es hasta dónde puede el Derecho limitar los espacios de libertad. Y la «imputación subjetiva» resulta prescindible en cuanto se toma en serio el carácter directivo de la norma: si no hay normas independientes del destinatario, la capacidad no es el puente que permite atribuir una infracción ya producida, sino condición de constitución de la norma misma. De ahí la distinción que aquí se propone en este último ámbito. La aptitud para ser destinatario de exigencias jurídicas condiciona la existencia de la norma; las circunstancias del sujeto en la posición que ocupaba determinan su contenido. Entre ambas se reparten las dos funciones que venía desempeñando la imputación subjetiva y no resta nada que imputar. También el dolo cambia de sitio: no fundamenta la infracción, la gradúa en el plano de la norma de sanción.

Abstract

«Imputation turns up everywhere». And for that very reason it risks meaning nothing at all. This article puts the concept to the test at three fundamental sites where criminal law doctrine has lodged it: the classical theory of imputation, "objective imputation" and "subjective imputation".

The verdict is severe. From the classical theory only one thing survives: that to impute is to attribute a deed to freedom and not to causes external to the agent. "Objective imputation" does not impute: it disapproves of conduct, and christening it imputation conceals the decisive question, namely how far the law may restrict spheres of freedom. And "subjective imputation" proves dispensable as soon as the directive character of the norm is taken seriously: if there are no norms independent of their addressee, capacity is not the bridge that allows an infringement already produced to be attributed, but a condition of the constitution of the norm itself. Hence the distinction proposed here for this last domain. The aptitude to be the addressee of legal demands conditions the norm's existence; the circumstances of the agent in the position he occupied determine its content. Between them they absorb the two functions hitherto performed by subjective imputation and nothing is left to impute. Dolus, too, changes place: it does not ground the infringement but grades it, at the level of the sanction norm.

Zusammenfassung

-
»Die Zurechnung taucht überall auf«. Und eben deshalb droht sie, nichts mehr zu bedeuten. Der Beitrag stellt den Begriff an drei grundlegenden Stellen auf die Probe, an denen ihn die Dogmatik angesiedelt hat: in der klassischen Zurechnungslehre, in der »objektiven Zurechnung« und in der »subjektiven Zurechnung«.

Die Bilanz fällt streng aus. Aus der klassischen Lehre bleibt allein, dass Zurechnen heißt, eine Tat der Freiheit und nicht Ursachen außerhalb des Subjekts zuzuschreiben. Die »objektive Zurechnung« rechnet nichts zu: Sie missbilligt Verhalten, und der Name »Zurechnung« verdeckt die entscheidende Frage, wie weit das Recht Freiheitsräume begrenzen darf. Und die »subjektive Zurechnung« erweist sich als entbehrlich, sobald der Bestimmungscharakter der Norm ernst genommen wird: Gibt es keine vom Adressaten unabhängigen Normen, so ist die Fähigkeit nicht die Brücke, über die eine bereits eingetretene Verletzung zugerechnet wird, sondern Bedingung der Normkonstitution selbst. Daraus folgt die hier für diesen letzten Bereich vorgeschlagene Unterscheidung. Die Eignung, Adressat rechtlicher Anforderungen zu sein, bedingt die Existenz der Norm; die Umstände des Täters in der eingenommenen Position bestimmen ihren Inhalt. Beide übernehmen je eine der Funktionen, die bislang die subjektive Zurechnung erfüllte, und es bleibt nichts mehr zuzurechnen. Auch der Vorsatz wechselt den Ort: Er begründet die Normverletzung nicht, sondern stuft sie auf der Ebene der Sanktionsnorm ab.

***Title*:** *On the concept of imputation in criminal law*
***Titel*:** *Über den Begriff der Zurechnung im Strafrecht*
-

Palabras clave: imputación, teoría de las normas, norma de conducta, imputación objetiva, imputación subjetiva, destinatario de la norma, principio de culpabilidad, desaprobación de la conducta, dolo, norma de sanción.

***Keywords*:** *imputation, norm theory, conduct norm, objective imputation, subjective imputation, norm addressee, principle of culpability, disapproval of conduct, dolus, sanction norm.*

***Stichwörter*:** *Zurechnung, Normentheorie, Verhaltensnorm, objektive Zurechnung, subjektive Zurechnung, Normadressat, Schuldprinzip, Verhaltensmissbilligung, Vorsatz, Sanktionsnorm.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.10
-

InDret
4.2026

Recepción
04/09/2026

-

Aceptación
25/09/2026

-

Índice

-

1. *La problemática noción de imputación*
2. *La "teoría clásica de la imputación"*
3. *La "teoría de la imputación objetiva"*
4. *¿Imputación subjetiva?*
5. *Bibliografía*

-

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

1. La problemática noción de imputación*

La noción de imputación lleva La noción de imputación lleva instalada tiempo en el Derecho penal. Como afirma SÁNCHEZ-OSTIZ, «la *imputación* aparece por todas partes»[1]. Hay imputación objetiva del resultado, se habla de imputación ordinaria y extraordinaria y de imputación del dolo o al dolo, de imputación subjetiva o de imputación recíproca, por mencionar solo algunos ejemplos habituales. Aún más, apoyándose en diversas corrientes iusfilosóficas de los siglos XVIII y XIX, muchos autores en las últimas décadas han entendido el delito en su conjunto esencialmente como un problema de imputación de un suceso a una persona[2]. Pero también se apoyan en la noción de imputación quienes parten de otras corrientes más recientes, como la filosofía analítica, del lenguaje o de orientaciones marcadamente teleológicas. Aquellos que así lo hacen, frecuentemente, operan con diversos niveles de imputación, como la imputación objetiva, subjetiva y la personal o individual[3].

El concepto de imputación es, pues, escurridizo[4]. En la dogmática penal actual se emplea con frecuencia en un sentido particularmente amplio, como sinónimo de hacer responsable a alguien por un suceso[5]. Así, afirma HARDWIG que «la imputación propiamente dicha significa el establecimiento de una relación positiva, una conexión, entre un acontecimiento y una persona en el sentido de reconocimiento o desaprobación mediante la evaluación del comportamiento de la persona de acuerdo con un conjunto de normas de la razón»[6]. FREUND, por su parte –y en tono crítico–, mantiene que «imputación es la vinculación de dos conceptos que, de otro modo, estarían separados, como una persona con un acontecimiento»[7]. Según STÜBINGER «el concepto de imputación (*imputatio*) actúa como vínculo entre el Ordenamiento jurídico y su entorno (social). La imputación es la operación básica del Derecho por la que se vincula un hecho a las acciones de las personas para poder emitir un juicio sobre las posibles consecuencias jurídicas. Tanto el primer acto de vincular una acción y un hecho como el juicio sobre las consecuencias

---

La noción de imputación lleva * Autor de contacto: Ricardo Robles Planas (ricardo.robles@upf.edu). Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2023-147308NB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación. Versión ampliada de la contribución al libro homenaje a Carlos María Romeo Casabona, *Del Derecho penal al Bioderecho*, 2026, pp. 575 ss.

[1] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, p. 14.

[2] P. ej.: JAKOBS, *System der strafrechtlichen* Zurechnung, 2012 (el resaltado es mío); LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 2, n. 8: «el juicio de imputación es idéntico al concepto de delito».

[3] Es el caso de WOLTER en Alemania (p. ej., en *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, 1981, *passim*) o del segundo MIR PUIG en España («Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (05-05), 2003, p. 9).

[4] Más contundente, VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., 2010, p. 317: «hay una especie de "imputacionismo" universal para el que toda explicación y todo modo de comprender se reduce a imputar, con lo que la idea de imputación asume un contenido tan amplio que queda, en realidad, vacía» y p. 568: «la imputación en sí misma es una palabra vacía de contenido, un "mecanismo metodológico" aplicable a la formulación de teorías, a la acuñación de conceptos, al establecimiento de relaciones causales de cualquier clase, a la caracterización de cualquier suceso como perteneciente a un género, etc., etc. Se trata, pues, de una expresión carente de sustantividad que, por lo tanto, no puede ser objeto de teoría alguna».

[5] Este es también el significado que se sigue en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española: «atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable».

[6] HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, p. 7.

[7] FREUND, «Normentheoretisch-funktionale Kritik einer Kategorie der Zurechnung. Wider den Gebrauch einer dogmatischen Leerformel», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, 2022, p. 85.

jurídicas pueden describirse como formas de imputación»[8]. Para JOERDEN «imputación (también: atribución, *Imputation*, *imputatio*) de una acción, de una omisión, de la producción de un resultado, etc. significa que se hace responsable a una persona por una determinada conducta y, en su caso, de sus consecuencias»[9]. Y según JAKOBS, «la imputación establece a qué persona hay que castigar para estabilizar la vigencia de la norma»[10]. Del mismo modo, aunque fuera ya de la dogmática penal, para KELSEN la imputación es en el terreno del deber ser lo que la causalidad es en el del ser. En efecto, para KELSEN en un primer momento imputación (*Zurechnung*) significa la asociación de un supuesto de hecho (*Tatbestand*) a una persona efectuada sobre la base de una norma. Posteriormente, matizó su opinión y a esta operación la denominó atribución o adscripción (*Zuschreibung*), reservando el término imputación (*Zurechnung*) para aquella otra consistente en asociar una sanción a un supuesto de hecho[11].

Este empleo tan amplio del término imputación requiere una clarificación, tanto del objeto de la imputación como de los criterios de imputación, o de lo contrario no resulta en absoluto operativo. Más aún: tan solo describe el punto final de una operación, no su funcionamiento. Ciertamente, hay en el concepto amplio de imputación algo que permanece y constituye su núcleo: la idea de pertenencia de algo (el *objeto* de la imputación) a un sujeto (el *sujeto* de la imputación). Sin embargo, resulta claro que esa relación puede establecerse de múltiples formas, con diversa intensidad, es decir, depende del concreto sistema normativo en el que haya de tener lugar (los *criterios* y el *fundamento* de la imputación). Así, p. ej., la imputación puede ser "objetiva" o "subjetiva" y dentro de cada una de ellas exigir más o menos requisitos para afirmarla. Una imputación "puramente objetiva" sería también la que se contentaría con la mera causalidad (¡o ni tan siquiera eso!) para asociar un suceso a una persona. Una imputación "plenamente subjetiva" podría exigir el máximo grado de conciencia y voluntad en el sujeto para considerar algo como suyo. Hoy nadie duda de que en Derecho penal –a diferencia de otras ramas del Derecho– no basta con una imputación "objetiva" para establecer responsabilidad, pero no es menos cierto que una imputación "objetiva" podría tener alguna relevancia analítica[12]. Desde luego, esta última puede entenderse como equivalente a responsabilidad sin culpa (*Haftung*), propia del Derecho de daños o del Derecho de policía[13].

Así las cosas, sigue siendo un reto clarificar el concepto mismo de imputación y, en su caso, determinar el papel que esta noción haya de desempeñar en la ciencia jurídico-penal. Acometer *in toto* esa tarea desbordaría el objetivo de estas páginas. La pretensión ahora no puede pasar de plantear hasta qué punto ayudan a ese esclarecimiento tres manifestaciones doctrinales de importancia indiscutible en la evolución de este concepto: la denominada "teoría clásica de la imputación" (*infra* 2), la "imputación objetiva" (*infra* 3) y la "imputación subjetiva" (*infra* 4).

[8] STÜBINGER, «Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff – Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriff», *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, (2-2), 2011, p. 154.

[9] JOERDEN, «Zurechnung», *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2011, nm. 1.

[10] JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, 6/1.

[11] Véase RENZIKOWSKI, «Der Begriff der "Zurechnung" in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens», en ALEXY/MEYER/PAULSON/SPRENGER (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, 2002, pp. 254 ss.

[12] Lo observa KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, p. 156.

[13] En el Derecho penal juega un papel marginal, p. ej., según algunos, en la asignación de peligros en el ámbito del estado de necesidad defensivo.

2. La "teoría clásica de la imputación"

La noción de imputación está estrechamente vinculada a PUFENDORF. En efecto, aunque los orígenes de la noción de imputación suelen remontarse a ARISTÓTELES y, muy significativamente, a TOMÁS DE AQUINO, el mérito de PUFENDORF fue trasladar al ámbito jurídico los problemas éticos y teológicos planteados antes: fue el primero en introducir la expresión "imputación" como *término técnico* en la ciencia jurídica[14].

El estudio de la noción de imputación en PUFENDORF[15] muestra que con ella este autor aludía, primariamente, a la cualidad de *imputable* de una acción y por ello utilizó la noción de *imputativitas* (*Zurechenbarkeit*)[16]: imputable era una acción siempre que fuera dominable o controlable por la voluntad[17]. A la *imputativitas* PUFENDORF añadía la *imputatio actualis*, es decir, el acto de la imputación *en sí*, que tenía lugar cuando se establecía la imputación a una persona por una acción prohibida u obligada legalmente (*imputatio iuris*). Esta *imputatio* no añadía requisito alguno de imputación; era "*iuris*" porque tenía lugar en referencia a la ley, pero la acción era imputable por el hecho de haber sido dominable o controlable por la voluntad[18]. Con otras palabras, mientras la *imputativitas* aludía a lo que podía ser imputado, sin valoración alguna, la *imputatio* era el juicio de valoración mismo.

Las –en realidad poco precisas– ideas de PUFENDORF se extendieron rápidamente entre los autores de la llamada "escuela moderna del Derecho natural", pero con variaciones terminológicas y de contenido hasta tal punto importantes que se instaló para siempre –en mi opinión– la confusión en torno al significado y alcance de la imputación[19]. Desde luego, tempranamente tuvo lugar una trascendental división.

Por un lado, surgió una corriente de autores que trataban de identificar la aplicación de la ley con la noción de imputación: THOMASIUS, KEMMERICH, GUNDLING y HEINRICH KÖHLER[20]. Precisamente es este último autor quien escribe la famosa frase «*imputatio in genere est applicatio legis ad facta singularia*»[21] para expresar la identidad entre imputación y aplicación de la ley, algo que en gran medida el propio PUFENDORF había sugerido al hacer coincidir la *imputatio* con la valoración del suceso. Para esta primera corriente, por tanto, el momento decisivo era el de la valoración del

[14] Así, LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903, p. X, citado por STÜBINGER, *RW*, (2-2), 2011, p. 156.

[15] Para lo que sigue véase, p. ej., HEUSER, «Die Rezeption des naturrechtlichen Zurechnungsbegriffs durch die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft – insbesondere zur Mitte des 18. Jahrhunderts (1731-1759)», *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, (44), 2022, pp. 2 ss.; SEHER, *Die Idee der Zurechnung und ihre Bedeutung in der Dogmatik des Straftatbestandes*, 2007, pp. 75 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 11 ss.

[16] Véase, complementariamente, RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 69 ss.

[17] Fue la *imputativitas* lo que a PUFENDORF le interesó especialmente, esto es, no tanto una teoría de la imputación como una teoría de la posibilidad de imputación. La *imputativitas* no implica juicio de valoración alguno, sino que con su afirmación se pasa a hablar de acción que puede ser después sometida a valoración.

[18] Por tanto, con la *imputatio actualis* se determina que los efectos morales de una acción se atribuyen al agente; lo que se imputa, pues, en la *imputatio actualis* son las consecuencias normativas de la acción al agente.

[19] En cualquier caso, creo posible afirmar que la idea básica subyacente a la *imputativitas* de PUFENDORF ya no fue puesta en cuestión posteriormente: que la responsabilidad presupone voluntad. Lo que fue objeto de discusión es si, una vez establecida la voluntariedad de la acción, la *imputación* no era más que el resultado de aplicar la ley (valoración y sus consecuencias) a esa acción, *transfiriendo al agente esa valoración (y sus consecuencias)*; o bien, había que separar las dos operaciones y reservar el término imputación *solo para la atribución de la acción al agente*. Sobre esto véase el texto que sigue.

[20] Véanse las referencias a las obras de estos autores en HEUSER, *ZNR*, (44), 2022, p. 8.

[21] *Ibidem*.

hecho (aplicación de la ley al hecho); la imputación era solo la conclusión lógica en virtud de la cual esa valoración del hecho *se transfiere* al sujeto que ha actuado de modo libre.

Por otro lado, hubo una segunda corriente de autores que se aferraron al camino alternativo insinuado en PUFENDORF y siguieron concibiendo la imputación de forma independiente a la aplicación de la ley. Así, ya claramente WOLFF distinguía la *imputatio physica* (imputación de la acción a su artífice) y la *imputatio moralis* (imputación de las consecuencias morales a la acción), por un lado, de la *applicatio legis*, por el otro. Esta última operación consistía en un juicio positivo o negativo sobre la conformidad a la ley de la acción. La secuencia era, pues: *imputatio physica* – *applicatio legis* – *imputatio moralis*. Poco después, DARIES, sin embargo, se percató de que la imputación previa al juicio de conformidad a la ley no podía ser, como WOLFF sostuvo, una mera *imputatio physica*, sino que había de ser ya una imputación *moral*, aunque –eso sí– todavía independiente de su contraste con la ley. De ahí que para él la secuencia fuera: *imputatio facti* – *applicatio legis* – *imputatio iuris*. Pese al esfuerzo conceptual, DARIES no aclaró cómo podía operar la *imputatio facti* como imputación moral sin referencia a la ley o al margen de ella. Lo que estaba, pues, en discusión en aquel momento era si podía hablarse de imputación *moral* con independencia de la ley o bien si toda imputación se identificaba con el juicio de aplicación de la ley. Probablemente debido a esta dificultad, la variante de la teoría de la imputación de WOLFF-DARIES no se impuso y cayó en el olvido[22]. Este abandono supuso, en lo que alcanzo, que el concepto de imputación que trascendió desde el s. XVIII hasta nuestros días fuera el que tiende a identificar esta operación –la imputación como *imputatio actualis*– con la aplicación de la ley penal y de sus consecuencias, esto es, con la idea general de atribución de responsabilidad penal[23].

En todo caso, como se ha afirmado, en PUFENDORF una acción era susceptible de imputación si había sido controlable por la voluntad. A ello se refería la noción de *imputativitas*. La *imputación* era la asignación de consecuencias (jurídicas) a esa acción imputable. Repárese en que PUFENDORF no utilizó la expresión *imputación* para referirse a la asignación de un hecho a una persona y sí, en cambio, para referirse a la valoración del hecho. Ello probablemente tenga que ver con el entendimiento de que la imputación incorpora necesariamente un momento de oposición a la ley. Sin embargo, como se ha visto, WOLFF y DARIES modificaron sustancialmente la secuencia y entendieron que al principio procede ya una imputación. Esta *imputatio facti* sería el primer paso de la imputación, previo a la aplicación de la ley al hecho, y al que después, en un segundo nivel de imputación, seguiría la *imputatio iuris*. Es sabido que HRUSCHKA[24] en Alemania y SÁNCHEZ-OSTIZ[25] en España retoman esta tradición, dando lugar a lo que se puede calificar como una teoría gradual o escalonada de la imputación. Según estos autores, la *imputatio facti* se refiere a la atribución de un suceso como hecho a un sujeto en tanto este aparece como *causa moralis*, *libera*, de aquel. La imposibilidad física, la necesidad física y la ignorancia excluyen esta *imputatio*. La *imputatio iuris*, en cambio, se excluye por el estado de necesidad disculpante y por el error de prohibición.

[22] El desarrollo de la doctrina clásica de la imputación quedó definitivamente interrumpido por el advenimiento y triunfo del denominado causalismo o naturalismo positivista que dio lugar al sistema clásico y neoclásico del delito, pero ya antes los planteamientos de FEUERBACH y de los penalistas hegelianos se habían ido apartando de forma clara y progresiva de la teoría clásica de la imputación.

[23] Lo destaca HEUSER, *Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?*, 2024, pp. 23, 83.

[24] HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, 2005, *passim*.

[25] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, *passim*.

Con todo, subsisten importantes reparos. Por un lado, es dudoso que se puedan identificar hechos (*facta*) a imputar sin referencia a la ley. Solo mediante la ley es posible seleccionar el material que es objeto de imputación al sujeto[26]. No existe, pues, una imputación de hechos "en sí". Por otro lado, aun suponiendo la interconexión de los dos primeros niveles, sigue sin estar claro si es posible una distinción entre la *imputatio facti* (imputación como acción) y la *imputatio iuris* (imputación a la culpabilidad) o más bien solo lo segundo es verdaderamente relevante[27]. La cuestión de si la imputación presupone (la oposición a) la ley (y entonces *solo* hay imputación con la *imputatio iuris*) o no (y entonces *ya* hay imputación con la *imputatio facti*) sigue estando sin aclarar.

En suma, a la pregunta sobre si el desarrollo de la teoría clásica de la imputación en manos de los autores de los siglos XVII y XVIII arroja luz sobre el sentido y alcance de este concepto en una teoría actual de la responsabilidad penal hay que responder con escepticismo. Ciertamente, en ese momento histórico se desgajó correctamente el elemento de la valoración. Del concepto de imputación debe quedar, pues, que este alude simplemente al juicio en virtud del cual se declara que alguien es considerado agente –*causa libera*– de un hecho, que se sustrae al mundo causal exterior[28]. Imputación significa atribución de un *hecho al sujeto* y no a causas externas al mismo, por tanto, *atribución a la libertad*[29]. Si tiene o no sentido hablar de *imputación* con carácter previo a la constatación de las condiciones que permiten atribuir un hecho *normativamente relevante* a la libertad de un sujeto (lo que hoy entendemos como culpabilidad) es otra cuestión, cuya trascendencia es, actualmente y a mi modo de ver, más bien escasa.

3. La "teoría de la imputación objetiva"

La segunda gran irrupción de la noción de imputación en Derecho penal que aquí se quiere destacar es la que se produce en torno a 1970 (de la mano de ROXIN) con la doctrina de la "imputación objetiva"[30]. Esta "nueva imputación"[31] no bebía de las fuentes de la teoría clásica de la imputación. Si así hubiera sido, habría tenido mayores reparos para llamar "imputación" a la concreta operación que estaba abordando. Pero al utilizar ese mismo término se estaba dando carta de naturaleza en la dogmática penal a otra forma de concebir la imputación, esto es, a la identificación de la imputación con la *asignación o adscripción de sentido* (típico) a un suceso, algo, en realidad, más propio de la dimensión valorativa[32]. Ciertamente, en sus inicios, este juicio

[26] Lo reconoce, pero no como un defecto, RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, 2024, p. 66, n. 85.

[27] JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 56, n. 115: «jurídico-penalmente la *imputatio facti* es solo un paso sin significado propio para la averiguación de la *imputatio iuris*».

[28] Esta es la conocida formulación kantiana. Así también, SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004, p. 15; EL MISMO, «Prólogo», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, p. XX.

[29] Así, RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, 2024, pp. 178, 180: «en los juicios de imputación lo relevante es establecer si un determinado suceso puede considerarse *causa libera*, es decir, evitable».

[30] Véase CANCIO MELIÁ, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika. Gegenwart und Zukunft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 497 ss.

[31] Lo que de novedoso tuvo la aparición de la imputación objetiva del resultado no fue tanto las soluciones materiales que proponía, sino sobre todo su tratamiento unitario en una categoría y la adopción de una denominación anclada en un concepto tradicional: precisamente el de imputación (lo destaca con razón FRISCH, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege: zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *JuristenZeitung*, 2022, p. 973).

[32] Véase ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004,

se concebía como carente de contenido valorativo, esto es, simplemente como aquello que se "puede perseguir objetivamente". Ello aparecía como un mero correctivo a la causalidad, pero pronto pasó a integrar consideraciones valorativas como la adecuación social, el riesgo permitido o la infracción de deber de cuidado. Esta línea, que coincide con la concepción de la tipicidad valorativa del finalismo, es la que se impuso en la doctrina a partir de los años setenta[33]. En efecto, desde entonces y de forma muy frecuente en la ciencia penal de las últimas décadas (probablemente aquí influida por KELSEN[34]), se viene utilizando la noción de imputación como *atribución de un contenido de sentido concreto* a un hecho[35]. En esta segunda concepción de la noción de imputación, el hecho ("libre") *contaría*, en virtud de un determinado criterio de imputación, *como* un hecho abarcado por el tipo o por la norma[36]. Así, lejos de producirse una profundización en la categoría de la *applicatio legis ad factum* como momento diferente a la imputación[37], la "doctrina de la imputación objetiva" se presentó como una doctrina superadora (restrictiva) de la causalidad para afirmar la realización del tipo objetivo en los delitos de resultado. Con este objetivo, no reparó suficientemente en que el juicio sobre la desaprobación de la conducta –el problema fundamental al que se refiere la "imputación objetiva"– no es un problema de imputación, sino de determinación del injusto de la conducta, de su prohibición, esto es, de si la conducta se mueve en el ámbito de lo jurídicamente correcto o discrepa de él. En los delitos de resultado la conducta prohibida se define por incorporar *ex ante* un riesgo *desaprobado* (no asumible o tolerable) de producción del resultado. Si una conducta no supera el umbral de riesgo permitido, no es típica, pero no porque no se le pueda "imputar" el resultado, sino porque no es una conducta desaprobada. Denominar a esa operación valorativa "imputación" es, como poco, desacertado[38]. No consiste en constatar que en el sujeto se dan las condiciones para poder imputarle algo (el resultado o la propia conducta), sino que debe

pp. 69 ss.; EL MISMO, «La "Teoría de la imputación objetiva": algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 17 ss.

[33] Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 10/7 s.

[34] Véase, sobre el concepto de imputación en KELSEN, además de *supra* n. 11, KORIATH, «Rechtsnorm und Zurechnung», en JOERDEN/SCHUHR (eds.), *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, 2019, p. 409, quien ubica también la teoría de la imputación de JAKOBS en la tradición kelseniana, aunque identifica la dificultad de captar con ello toda su dimensión *semántica*.

[35] Lo advierte SILVA SÁNCHEZ, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 16.

[36] Con otras palabras: una cosa es la imputación de una acción a un sujeto como *causa libera* y otra que esa acción tenga el sentido de, p. ej., matar. Aquí cabe incluir también el uso del término "imputación" para atribuir a una persona el comportamiento que realiza otra, p. ej., en el ámbito de la coautoría o de la autoría mediata.

[37] Ni siquiera los modernos herederos de la doctrina clásica de la imputación (HRUSCHKA, primero y, posteriormente, la denominada corriente analítica –p. ej., KINDHÄUSER–) desarrollaron el momento de la *applicatio* a pesar de promover la distinción entre normas de conducta y reglas de imputación. Todo lo contrario, una comprensión excesivamente estrecha de las normas de conducta (como la de KINDHÄUSER) ha llevado a extender desmesuradamente el término imputación. Brevemente: si se concibe la norma de conducta como reverso exacto de las normas de sanción, entonces su objeto (el de la norma) es el estado de cosas cuya producción debe ser evitada. La norma así concebida no expresa nada al agente sobre las acciones que *tiene que* realizar. Esto último pasa a ser una cuestión de imputación, es decir, no de las normas de conducta, sino de las reglas de imputación. Por el contrario, correctamente SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ entiende que «no todo en las teorías del delito sería imputación. En particular, lo que se viene incluyendo hoy en día dentro de la llamada "imputación objetiva" es un juicio que, en realidad difiere de lo que la doctrina de la imputación entiende por esta» (*Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 482), aunque a continuación reduce la "imputación objetiva" a «un conjunto de operaciones de interpretación y subsunción» (*Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 483).

[38] Así, insistentemente, FRISCH (véase al respecto ROBLES PLANAS, en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 69 ss.). El propio JAKOBS sitúa ya la expresión "imputación objetiva" entre comillas y propone un cambio de denominación: "teoría del significado del comportamiento" (JAKOBS, «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, p. 187; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 26 ss. y p. 30, n. 50).

confrontarse la propia conducta con los parámetros de corrección de conductas. Considerar esto último como un problema de imputación encierra el peligro de no abordar (adecuadamente) la determinación de los espacios de libertad y de la legitimidad de su limitación[39], omitiéndose un paso decisivo: la determinación o definición de la desaprobación de la conducta[40].

Con precisión: la imputación presupone un objeto a imputar que ya está desvalorado y que se pone en relación con la persona del autor bajo unos determinados criterios, p. ej. se pregunta si era controlable o evitable por una (o por la concreta) persona o si fue expresión de su voluntad. Pero esto nada nos dice todavía sobre si la conducta fue una conducta injusta. Una conducta no adquiere su carácter injusto por el hecho de que a ella se le pueda imputar un resultado (lesivo) *como suyo* o por el hecho de que ella pueda ser imputada a un sujeto *como suya*. Y a la inversa: no por el hecho de que a una persona no se le pueda "*imputar*" un resultado, por ejemplo, por la interposición de un sujeto autorresponsable, pasa a ser una conducta permitida (considérese el caso de la entrega de armas a personas autorresponsables). El carácter correcto o incorrecto de una conducta se determina con arreglo a *otros* parámetros, esto es, *grosso modo*, si encierra un peligro jurídicamente intolerable o inasumible. La supuesta "imputación" del resultado no es otra cosa que la materialización (realización) de ese peligro. Esto es, si el resultado *expresa* el peligro en virtud del cual la conducta estaba desaprobada (lo relevante es, p. ej., si la muerte de un disparo con un arma expresa el peligro por el cual la entrega del arma estaba prohibida y no si la muerte puede "imputarse" a quien entregó el arma; esta segunda formulación del problema no permite una respuesta adecuada salvo que se responda con anterioridad a lo primero).

El pensamiento de la imputación es especialmente distorsionador por cuanto parece permitir el establecimiento de responsabilidad tan pronto como se identifica una "*causa libera*". Y a la inversa, allí donde identifica una "*causa libera*" cierra el paso a la responsabilidad de otras conductas previas. Sin embargo, no es correcto que uno tenga que evitar todo lo controlable o evitable ni tampoco que uno no pueda responder siempre que exista otro sujeto (la víctima o un tercero) que actúa autorresponsablemente. De hecho, los (modernos) partidarios de la "teoría de la imputación" para superar este último problema se ven obligados a recurrir a la curiosa institución de la "imputación *extraordinaria*"[41].

En términos de teoría de las normas lo anterior conduce a desplazar el centro de atención al carácter desaprobado de toda conducta, esto es, al juicio sobre su antinormatividad[42]. Lo

[39] Advierte de ello FRISCH, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 739. Este déficit está especialmente presente en las denominadas corrientes "analíticas" (véase ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 63 ss.).

[40] En realidad, lo problemático de la operación alcanza hasta el propio resultado: se le concede el carácter de injusto sin antes haber calificado a la conducta de cuya consecuencia es el resultado como una conducta injusta. Un resultado solo puede ser injusto si es consecuencia de una conducta injusta (cfr. FRISCH, *GA*, 2003, p. 736).

[41] Críticamente sobre ello véase, con gran lucidez, PANTALEÓN DÍAZ, «Una crítica a la imputación extraordinaria», en LERMAN/DIAS (coords.), *Responsabilidad penal en contextos anómalos*, 2023, pp. 137 ss.; adicionalmente, ROBLES PLANAS, «Imputación y teoría de las normas», en RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, 2024, pp. 25 ss.

[42] La orientación del sistema del delito a la teoría de las normas permite subrayar convenientemente que el momento esencial del delito nada tiene que ver con un juicio de imputación, sino con la desaprobación de la conducta, es decir, con la confrontación de la conducta con las exigencias del Derecho, lo que implica, ante todo, la determinación del alcance de lo jurídicamente correcto e incorrecto y la constatación de que la conducta sobrepasa este límite (véase el desarrollo sistemático más completo en la actualidad en SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 10/1 ss. –desaprobación de la conducta– y 14/1 ss. –imputación del resultado–). El problema que plantea el recurso a la noción de imputación es que oculta los verdaderos criterios de solución. En particular, no aborda la pregunta fundamental relativa a cómo el Derecho se concreta en un orden de conductas correctas.

relevante es si se infringe una norma de conducta que prohíba conductas que generen esos riesgos intolerables en interés del bien jurídico protegido en el tipo. La formulación precisa de esa norma de conducta es el verdadero problema que subyace a los casos que se discuten bajo la rúbrica de la "imputación objetiva". Este desplazamiento del centro de atención al momento de la antinormatividad es irrenunciable si, como parece inevitable, se adopta un punto de vista *ex ante* y se quiere dirigir a los ciudadanos el mensaje sobre el carácter prohibido o permitido de su conducta en el momento de ejecutarla[43]. Bien mirado, tampoco la "imputación del resultado" en sentido estricto es imputación. Como se ha afirmado, no se trata de imputar resultados, sino de si estos pueden explicarse mediante el riesgo prohibido específico creado con la conducta y, por tanto, si son "resultados injustos". No lo serán si no pueden retrotraerse a una conducta injusta.

Que la institución de la "imputación objetiva" tiene muy mal acomodo en la tradición de la "teoría de la imputación" del Derecho penal, es algo que se desprende de las anteriores consideraciones. Sin embargo, el análisis no estaría completo si no se abordara uno de los intentos de compatibilización más interesantes de las últimas décadas. En un trabajo que a mi juicio no ha recibido la atención que merece por parte de la doctrina, MIR PUIG planteó hace más de veinte años su particular concepción de la función sistemática de la imputación objetiva y, en general, de la idea de imputación en el concepto de delito. MIR PUIG reconoce el sentido amplio, adscriptivista, con el que en las disciplinas jurídicas se viene utilizando el concepto de imputación, que se opondría a lo puramente descriptivo propio de otras disciplinas[44]. Pero MIR PUIG advierte que el término "imputación" tiene un sentido más concreto cuando se emplea en la teoría del delito, como es el caso de la "imputación objetiva": «su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas»[45]. Pues bien, MIR PUIG trata de darle un espacio a la "imputación objetiva" distinto a la –cada vez más extendida– idea de realización del tipo objetivo: «la expresión "imputación objetiva" pierde utilidad si equivale a otra ya existente: la realización del tipo objetivo»[46]. Para ello se sirve –y esto resulta de especial interés en este trabajo– del empleo de la noción de imputación en otros contextos de la teoría del delito, concretamente, «se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos), y se emplea la expresión "imputación individual" [o personal –R. R. P.–] en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término "culpabilidad"»[47]. Pues bien, para MIR PUIG lo propio de «estos usos de la palabra "imputación" es que expresan requisitos necesarios para poder *atribuir* a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la *relación* que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, *con el autor* de un delito. Éste es el significado originario del término "imputación"»[48]. De este modo, estamos ante el concepto clásico de imputación, equivalente al de *imputación al sujeto* en su sentido más amplio. Ahora bien, lo que singulariza al planteamiento de MIR PUIG es que entiende que esa imputación presupone *otra* operación de imputación: «que pueda establecerse previamente una determinada conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la

[43] Con precisión: lo que *prohíben* las normas de conducta son conductas que llevan aparejada la posibilidad jurídicamente inaceptable de cursos causales que conduzcan al resultado típico. No se trata, pues, de meras incumbencias cuyo incumplimiento permita la imputación del resultado (lo resalta con acierto FRISCH, *JZ*, 2022, p. 977, n. 59).

[44] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 9. En esta apreciación, de nuevo, resuena KELSEN.

[45] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 9.

[46] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 10.

[47] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 10.

[48] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 10.

que exige la imputación objetiva al requerir una determinada relación de riesgo»[49]. Entonces, la denominada "imputación objetiva" «añade otro aspecto más del principio de culpabilidad al exigir para todo delito, también para los dolosos, la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos, y ofrece criterios que ayudan a delimitar mejor esta relación de riesgo. Ello tiene que ver con la culpabilidad en el sentido de que condiciona la posibilidad de "culpar" a una persona prudente de la causación del resultado típico»[50]. A partir de aquí, MIR PUIG aclara que no todo en el concepto de delito es imputación: no lo es aquello que constituye, precisamente, el objeto de la imputación, esto es, el hecho lesivo[51]. Este entendimiento le lleva a conceder a la imputación objetiva una posición muy determinada en el conjunto de operaciones de imputación que se dan en la teoría del delito y que la singularizan como tal operación de imputación: es el primer escalón de una serie de imputaciones que «permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella conducta como obra de su autor»[52].

Como puede observarse, uno de los aspectos más llamativos de la concepción de la imputación objetiva de MIR PUIG (y que a la vez supone una aportación a la discusión sobre el concepto general de imputación) es su vinculación con el principio de culpabilidad. En efecto, la imputación objetiva añadiría a la teoría del delito un aspecto más del principio de culpabilidad, que siempre habría estado presente en los delitos imprudentes, pero no en los dolosos: la –por él denominada– "relación de riesgo". Se trataría de la manifestación del principio de culpabilidad en su dimensión de principio de responsabilidad por el hecho, que proscribe el Derecho penal de autor y el castigo de los meros pensamientos.

Pero ¿en qué consiste exactamente la aludida relación de riesgo? Parece que se integra de dos elementos: por un lado, el desvalor objetivo de la conducta (que falta cuando la conducta no parecía *ex ante* capaz de producir el resultado típico) y, por otro, el desvalor de resultado típico (que falta cuando el peligro inherente a la conducta no se realiza en el resultado). Al primer aspecto MIR PUIG lo denomina "imputación de la conducta" y a lo segundo "imputación del resultado". En cuanto a la "imputación de la conducta" MIR PUIG advierte –dando la razón a FRISCH– que no estamos aquí ante una mera condición de imputación del resultado, sino ante un elemento necesario para que la conducta pueda considerarse prohibida[53]. ¿Es tan relevante ese matiz? Por supuesto: por muy "imputable" que parezca un resultado, si este no es fruto de una conducta prohibida, entonces no es un resultado injusto. Por consiguiente, el primer y decisivo paso es el de la determinación de la prohibición de la conducta y solo en un segundo momento hay que constatar que el resultado es expresión precisamente de ese carácter prohibido de la conducta. Esta conclusión debería haber llevado coherentemente a MIR PUIG a dejar de utilizar la expresión "imputación de la conducta" para referirse al primer componente de la relación de riesgo y, en su lugar, utilizar la de "desaprobación de la conducta". Porque no se trata de "imputar

[49] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, pp. 10-11.

[50] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 11.

[51] Con sus palabras: «*esto no significa que el concepto de imputación deba acabar absorbiendo todos los elementos del delito*. Aunque todos los elementos del delito son necesarios para poderlo imputar, antes de plantear la cuestión de si se puede imputar a un sujeto un hecho negativo, hay que decidir si existe algo negativo a imputar en dicho hecho. Previo al principio de culpabilidad, que exige la posibilidad de imputación, es el *principio de lesividad*, que exige la afectación a un bien jurídico» (MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 12).

[52] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 14; por ello, «no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión».

[53] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 12, n. 38.

la conducta" a un sujeto, sino de valorarla. Si ello es así, entonces ya no parece tan clara la vinculación de la "imputación objetiva" con el principio de culpabilidad, sino más bien con el de lesividad, que como el propio MIR PUIG reconoce opera con carácter previo[54]. Ello es lo que sucede a todas luces con la adecuación social y la insignificancia, que para MIR PUIG son supuestos en los que se excluye la lesividad y no la "imputación objetiva", esto es, no forman parte de la relación de riesgo. Asimismo, respecto del riesgo permitido, que sí formaría parte de la relación de riesgo, MIR PUIG acaba afirmando que «plantea una cuestión *cualitativamente* distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como su obra»[55], precisamente, una cuestión de carácter normativo no muy alejada de aquellas otras consideraciones en virtud de las cuales determinadas conductas que de forma no del todo imprevisible pueden producir resultados, sin embargo, se admiten como tolerables por su utilidad social, conveniencia, etc.; en suma, conductas que se excluyen también de la "imputación objetiva" por razones normativas o político-criminales.

Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, MIR PUIG se ve obligado a hacer una distinción fundamental en el seno de la "imputación objetiva": la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel y la imputación objetiva en sentido amplio o de segundo nivel. En efecto, en la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel MIR PUIG sitúa la aludida relación de riesgo, en la que, como se ha visto, se trata en realidad de una (des)valoración de la conducta. Pero en la imputación objetiva en sentido amplio o de segundo nivel, MIR PUIG reconoce abiertamente que no se trata de imputación en sentido estricto. En ella intervienen otros criterios, como el de la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, etc., en suma: los criterios normativos de delimitación de esferas de responsabilidad.

En definitiva, se advierte en MIR PUIG un uso (tan común en la doctrina) genérico del concepto de imputación (objetiva). Pese a sus esfuerzos por vincular el primer juicio (el de "imputación" objetiva) a los otros dos (imputación subjetiva e individual o personal), buscando lo que en común tiene con ellos y, por tanto, su incardinación en el concepto clásico de imputación, un análisis más detenido muestra que ni tan siquiera el núcleo del juicio de la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel, esto es, la relación de riesgo, es en realidad un juicio de imputación, sino un juicio previo, valorativo, referido a la prohibibilidad de la conducta, donde deben tenerse en cuenta diversas consideraciones normativas y "ponderaciones político-criminales".

Por ello, solo cabe concluir reafirmando lo ya expresado: la imputación es un procedimiento que tiene por objeto *algo ya dado* y, por tanto, solo puede tener lugar después del hecho, es decir, en el ámbito de aplicación de la norma de sanción y cuando la norma de conducta ha fracasado. Por este motivo, desde el punto de vista de las normas de conducta (*ex ante*), la cuestión de la antinormatividad de la conducta se plantea de forma previa a cualquier lógica de imputación. En ella se trata de perfilar los límites de la conducta jurídicamente correcta. En efecto, el presupuesto irrenunciable de toda conducta punible es que de ella pueda predicarse que traspasa

[54] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 12. La cuestión de mayor calado implicada en ello y en la que aquí apenas puede profundizarse apunta a una orientación excesivamente resultatista del sistema, identificando lesividad con la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, en lugar de tener en cuenta ya la configuración lesiva de la conducta. Por ello MIR PUIG se ve obligado a hablar de "imputación" (de esa lesividad a la conducta) y, sin embargo, termina reconociendo que se trata de la propia desvaloración de la conducta.

[55] MIR PUIG, *RECPC*, (05-05), 2003, p. 9, con cita de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, 1995, pp. 49 ss.

los límites de la libertad, para cuya determinación la idea de imputación no solo no desempeña ningún papel, sino que convierte la compleja discusión sobre hasta qué punto pueden prohibirse determinadas *conductas* por su referencia negativa a bienes jurídicos teniendo en cuenta el interés en el mantenimiento de las esferas de libertad de los ciudadanos en una cuestión sobre la capacidad de evitación o de control, con el consiguiente abandono de la discusión sobre hasta qué punto el Derecho puede y debe limitar las fronteras de la libertad.

4. ¿Imputación subjetiva?

La expresión "imputación subjetiva" no goza de una amplia tradición dentro del sistema del delito. Sin embargo, en las últimas décadas[56] viene usándose para aludir a las exigencias de una *acción*, *dolo o imprudencia* (a esto también se la denomina "imputación subjetiva en sentido estricto") y de *culpabilidad*. Así, se afirma que la imputación subjetiva sería lo que permite atribuir a un agente una conducta contraria a la norma para que pueda hablarse propiamente de infracción de esa norma. Las divergencias terminológicas de un planteamiento doctrinal a otro no deben empañar la trascendencia de este momento de "imputación subjetiva" en la teoría del delito, que es unánimemente reconocido: es expresión del principio de culpabilidad.

Desde luego, hay que estar de acuerdo en el fondo de todo ello: la exigencia que se halla tras el "juicio de imputación subjetiva" en su sentido más amplio es irrenunciable si la pena se entiende como reproche al sujeto[57]. Tal reproche requiere que se establezca una relación personal del sujeto con el hecho, como *su* obra (fruto de *su* libertad y no de la necesidad). La condición para ello es la evitabilidad (*ultra posse nemo obligatur*), genuina manifestación del principio de culpabilidad en nuestra tradición jurídica. Obsérvese que, en realidad, esta idea de culpabilidad o responsabilidad subjetiva coincide en gran medida con la noción de imputación (kantiana) a la que antes se aludió como recepción adecuada de la idea de imputación en Derecho penal. Bien mirado, toda imputación en sentido propio es subjetiva –atribución de un hecho a la libertad–, lo que confirma lo desacertado que resulta llamar "imputación" a la desaprobación intersubjetiva de la conducta (*supra* 3).

Ahora bien, que la asignación de responsabilidad penal deba respetar el principio de culpabilidad no implica la necesidad de una categoría de la "imputación subjetiva". De hecho, este término se usa abiertamente para expresar que la responsabilidad penal está limitada por el principio de las capacidades individuales[58]. Cómo debe producirse esa integración en el sistema y, sobre todo, si esa es la única forma de respetar el principio de culpabilidad, es otra cuestión. La tesis que aquí se sostiene es que una correcta comprensión de la teoría de las normas no requiere una categoría de la imputación subjetiva. Esta es imprescindible solo si se adopta un concepto de norma que aquí se rechaza[59].

En efecto, un planteamiento muy extendido entiende que la *norma* existe con independencia del destinatario y solo después se pregunta si un sujeto concreto ha infringido esa norma. Para responder afirmativamente se necesitaría un juicio de imputación subjetiva, esto es, el que plantea si el sujeto tenía capacidad de evitar la infracción. Solo si se afirma tal capacidad la

[56] Probablemente por contraste con la "imputación objetiva".

[57] Lo subraya SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 8/144.

[58] Así expresamente KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (59), 2006, p. 63.

[59] En realidad, la teoría clásica de la imputación nunca operó con normas, sino con leyes penales. La irrupción de la teoría de las normas cambia por completo la situación.

infracción se produce. Sin embargo, si se lleva hasta el final el carácter directivo de la norma, las cosas se ven de otra manera: no hay *verdaderas normas* independientes del destinatario. Una *norma* solo existe en la medida en que su destinatario pueda seguirla. Por tanto, la capacidad de evitación no es un presupuesto externo para imputar la infracción, sino una condición de constitución de la propia norma[60]. Si esto es correcto, entonces el llamado juicio de imputación subjetiva no añade nada ni constituye una operación autónoma: todo su contenido ya está incorporado en el juicio de constitución de la norma. El cambio no es meramente terminológico, sino de naturaleza del juicio: en el primer modelo la capacidad de evitación permite imputar al sujeto la "lesión objetiva de la norma"; en el modelo aquí defendido la capacidad de evitación es condición de constitución de la norma, de modo que el juicio posterior no atribuye una infracción, sino que la constata.

Lo anterior requiere algunas aclaraciones. En primer lugar, antes de que haya un sujeto apto, la norma no es norma, sino una *valoración*. Tal valoración parte de la ley penal (constituyendo la protonorma, que es una valoración preliminar) y se va concretando hasta conformar una valoración completa (juicio de desaprobación completo)[61]. La norma se constituye únicamente frente a quien puede reconocer y seguir aquello que la valoración completa exige, esto es, frente a quien reúne la aptitud para ser destinatario de exigencias jurídicas. Propiamente dicho, la conducta de quien no es destinatario de la norma no es contraria a esta –pues nunca se constituyó frente a él–, sino contraria a la valoración completa. La rareza del modelo que trabaja con la "lesión objetiva de una norma" desaparece: si la norma es directiva, solo puede ser contrariada por aquel a quien dirigía algo[62]. El principio de culpabilidad no opera entonces como límite externo a una norma ya existente, sino como condición de su existencia.

En la constitución de la norma concurren, pues, dos grupos de condiciones. De un lado, la aptitud, sin la cual no llega a haber norma. De otro, las circunstancias del sujeto en la posición que ocupaba, que no deciden si hay norma, sino que determinan su contenido. Entre ambos se reparten las dos funciones que venía desempeñando la imputación subjetiva. Comprobar la aptitud no es imputar nada. Y una valoración construida en términos generales necesitaría después vincularse al sujeto; la valoración que se forma desde *esa* posición (qué le constaba, qué le era exigible averiguar, qué estaba a su alcance) nace ya vinculada[63].

En segundo lugar, conviene aludir a la crítica analítica a la autorreferencialidad de la norma. Según esta crítica: «una norma no puede decir de sí misma bajo qué condiciones resulta obligado por ella el autor porque entonces se estaría refiriendo a sí misma»[64]. La evitación de esta autorreferencialidad es lo que ha llevado a este sector de la doctrina a construir "normas" independientes de todo destinatario y reconducir toda condición subjetiva a la idea de

[60] Tampoco hay imputación alguna allí donde esa capacidad se constata bajo el nombre de imputabilidad. Afirmar que el sujeto podía reconocer y seguir el Derecho no es atribuirle nada, sino comprobar que concurría la condición de la que depende que exista norma. Ya la tradición clásica lo tenía presente al separar la *imputativitas* (la mera posibilidad de imputación) del acto de imputar (*supra* 2).

[61] Al respecto, ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas*, 2021, pp. 75 ss.

[62] Cabe una variante más precisa, en la que lo que la conducta del sujeto no capaz lesiona no es la norma, sino su *contenido*, reservándose la infracción para el juicio posterior (así, SILVA SÁNCHEZ; véase *infra*, *in fine*).

[63] El tratamiento del error excede los límites de este trabajo. Baste indicar que, en la construcción aquí seguida, lo que no era exigible conocer ni evitar no llega a estar desaprobado, de modo que la cuestión se resuelve en el juicio de valoración y no en un momento posterior de imputación.

[64] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 42. Similar, MAÑALICH RAFFO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, p. 174.

imputación. Así, la "norma" *analítica* es una prohibición de causación *ex post* de estados de cosas[65]: prohíbe simplemente la producción de la muerte de otro. La determinación de las condiciones por las que responde una persona por la lesión de la norma sería una cuestión ajena a la norma de conducta y propia de las reglas de imputación, sistemáticamente ubicadas en la norma de sanción. Esta crítica confunde dos aspectos. Ninguno de los dos grupos de condiciones antes distinguidos lleva a la norma a decir de sí misma bajo qué condiciones obliga. Por un lado, las circunstancias del sujeto operan en la determinación de lo exigido y se agotan en ella: lo que de ahí resulta es la indicación de una conducta y tal enunciado nada afirma sobre sí mismo. La aptitud del destinatario, por su lado, es condición de existencia de la norma y no parte de su contenido; las condiciones de existencia de una proposición no forman parte de lo que la proposición dice. Ningún punto del proceso de constitución toma a la norma como objeto de sí misma: la acusación de autorreferencialidad solo alcanza a quien introduce la capacidad en el contenido de la norma, no a quien la sitúa entre sus condiciones de surgimiento o entre los datos de los que se parte para formular su contenido. A partir de ese error, la doctrina "*analítica*" ha construido un concepto de "norma" no solo ajeno a la tradición de la norma como directiva, sino también obligado a explicar la tentativa al precio de multiplicar las entidades deónticas (en ella no habría infracción de la norma)[66] y requerido de una macro-categoría de la imputación subjetiva conformada por deberes e incumbencias distintos a la propia norma[67] cuyo fundamento, origen y alcance son oscuros.

En tercer lugar, lo anterior permite asignar al dolo su lugar exacto. La disyuntiva en la que suele plantearse la cuestión –si el dolo integra el objeto de la valoración o si constituye un criterio de imputación de la conducta ya desvalorada– no agota las posibilidades[68]. La norma, para constituirse –y, por tanto, para poder ser infringida–, requiere la evitabilidad del sujeto. Afirmada esta, la norma existió y su incumplimiento es, sin más, infracción. El dolo no condiciona, pues, la existencia de la infracción, sino que la gradúa: es *evitabilidad cualificada*[69], contradicción de la norma del modo más intenso posible. No pertenece por ello al objeto valorado ni imputa nada; pertenece a la graduación de la infracción, esto es, al ámbito de la norma de sanción, que selecciona y cuantifica la respuesta según la intensidad del quebrantamiento. El dolo conserva así su lugar necesariamente posterior en el sistema, sin función imputativa alguna: no imputa la infracción, sino que la gradúa y, allí donde la ley solo castiga la conducta dolosa, la selecciona como penalmente relevante.

Finalmente, el planteamiento defendido en estas páginas converge sustancialmente con el de SILVA SÁNCHEZ, que distingue entre "lesión del *contenido* de la norma" e "*infracción* de la

[65] P. ej., KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 13, 16 s., 29 ss.; EL MISMO, «Normas y directivas», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, v. I, 2022, pp. 657 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 23 ss.; MAÑALICH RAFFO, «Norma, antinormatividad y azar resultativo», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, v. I, 2022, pp. 701 ss. Críticos, DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, 2019, *passim*; ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2019, pp. 1 ss.; EL MISMO, *Teoría de las normas*, 2021, pp. 63 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 8/66 ss.

[66] Lo subraya, p. ej., GRECO, «Normentheoretisch fundierte Strafrechtsdogmatik – von oben oder von unten?», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, 2022, pp. 199 ss.

[67] Lo advierte críticamente SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 8/72.

[68] Sobre ello, rechazando con razón el planteamiento finalista según el cual el dolo integra el objeto de la valoración, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/5.

[69] Al respecto, véase ROCCASALVO, *Revisión del concepto de dolo*, 2025, *passim*.

norma"[70]. La conducta que no llega a infringir la norma puede, en efecto, contradecir su «contenido», esto es, una valoración[71]. Lo propio de la construcción aquí propuesta es que la evitabilidad y el dolo, que este autor trata como criterios de una misma categoría –la imputación subjetiva en sentido amplio–, son de naturaleza y sede distintas: la evitabilidad no imputa una infracción, sino que opera en la constitución misma de la norma; el dolo no condiciona ya la infracción –dada con la sola evitabilidad–, sino que la cualifica en el plano de la norma de sanción. La categoría de la "imputación subjetiva" puede, desde luego, seguir reuniendo estos momentos bajo un mismo rótulo, aunque ya nada haya que imputar. Lo que se sostiene es que, una vez asignado a cada uno su lugar propio –la existencia de la norma y la determinación de su contenido, de un lado, y la graduación de su infracción, de otro–, aquella reunión deja de ser sistemáticamente imprescindible.

5. Bibliografía

CANCIO MELIÁ, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika. Gegenwart und Zukunft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 497 ss.

DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

FREUND, «Normentheoretisch-funktionale Kritik einer Kategorie der Zurechnung. Wider den Gebrauch einer dogmatischen Leerformel», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 83 ss.

FRISCH, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege: zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *JuristenZeitung*, 2022, pp. 971-980.

———————, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 719-742.

GRECO, «Normentheoretisch fundierte Strafrechtsdogmatik – von oben oder von unten?», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 195 ss.

HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, de Gruyter, Hamburg, 1957.

HEUSER, *Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2024.

———————, «Die Rezeption des naturrechtlichen Zurechnungsbegriffs durch die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft – insbesondere zur Mitte des 18. Jahrhunderts (1731-1759)», *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, (44), 2022, pp. 2 ss.

HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

[70] SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 8/77, 8/81.

[71] Con claridad, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 8/77: lesión del «contenido valorativo». Para este autor, la norma, en cuanto directiva, se dirige a todos (8/75), incluidos los inimputables y los inculpables, si bien solo el injusto culpable resulta antinormativo (8/123): quien contradice el contenido sin infringir la norma es un destinatario que obra sin dolo ni imprudencia personal o que carece de culpabilidad, de modo que entre la contradicción del contenido y la infracción median los criterios de imputación. Coincidiendo ambas construcciones en el resultado, en la aquí seguida quien no es apto no llega a ser destinatario: la directiva no se formula frente a él y su conducta contradice la valoración completa sin que reste nada que imputar.

JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.

———————, «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma», trad. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES/GÓMEZ-JARA DÍEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005, pp. 177 ss.

———————, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1991.

JOERDEN, «Zurechnung», *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie e. V. – Deutsche Sektion, 2011 [Disponible en: http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/99-zurechnung].

KINDHÄUSER, «Normas y directivas», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, v. I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 657 ss.

———————, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (59), 2006, pp. 63 ss.

———————, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

KORIATH, «Rechtsnorm und Zurechnung», en JOERDEN/SCHUHR (eds.), *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka* (Jahrbuch für Recht und Ethik), Duncker & Humblot, Berlin, 2019, pp. 401 ss.

LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999.

LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Fischer, Jena, 1903.

MAÑALICH RAFFO, «Norma, antinormatividad y azar resultativo», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, v. I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 701 ss.

———————, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 169 ss.

MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (05-05), 2003.

PANTALEÓN DÍAZ, «Una crítica a la imputación extraordinaria», en LERMAN/DIAS (coords.), *Responsabilidad penal en contextos anómalos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 137 ss.

PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, ed. por Robles Planas/Pastor Muñoz, trad. por Alessi/Fernández Perales/García de la Torre/Martínez Sanromà/Montero/Pastor Muñoz/Robles Planas/Roccasalvo/Silva Olivares/Vacchelli/Valiente Iváñez, Atelier, Barcelona, 2024.

———————, «Der Begriff der "Zurechnung" in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens», en ALEXY/MEYER/PAULSON/SPRENGER (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 253-282.

ROBLES PLANAS, «Imputación y teoría de las normas», en RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, ed. por Robles Planas/Pastor Muñoz, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 25 ss.

———, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.

———, «Normas de conducta», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2019, pp. 1 ss.

———, «La "Teoría de la imputación objetiva": algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 17 ss.

———, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 ss.

ROCCASALVO, *Revisión del concepto de dolo*, tesis doctoral inédita, Universidad Pompeu Fabra, 2025.

RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

SEHER, *Die Idee der Zurechnung und ihre Bedeutung in der Dogmatik des Straftatbestandes*, escrito de habilitación inédito, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

———, «Prólogo», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2008, pp. XIX ss.

———, «Prólogo», en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 11 ss.

STÜBINGER, «Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff – Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriff», *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, (2-2), 2011, pp. 154-176.

VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

InDret
4.2026

Juan Pablo Mañalich R.
Universidad de Chile
-

Naturaleza humana e identidad personal: (algunas) implicaciones jurídico-penales

Sumario

-

El artículo presenta una aproximación unificada a varios de los problemas más intrincados que el fenómeno de la identidad personal suscita en el campo del derecho penal. A partir de la identificación de cuatro grupos de casos capaces de servir como banco de pruebas, se muestra cómo el tratamiento doctrinal de los problemas que aquellos plantean ha quedado afectado por la falta de articulación de una concepción filosóficamente informada de la ontología de las personas humanas, de la cual pueda ser extraído un criterio viable para especificar las condiciones de la identidad personal a través del tiempo, entendida como la «unidad diacrónica» de una persona humana. El artículo defiende la adecuación de una concepción según la cual una persona humana es, esencialmente, un organismo viviente identificado por su pertenencia a la especie del homo sapiens*, cuya historia evolutiva ha hecho posible que sus especímenes desarrollen una «forma de vida personal». Esta concepción trae aparejado un enfoque biológico para determinar las condiciones de persistencia de la entidad en la que consiste una persona humana. Haciendo explícita la solución que este enfoque brinda para los casos escogidos para ilustrar las constelaciones problemáticas, el artículo muestra la importancia de evitar la confusión, frecuentemente detectable en la literatura jurídico-penal, entre la pregunta por la unidad diacrónica y la pregunta por la «identidad narrativa» de una persona humana.*

Abstract

-

The article presents a unified approach to several of the most complex issues raised by the phenomenon of personal identity in the field of criminal law. By identifying four groups of cases that can serve as a test bed, it demonstrates how the doctrinal treatment of the problems they pose has been affected by the lack of a philosophically informed conception of the ontology of human persons, from which a workable criterion may be derived to specify the conditions of personal identity over time, understood as the «diachronic unity» of a human person. The article defends the adequacy of a conception according to which a human person is, essentially, a living organism identified by its membership in the species homo sapiens*, whose evolutionary history has enabled its specimens to develop a «personal form of life». This conception entails a biological approach for fixing the conditions for the persistence of the entity that constitutes a human person. By making explicit the solution this approach offers for the cases chosen to illustrate the problematic constellations, the article demonstrates the importance of avoiding the confusion, frequently found in criminal law literature, between the question of the diachronic unity and the question of the «narrative identity» of a human person.*

Zusammenfassung

-

Der Aufsatz präsentiert einen einheitlichen Ansatz für einige der komplexesten Probleme, die das Phänomen der personalen Identität im Bereich des Strafrechts aufwirft. Ausgehend von der Identifizierung von vier Fallgruppen, die als Testfälle dienen können, wird aufgezeigt, wie die dogmatische Behandlung der damit verbundenen Probleme durch das Fehlen einer philosophisch fundierten Konzeption der Ontologie menschlicher Personen beeinträchtigt wurde, aus der sich ein umsetzbares Kriterium ableiten ließe, um die Bedingungen der personalen Identität im Zeitverlauf zu spezifizieren, verstanden als die «diachrone Einheit» einer menschlichen Person. Der Aufsatz verteidigt die Angemessenheit einer

Konzeption, wonach eine menschliche Person wesentlich ein lebender Organismus ist, der durch seine Zugehörigkeit zur Spezies des homo sapiens *identifiziert wird, deren Evolutionsgeschichte es ihren Exemplaren ermöglicht hat, eine «personale Lebensform» zu entwickeln. Diese Konzeption bringt einen biologischen Ansatz mit sich, um die Bedingungen für die Persistenz derjenigen Entität zu bestimmen, in der eine menschliche Person besteht. Durch die Verdeutlichung der Lösung, die dieser Ansatz für die zur Veranschaulichung der Problemkonstellationen ausgewählten Fälle bietet, wird gezeigt, wie wichtig es ist, die in der strafrechtlichen Literatur häufig feststellbare Verwechslung zwischen der Frage nach der diachronen Einheit und der Frage nach der «narrativen Identität» einer menschlichen Person zu vermeiden.*

Title: *Human nature and personal identity: (some) implications for the criminal law*
Titel: *Menschliche Natur und personale Identität: (einige) strafrechtliche Implikationen*

-

Palabras clave: antropología jurídica, identidad personal, enfoque biológico, supervivencia, imputación
Keywords: *legal anthropology, personal identity, biological approach, survival, imputation*
Stichwörter: *rechtliche Anthropologie, personale Identität, biologischer Ansatz, Überleben, Zurechnung*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.11

-

InDret

4.2026

Recepción
08/06/2026
-
Aceptación
19/09/2026
-

Índice

-

1. Introducción: ¿el fenómeno de la identidad personal como punto ciego en la teorización del derecho penal?
2. La relevancia jurídico-penal de la identidad personal
2.1. La constelación «de la supervivencia»
2.2. La constelación «del error» como subconstelación de la supervivencia
2.3. La constelación «de la imputación»
2.4. La constelación «de los derechos» como subconstelación de la imputación
2.5. El déficit antropológico de la problematización de la identidad personal en la teorización del derecho penal
3. La identidad personal como categoría antropológica
3.1. La forma de vida «personal» de los animales humanos
3.2. La «identidad personal» como unidad diacrónica
3.3. Personismo *versus* animalismo
3.4. La personeidad de los animales humanos y su individuación «sortal»
4. Identidad personal, supervivencia e imputación
4.1. Deficiencias teóricas en el tratamiento jurídico-penal del problema de la identidad personal a través del tiempo
4.2. La identidad personal frente a la constelación de la supervivencia
4.3. La identidad personal frente a la constelación de la imputación (1): ¿ilicitud de la omisión de la intervención quirúrgica en el caso del Alzheimer?
4.4. La identidad personal frente a la constelación de la imputación (2): ¿ilegitimidad de una condena en el caso de la amnesia?
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción: ¿el fenómeno de la identidad personal como punto ciego en la teorización del derecho penal*?

En un artículo que, con justicia, puede ser considerado seminal para la reactivación contemporánea del más bien exiguo interés de los teóricos del derecho penal por el problema de la identidad personal[1], Reinhard MERKEL pretendía ofrecernos, según se desprende del subtítulo de su texto, una «aproximación a un problema fundamental, aún no descubierto, de la dogmática jurídico-penal»[2]. Su consideración del asunto lo llevaba a concluir que «[e]l laberinto de las preguntas filosóficas realmente difíciles», por él apenas «rozadas», en último término nos llevaría «a paradojas que no son solucionables»[3]. Esto puede ser tomado como una confesión, por parte de MERKEL, de su renuncia a articular, o siquiera esbozar, una *concepción* de la identidad personal que pudiera orientarnos en el esfuerzo por dar solución a los casos en los cuales se hace reconocible la relevancia jurídico-penal del *fenómeno* de la identidad personal[4].

La observación precedente puede ser reformulada, con mayor exactitud, como sigue: la relevancia jurídico-penal del fenómeno de la identidad personal radica en que, para decirlo con ERHARDT, «los juicios de identidad personal son efectivamente un fundamento necesario para los juicios jurídico-penales»[5], esto es, para los juicios a través de los cuales se afirma o se niega que alguien sea punible bajo tal o cual norma de sanción penal. Provisionalmente, por «juicio de identidad personal» podemos entender, en el presente contexto, un juicio cuyo punto ilocutivo es afirmar o negar que la persona P_1, existente en el momento t_1, es numéricamente idéntica a la persona P_2, existente en el momento t_2, esto es, que P_1 y P_2 son *una y la misma* persona. En estos términos, cuando alguien afirma que P_1, existente en t_1, y P_2, existente en t_2, son una y la misma persona, no está afirmando que habría *dos* personas, P_1 y P_2, que serían cualitativamente indistinguibles por exhibir un mismo conjunto de propiedades, sino que está afirmando que con las expresiones "P_1" y "P_2" está haciendo referencia a *una única* persona, existente tanto en t_1 como en t_2[6].

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt (regular) Nº 1250142, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), del Estado de Chile. Agradezco a mis colegas Javier Contesse y Luis Emilio Rojas por múltiples observaciones a un borrador preliminar, así como a quienes arbitraron anónimamente el artículo, cuyas sugerencias contribuyeron a esclarecer, espero, varios pasajes de la argumentación aquí expuesta.

[1] De ello dan cuenta las copiosas referencias a su artículo, que se registran en los trabajos de KAWAGUCHI, «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht — Eine Einführung», en ARNOLD *et al.* (coords.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser*, 2005, pp. 139 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 661 ss.; y GRECO, «Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los "viejos nazis"», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (76), 2023, pp. 9 ss. —este último, compuesto en homenaje a MERKEL—; así como en las monografías de ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, y STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020. Véase también PORCIÚNCULA, «Diachroner Retributivismus», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2021, p. 352, nota 13.

[2] MERKEL, «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung», *JuristenZeitung*, (54-10), 1999, p. 502.

[3] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 511.

[4] Acerca de la distinción entre el fenómeno de la identidad personal y las diferentes concepciones —o, en sus términos, «teorías»— que pueden competir por ofrecer una adecuada descripción y explicación de ese fenómeno, véase el detallado tratamiento ofrecido por ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 56 ss., 211 ss., 243 ss., 256 ss., en el marco de la presentación de un modelo, adecuado al contexto jurídico-penal, para la validación de «juicios acerca de la identidad personal».

[5] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 152.

[6] Al respecto, *infra*, 3.4.

A partir de la sugerencia preliminar de que el fenómeno en cuestión giraría en torno al hecho de que «[c]ada uno de nosotros [...] considera su propio pasado y futuro como partes esenciales de sí mismo», MERKEL opta por dirigir nuestra atención hacia algunos grupos de casos capaces de servir —para usar la expresión popularizada por el filósofo Daniel DENNETT— como «bombas de intuición», esto es, como experimentos mentales que funcionan como «herramientas para el pensamiento»[7]. Al proceder de este modo, MERKEL simplemente adaptaba, en atención a determinadas particularidades del contexto jurídico-penal, el método predilectamente empleado por quienes filosofan acerca del problema de la identidad personal. Aunque se trata de un recurso intelectual al que ya LOCKE echaba mano para tematizar el asunto[8], la discusión de casos que involucran trasplantes de cerebros, teletransportaciones y otros homenajes a la ciencia ficción ha devenido en un rasgo sobresaliente del canon al que se ajusta la literatura filosófica en este campo, sobre todo a partir de los fundamentales trabajos de PARFIT[9].

Asumiendo provisionalmente una diferenciación propuesta por ERHARDT, los casos examinados por MERKEL se dejan distribuir en cuatro «constelaciones», que ERHARDT mismo etiqueta como la constelación «de la supervivencia», la «del error», la «de la imputación» y la «de los derechos». El común denominador de estas constelaciones consiste en que cada una de ellas estaría conformada por «genuinos casos dudosos» desde el punto de vista de la verdad o falsedad del respectivo juicio de identidad personal[10]. Esto significa que se trataría de casos en los cuales, a pesar de no existir incertidumbre alguna acerca de las circunstancias que factualmente dan forma al respectivo caso, también y en particular en lo concerniente a las «singularidades físicas y psicológicas» de la condición de los seres humanos involucrados, «no sabemos qué juicios de identidad deberíamos emitir»[11]. Y esto último significa, a su vez, que la incertidumbre en cuestión estaría únicamente fundada en nuestra falta de claridad acerca de cuál o cuáles tendrían que ser los *criterios* de cuya satisfacción dependería la corrección del respectivo juicio de identidad.

En tal medida, los genuinos casos dudosos admiten ser contrastados, por un lado, con lo que ERHARDT propone llamar «casos cotidianos de identidad personal», en los cuales se dispone de toda la información factual pertinente para la formulación del respectivo juicio de identidad personal, acerca de cuya corrección no llegamos a albergar duda alguna[12]. Un ejemplo de ello lo encontraríamos en una situación en la cual no hubiera razón alguna para poner en cuestión que la persona que activamente ha impedido que la víctima de una agresión muera es la misma persona que, un poco antes, desplegó la agresión que expuso a la víctima al riesgo de morir, de manera tal que no enfrentemos dificultad alguna para concluir, *ceteris paribus*, que es una y la misma

[7] Véase DENNETT, *Intuition Pumps and Other Tools for Thinking*, 2013, pp. 1 ss., 5 ss.

[8] Véase LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 15, imaginando un intercambio de cuerpos por parte del «alma de un príncipe» y del «alma de un zapatero». Para una contextualización crítica, véase HACKER, *Human Nature: The Categorial Framework*, 2007, pp. 289 ss., 294 ss., destacando la herencia del dualismo cartesiano subyacente al planteamiento de LOCKE.

[9] Véase especialmente PARFIT, «Personal Identity», *The Philosophical Review*, (80-1), 1971, pp. 4 ss., 18 ss. Para una defensa de la pertinencia metodológica del recurso a semejantes experimentos mentales, véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 60 ss. En la más bien rápida desestimación a la que GRECO, *ADPCP*, (76), 2023, pp. 20 s., somete tal método de experimentación filosófica se echa enteramente en falta una consideración del planteamiento de ERHARDT.

[10] En detalle al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 17 ss., 21 ss., 49 ss.

[11] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 21.

[12] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 49.

persona la que ha perpetrado la tentativa (acabada) de homicidio y la que, con posterioridad, se ha desistido eficazmente de esta[13].

Más importantemente, los genuinos casos dudosos también pueden ser distinguidos, por otro lado, de los que ERHARDT denomina «habituales casos dudosos», en los cuales la incertidumbre acerca de la corrección o incorrección del respectivo juicio de identidad personal queda fundada en un déficit de conocimiento acerca de la configuración factual de la situación relevante. Piénsese en un caso en el que estuviese en duda, en virtud de una debilidad probatoria que afecta a la acusación formulada por el ministerio público, «si la persona sometida a prisión preventiva es realmente la misma persona que mató a la víctima»[14]. En este último caso, la incertidumbre acerca del valor de verdad positivo o negativo del juicio de identidad personal no se explica por una falta de claridad acerca de los criterios en virtud de los cuales tendríamos que establecer si se trata o no de una y la misma persona, sino sólo por una falta de información que, en caso de no ser superada, tendría que dar lugar a una absolución (de la persona actualmente sometida a prisión preventiva) en conformidad con la máxima del *in dubio pro reo*.

2. La relevancia jurídico-penal de la identidad personal

2.1. La constelación «de la supervivencia»

Honrando el género de la ciencia ficción, podemos construir la siguiente variante de la específica versión que MERKEL nos brinda del «caso del teletransportador»[15]: gracias al desarrollo de una tecnología de escaneo radiológico de alta energía, se vuelve posible registrar la completa estructura atómica de todas las células del cuerpo de un ser humano, para entonces almacenarla al modo de un conjunto de datos informáticos; ello posibilita, a su vez, una forma de «viaje» consistente en el ingreso a una cabina en la cual es escaneada la información celular del propio organismo, con lo cual este resulta íntegramente destruido, siendo la información así registrada transferida hasta un «banco de células» humanas donde, con base en la información recibida, es sintéticamente producido un organismo físicamente indistinguible del primero hasta el último detalle, también en cuanto a la estructura y organización de su cerebro, lo cual resulta en que el ser humano así replicado tenga exactamente la misma constitución psicológica que la de aquel que ingresó a la cabina[16]. Asumamos ahora que fue A quien recomendó enfáticamente a B, el ser humano que se ha sometido al «procedimiento», someterse a este. La pregunta sería entonces: ¿deberíamos decir que A ha meramente propuesto a B efectuar un viaje a través de un medio de transporte no convencional, o más bien que A ha perpetrado un delito de inducción al suicidio[17]?

El caso ilustra lo que ERHARDT tematiza como la *constelación de la supervivencia*, precisamente porque lo que vuelve incierta la corrección o incorrección del juicio por el cual se afirmara o se

[13] Acerca de la necesidad de que, para operar como una condición negativa de la punibilidad de la correspondiente tentativa, el desistimiento de esta sea imputable a la misma persona de cuya responsabilidad por la tentativa se trata, véase MAÑALICH, *La tentativa como delito imperfecto*, 2026, pp. 332 ss., 339 ss.

[14] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 21.

[15] Para la versión probablemente más conocida de tal caso, véase PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 199 ss.; al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 43 ss.

[16] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 503.

[17] Para una similar, aunque no idéntica, adaptación del caso presentado por MERKEL para hacer explícita su posible relevancia jurídico-penal, véase KAWAGUCHI, en ARNOLD *et al.* (coords.), *FS Eser*, 2005, pp. 141 s.

negara que B y el ser humano sintéticamente replicado son una y la misma persona es la incertidumbre acerca de si la persona identificada como B ha sobrevivido al procedimiento[18]. ERHARDT mismo nos propone otro caso, que podemos llamar «caso del *dealer*», a cuya aparente dificultad subyacería, en lo fundamental, el mismo problema: el drogadicto D quiere dar muerte a P, su proveedor habitual de la droga que consume, por haberle vendido una dosis de pésima calidad; encontrándoselo una tarde, D dispara con su arma de fuego contra P, quien sufre un impacto de bala en su cabeza, desplomándose inconsciente sobre la vereda; transcurrido un lapso de tiempo, un peatón advierte que hay un ser humano herido e inconsciente sobre la vereda y logra trasladarlo hasta un hospital próximo, donde se le practica una cirugía de emergencia; la masiva destrucción del lóbulo frontal de su cerebro lleva a que el ser humano sometido a la cirugía no tenga recuerdo alguno acerca de su pasado y padezca severas limitaciones intelectuales, hasta el punto de que los (otrora) amigos de P declaran no reconocer a este en la persona que ahora tienen al frente[19]. La pregunta aquí no sería otra que la de si a D sería imputable un homicidio consumado o, en cambio, sólo un homicidio frustrado o tentado[20].

En este punto sería oportuno apuntar que, si se lo contrasta con el caso del teletransportador, la consideración del caso del *dealer* como un genuino caso dudoso pudiera parecernos injustificada. Esto, con cargo a que, para cualquier jurista mínimamente familiarizado con la *intensio* y, consiguientemente, la *extensio* de la descripción abstracta en la que consiste el tipo del homicidio, sería suficientemente obvio que el ser humano identificado como P no ha sido *matado* por D. Sin embargo, en la medida en que esta última hipótesis semántica efectivamente refleje el juicio que cualquier jurista mínimamente avezado se formaría ante semejante caso, ello tendría que ser tomado como indicativo de que quienes suscriben esa hipótesis semántica están al menos implícitamente comprometidos con la proposición siguiente: la víctima de un homicidio (comisivo) es el ser humano cuya vida en sentido biológico es aquello que culmina con la muerte cuya producción es imputable al autor de ese mismo homicidio. Desde este punto de vista, en el caso del *dealer* sería suficiente constatar que el *ser humano* identificado como P no ha muerto como consecuencia del disparo efectuado por D, para entonces descartar que este se haya convertido en el autor de un homicidio consumado. Pero esto no tendría por qué prejuzgar *per se* la respuesta a la pregunta de si la *persona* identificada como P siguió o no existiendo después de que D efectuara el disparo. Dicho de otra manera: la pregunta es si la sobrevivencia del ser humano identificado como P equivale aquí a la continuidad de la existencia de la persona identificada como P. Y si tuviéramos razones para responder negativamente esta última pregunta, en términos que nos llevaran a concluir que la persona que hoy identificamos como P no es la misma persona que existía antes de que D llevara a cabo el disparo, entonces tendríamos que concluir, ulteriormente, que lo que tematizamos como un «homicidio» no admite ser equiparado, sin más, a lo que pudiéramos denominar un «personicidio».

Para advertir la relevancia jurídico-penal de que, tratándose de un individuo X, la extensión de la vida (biológica) de X *qua* ser humano pudiera no coincidir con la extensión de la existencia de X

[18] Véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 147, aunque circunscribiendo el planteamiento de la pregunta a situaciones en las cuales la significación delictiva del comportamiento enjuiciado quedaría asociada a la configuración de alguna forma de homicidio.

[19] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 144 s.

[20] En los términos del art. 7 del CP chileno, el carácter frustrado del homicidio en cuestión dependería de que la tentativa eventualmente imputable a D tuviera la estructura de una tentativa acabada; en detalle acerca de la diferencia estructural entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada, MAÑALICH, *La tentativa como delito imperfecto*, 2026, pp. 171 ss., 183 ss., 195 ss.

qua persona, podemos traer a colación la posibilidad opuesta a la recién considerada a propósito del caso del *dealer*, a saber: la posibilidad de que la existencia de una persona identificada como X se extendiera más allá del término de la vida del ser humano asimismo identificado como X. La discusión acerca de esta última posibilidad está en el centro del análisis que se brinda al problema de si alguien pudiera ser víctima de la irrogación de un «daño póstumo»[21].

Imaginemos el caso siguiente, que podemos bautizar como «caso de la inculpación tardía»: algún tiempo después del fallecimiento del magnate industrial M, el empresario E, que fuera uno de los grandes contrincantes con los que M debió lidiar durante su trayectoria como hombre de negocios, ofrece una entrevista a un medio de prensa, en el marco de la cual E afirma tener antecedentes fidedignos acerca de la «coima» que M habría instruido pagar a un funcionario público que incidió decisivamente en la adjudicación, favorable a M y desfavorable a E, de la licitación de un gran proyecto de construcción de infraestructura vial. Asumamos que la imputación «informal» así formulada por E es falsa, de lo cual E estaba al tanto al conceder la entrevista en cuestión.

Hay que partir notando que el (pretendido) cohecho así atribuido a M no contaría, bajo el derecho chileno, como un delito actualmente perseguible de oficio, en virtud del obstáculo a la persecución representado por la muerte de M[22]. Por ello tendríamos que desestimar que esa imputación informal, efectuada por E, pudiera tener relevancia típica a título de calumnia bajo el art. 412 del Código Penal[23]. Pero esto no bastaría, por sí mismo, para descartar la posibilidad de que esa misma imputación informal pudiera ser constitutiva de una injuria. Pues esa imputación parecería poder ser caracterizada, en los términos de la definición plasmada en el art. 416 del mismo código, como una «expresión proferida [...] en deshonra» de M[24]. Por supuesto, el hecho de que el ser humano identificado como M haya muerto se traducirá en que M no vaya a poder intervenir, *qua* pretendida víctima, ejerciendo la acción penal privada a través de la interposición de la correspondiente querella contra E[25]. Sin embargo, ello no obstaría a que, respetándose el orden de prelación allí fijado, una persona comprendida en alguno de los literales del inc. 2º del art. 108 del Código Procesal Penal pudiera ejercer la acción penal privada como querellante, subrogándose en la condición de víctima *stricto sensu* que, según la hipótesis aquí considerada, sería atribuible a M.

Quien sostuviera que, a pesar de que E formuló la imputación en cuestión con posterioridad al fallecimiento de M, esa imputación admitiría ser entendida como una injuria perpetrada contra

[21] A partir de premisas divergentes, véase KUHLEN, «Protección de los difuntos a través del derecho penal y frente al derecho penal», en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 258 ss., así como MAÑALICH, «¿Protección póstuma de bienes jurídicos personales en el derecho penal?», en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 243 ss.; en este último trabajo se ofrecen múltiples referencias al tratamiento del problema en la literatura moral-filosófica.

[22] Ello, por cuanto la muerte del (pretendido) responsable, en caso de haber llegado a existir la correspondiente responsabilidad penal, habría generado la extinción de esta, en conformidad con el Nº 1 del art. 93 del CP, cuyo reflejo procesal consistiría en (a) la inadmisibilidad de la querella que pudiera llegar a ser presentada en su contra, así como en (b) la habilitación para que el fiscal se abstenga *in toto* de llevar a cabo una investigación, según lo respectivamente dispuesto en el art. 114, letra d), y en el art. 168 del CPP.

[23] Acerca de la falsedad de la correspondiente imputación como presupuesto típico de la calumnia, véase MAÑALICH, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, 2020, pp. 60 ss., 67 ss.

[24] Ello dejaría abierta la pregunta de si la potencial injuria admitiría ser ulteriormente cualificada en la forma de una injuria grave bajo el art. 417 del CP, en particular según su Nº 3.

[25] Esto, de acuerdo con lo establecido en el inc. 3º del art. 53, en relación con el art. 400, ambos del CPP.

M, se mostraría así comprometido con la proposición de que, al decir lo que dijo, E menoscabó póstumamente el honor de M. La estrategia teórica aparentemente más expedita para sustentar esta última proposición consistiría en argüir que, en congruencia con la tesis jurisprudencial alemana favorable a la «protección póstuma de la personalidad»[26], la *persona* identificada como M siguió existiendo, en algún sentido, más allá del instante en el que habría que datar la muerte del *ser humano* identificado como M[27].

2.2. La constelación «del error» como subconstelación de la supervivencia

Lo que, en contraste con la constelación de la supervivencia, ERHARDT nos presenta como la *constelación del error* encuentra su ejemplificación más cabal en el llamado «caso Sirius», sobre el cual recayó una discutidísima decisión del Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante, «BGH»)[28], y del cual MERKEL nos brinda la siguiente reseña:

> «Un estafador de seguros, que se hacía pasar por un enviado de una forma de vida superior [pretendidamente asentada] en el planeta Sirius, logró convencer a una conocida de que ella había sido elegida para seguir existiendo, después de su muerte, como un ser astral en Sirius. Ciertamente, para ello tendría que abandonar ya en la Tierra su cuerpo actual y pasar a [ocupar] otro, que se hallaba preparado para ella junto al lago de Ginebra. Ella debía arrojar un secador de pelo en funcionamiento al agua de su bañera; de ese modo, ella se despojaría de su actual envoltura terrenal y despertaría instantáneamente en la nueva, la de una "actriz", que ya estaría a su disposición. [...] El emprendimiento fracasó, pese al serio empeño de la mujer. Que su actuar pudiese significar un suicidio, no se le ocurrió en lo absoluto»[29].

En lo que aquí interesa, el BGH mantuvo la condena pronunciada contra el «estafador» E como autor de una tentativa de asesinato en autoría mediata (por «autolesión del instrumento»). Esto, con cargo a que la «víctima» V habría estado afectada por un error que habría conllevado que V desconociera que la acción que ella decidió ejecutar podía conducir a su muerte, dado que E le habría hecho creer que, aunque aparentemente yaciendo «como cadáver en la bañera», ella seguiría desarrollando «su vida terrenal como ser humano, aunque transformada corporal y espiritualmente de tal modo que quedara garantizada su elevación a ser astral»[30]. Haciendo suyo el planteamiento de ROXIN a favor del reconocimiento de un «error sobre el sentido de la acción» en la persona de delante, generado por la persona de atrás, como suficiente para que a esta última

[26] Véase KUHLEN, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 260 ss., 271 s., en inmediata referencia al tipo de la «degradación de la memoria de un difunto», plasmado en el § 189 del StGB.

[27] Así, KUHLEN, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 267 ss., a partir de la distinción entre el divergente significado atribuible a los términos «muerto» y «difunto». En detalle al respecto, y críticamente, MAÑALICH, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 243 ss., 252 ss.

[28] BGH, decisión de 5 de julio de 1983 — 1 StR 168/83. Para un detallado examen del caso y de la decisión del BGH, véase BOLEA, «Caso Sirius», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, pp. 277 ss.; más sucintamente, REYES, «Apuntes sobre la autoría mediata por autolesión del instrumento: Argumentos a favor de la solución del consentimiento», *Criminalia*, (90), 2023, pp. 322 ss. Desde el punto de vista del problema de la identidad personal, un análisis pormenorizado del caso es ofrecido en ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 113 ss.; así como en STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 85 ss.

[29] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 504.

[30] BGH, 1 StR 168/83, párr. 17.

sea atribuible un «dominio del hecho en virtud de un saber superior»[31], el BGH concluyó que un asesinato tentado era imputable a E en autoría mediata[32].

Desde un punto de vista dogmático, la pregunta crucial que suscita el caso es la de si, al introducir el secador en la bañera llena de agua y con ella dentro, V se encontraba afectada por un error consistente en la creencia falsa de que su actuar no conllevaba la generación de un riesgo de muerte para ella[33]; o, en cambio, por un mero «error de subsunción» consistente en una representación errónea acerca del alcance del concepto (jurídicamente relevante) de muerte[34]. Si el error en cuestión era de la primera clase, entonces había que concluir, concordando con lo resuelto por el BGH, que en el comportamiento de V no cabía reconocer una actuación a propio riesgo[35], de modo tal que el suicidio fallido de V podía ser reinterpretado como un homicidio tentado imputable en autoría mediata a E. Justamente esta solución era tenida por correcta por ROXIN en su temprana consideración favorable del fallo del BGH[36]. En cambio, si el error que afectaba a V era de la segunda clase, entonces lo correcto habría sido concluir que, al actuar como lo hizo, V estaba al tanto de estar haciendo algo que, de hecho, generaba un riesgo concreto de muerte para ella, mas sin que V haya hecho suya esta evaluación de su actuar, en virtud de que V no habría compartido el marco conceptual en cuyos términos era expresable esa misma evaluación.

Acertadamente, MERKEL sostiene que, contra lo resuelto por el BGH, esta última era la caracterización correcta del error en que se habría encontrado V, a saber, como «un *error de subsunción* acerca de los elementos conceptuales de [las expresiones] "muerte", "sobrevivencia"

[31] En general sobre ello, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, pp. 235 ss., 250 ss., 835 ss.; críticamente al respecto, BOLEA, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, pp. 287 ss.; con mayor profundidad, y asimismo críticamente, REYES, «Análisis crítico de la autoría mediata por error sobre el sentido de la acción: Al mismo tiempo un delineamiento de los presupuestos de la autoría mediata desde la teoría de las normas», *Política Criminal*, (19-37), 2024, pp. 8 ss., 22 ss.

[32] BGH, 1 StR 168/83, párr. 18.

[33] Con lo cual se trataría de un error acerca de la verdad de la proposición de que el actuar de V habría de generar tal riesgo de muerte para ella; respecto de la correspondiente noción de un «error acerca de la verdad» (*Wahrheitsirrtum*), véase KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, t. II, 2021, pp. 970 ss.

[34] Con lo cual se trataría de un error acerca del sentido de la correspondiente descripción del actuar de V; respecto de la correspondiente noción de un «error acerca del sentido» (*Sinnirrtum*), véase KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, t. II, 2021, pp. 972 ss.

[35] Ello supondría categorizar el error en cuestión como un «cuasi-error de tipo» (*Quasi-Tatbestandsirrtum*), con lo cual tendría que volverse reconocible que el efecto de semejante error es funcionalmente asimilable al efecto de un error excluyente del dolo, con la particularidad de que, en el presente contexto, en rigor no cabe aludir a dolo alguno que pudiera verse excluido por el error en cuestión; véase MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, pp. 504 s.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, 25/70; ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 116 ss.; STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 86 s. Puesto que, en cuanto constitutivo de un suicidio, el comportamiento de V *ex definitione* carece de relevancia típica (a título de homicidio), resulta preferible renunciar a esa denominación, para en cambio caracterizar el error en cuestión como uno cuyo efecto es obstar a la imputación del suicidio como una acción autorresponsablemente ejecutada por quien, «de propia mano», se quita la vida, posibilitando con ello su eventual imputación, como homicidio, en virtud de una autoría mediata «por autolesión del instrumento».

[36] Así, ROXIN, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.7.1983 – 1 StR 168/83 (BGHSt 32, 38)», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 72, donde se lee lo siguiente: «La mujer engañada no era consciente de que moriría si llevaba a cabo con éxito las insinuaciones del acusado. Es cierto que sabía que, de tener éxito sus medidas, su cuerpo "actual" quedaría destruido para siempre; eso significaba objetivamente su muerte y era evidente para el sentido común. Pero incluso una evidencia objetiva así de grande no altera el hecho de que la mujer engañada no había comprendido esta consecuencia necesaria, y clara para cualquier persona sensata, de la acción que se le proponía». Véase también EL MISMO, *AT*, t. II, 2003, 25/70.

e "identidad personal"»[37]. Esto se vería reflejado en que, aun en caso de que se hubiera visto realizado su «plan absurdo» de «cambiarse a otro cuerpo», y en contra de sus propias intuiciones semánticas, ello habría dado lugar, *eo ipso*, a la muerte de V, dado que «aquello que habría ulteriormente existido en este cuerpo no habría sido *ella misma*»[38]. En tal medida, la ilusión supersticiosa de V en cuanto a que semejante «sustitución corporal» sería posible en nada modifica la constatación de que, al hacer lo que hizo, V se representó las circunstancias que eran objetivamente fundantes del correspondiente riesgo de muerte. Notablemente, en su consideración más tardía del caso, ROXIN llegó a desdecirse de su previa valoración positiva de la decisión del BGH. Pues, en la medida en que debiera asumirse que «la mujer habría creído que ella moriría en la bañera y a partir de entonces desarrollaría una "vida más elevada" después de la muerte», el engaño por ella sufrido en cuanto «al sentido de su muerte» no la habría privado de su «propio dominio sobre el suceso»[39]. Más allá de esta problemática insistencia en la validación del *topos* del llamado «dominio del hecho», lo decisivo para lo que aquí interesa es la desestimación de que el error en el que se habría encontrado V haya concernido al posible menoscabo del «bien jurídico de la vida terrenal»[40].

Por supuesto, la consideración del error de subsunción que aquejaba a V como carente de toda relevancia en cuanto factor de imputación dejaría abierta la posibilidad de que, a pesar de ello, tuviera que negarse el carácter autorresponsable de su intento de suicidio, sobre la base de una consideración distinta. El dato de que V abrazara una «concepción tan infundada de la realidad de la vida y la muerte» vuelve más que plausible la conjetura de que la aquejaba un déficit de racionalidad de una intensidad suficiente para destruir la hipótesis de que V habría contado como una agente responsable[41]. Aquí solo importa advertir que a la categorización del error que afectaba a V como un error de subsunción, que por sí mismo no lograba comprometer el carácter autorresponsable de su suicidio fallido, subyace una determinada concepción de lo que significa que una persona (natural) siga o no existiendo más allá de un cierto punto de tiempo. De ahí que sea acertada la observación de ERHARDT en cuanto a que, no obstante su declaración explícita de no pretender suscribir tesis alguna acerca de las condiciones de la identidad personal[42], el tratamiento que MERKEL brinda del caso Sirius lo muestra implícitamente comprometido con una concepción de la identidad personal que, según ERHARDT, admitiría ser clasificada como «reduccionista»[43].

---

[37] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 505. Al respecto, y en detalle, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 121 ss.; también STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 87 ss.

[38] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 505.

[39] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, pp. 658 s.

[40] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., 2022, p. 659.

[41] Así, MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 505, aunque abogando por la aplicación analógica de las reglas —formuladas en los §§ 20 y 21 del StGB— que respectivamente fijan los presupuestos de una exclusión o una reducción de la capacidad de culpabilidad. Puesto que lo que aquí está en juego no es la potencial responsabilidad por un comportamiento dotado de significación delictiva, sino por una disposición «por mano propia» sobre un bien jurídico cuya titularidad corresponde al agente en cuestión, parece preferible hacer aplicable el estándar de cuya satisfacción dependería la validez de un consentimiento, lo cual en lo que aquí interesa depende de que el titular del bien jurídico haya contado con una «capacidad de comprensión» suficiente para aquilatar la naturaleza y la gravedad del menoscabo al que se enfrenta. Para una defensa de semejante «solución del consentimiento», véase MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 153 ss.; REYES, *Criminalia*, (90), 2023, pp. 325 ss.

[42] *Supra*, 1.

[43] Al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 128 ss., según quien la solución correcta del caso variaría si, en cambio, se adoptara una concepción «no reduccionista». Por su parte, STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 90 s., sugiere que la solución alcanzada por MERKEL descansaría en la adopción de una concepción «compleja». Acerca de la doble distinción entre concepciones reduccionistas y no

Sobre esto último habrá que volver más adelante. Por el momento basta con notar que las disquisiciones precedentes hacen reconocible que el problema con el que nos confronta el caso Sirius no es categorialmente distinto del problema que es definitorio de la constelación de la supervivencia. De ahí que, contra lo asumido por ERHARDT, sea superflua la postulación de una constelación del error. El caso Sirius pertenece a la constelación de la supervivencia, con la única particularidad de que, por haber estado en juego un suicidio fallido, y no exitoso, el problema que el caso nos plantea consiste en identificar las correspondientes condiciones de supervivencia de una entidad como V en referencia a un *mundo posible*, distinto del mundo actual, en el cual V hubiera logrado producir el cambio cuya descripción como letal o no letal genera la controversia. En tal medida, el caso Sirius ejemplifica, *contrafactualmente*, la constelación de la supervivencia.

2.3. La constelación «de la imputación»

La tercera de las cuatro constelaciones distinguidas por ERHARDT consiste en la *constelación de la imputación*, que ERHARDT mismo sintetiza como sigue: en el instante t_1, una persona X perpetra un delito, tras lo cual, en el instante t_2, tiene lugar un evento que vuelve genuinamente dubitable que la persona Y, que en el instante t_3 es inculpada de haber perpetrado el delito en cuestión, sea una y la misma persona que X[44]. En la atención que la doctrina jurídico-penal brinda al problema de la identidad personal, los casos que exhiben la estructura así descrita tienden a quedar en el centro del análisis. Ello es perfectamente comprensible, toda vez que tanto la legitimidad de la atribución de responsabilidad jurídico-penal, en cuanto sometida al principio de culpabilidad, como la legitimidad de la punición, en cuanto sometida al principio de personalidad (o «intrascendencia») de la pena, se ven condicionadas por un constreñimiento de identidad personal[45]. Dado esto, una formulación más precisa del constreñimiento de la identidad personal podría ser la siguiente: la condena de una persona a la que se imputa, en un momento t_2, haber delinquido en un momento t_1 descansa en la presuposición de que la persona condenada en t_2 es numéricamente idéntica a la que delinquió en t_1; y que la persona condenada en t_2 haya de quedar sometida a la ejecución de una pena que se extienda desde el momento t_3 hasta el momento t_4 descansa, asimismo, en la presuposición de que la persona penada desde t_3 hasta t_4 es la misma que fue condenada en t_2 y, por transitividad, la misma que delinquió en t_1[46].

MERKEL se aproxima a la doble presuposición así enunciada al preguntarse por el impacto que una «pérdida del propio pasado» pudiera tener o bien en la atribución de responsabilidad jurídico-

reduccionistas, por un lado, y concepciones complejas y simples, por otro, de la identidad personal, *infra*, 3.2.

[44] Véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 146.

[45] Entre muchos otros, véase SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, p. 662; también PORCIÚNCULA, *ZIS*, (6), 2021, pp. 355 s. Para sendas exposiciones más detalladas del asunto, véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 153 ss., 168 ss., 202 ss.; DU BOIS-PEDAIN, «Penal Desert and the Passage of Time», en DU BOIS-PEDAIN/BOTTOMS (eds.), *Penal Censure. Engagements Within and Beyond Desert Theory*, 2019, pp. 227 ss., 243 ss. En referencia inmediata a sus implicaciones para la dogmática del desistimiento de la tentativa, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 91 ss., 95 s.; a propósito de la (más que discutible) asimilación de las estructuras de imputación de la *actio libera in causa* y de la autoría mediata, PORCIÚNCULA, «Actio libera in causa, mittelbare Täterschaft und personale Identität», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (3), 2022, pp. 299 ss., 302 ss.; acerca de esto último, y desde una perspectiva crítica, también STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 97 ss.

[46] Esto representa una adaptación de lo planteado en MAÑALICH, *La tentativa como delito imperfecto*, 2026, p. 215.

penal, o bien en la efectiva punición de una persona[47]. Para ello, él trae a colación un célebre caso, reportado en la revista *Cognitive Neuropsychiatry*, de un hombre que jamás regresó a su hogar tras emprender un trayecto en bicicleta, a consecuencia de una plena amnesia retrógrada que le pudo ser posteriormente diagnosticada. Ello le habría significado quedar permanentemente privado de sus «recuerdos biográficos», e íntegramente desacoplado de sus vínculos familiares, mas sin comprometer en lo absoluto su capacidad para desenvolverse cotidianamente, ni su inteligencia, juzgada como superior al promedio[48]. En pos de hacerlo aprovechable en la exploración de la relevancia jurídico-penal del fenómeno, MERKEL nos propone las siguientes dos variaciones de un caso que, en lo que sigue, llamaré «caso de la amnesia retrógrada». Asumamos que, encontrándose en una condición de (indubitable) capacidad de culpabilidad, el hombre H perpetra un crimen particularmente grave a vista y paciencia de una pluralidad de testigos, lo cual vuelve prácticamente segura su comprobación judicial. En la primera variación del caso, H cae en el correspondiente estado de amnesia antes de iniciarse el juicio oral, que lo lleva a no tener recuerdo alguno de haber perpetrado un crimen, lo cual haría surgir la pregunta de si H puede ser legítimamente condenado por el hecho que se le imputa; en la segunda variación, el estado de amnesia, resultante en la misma privación de memoria acerca de su comportamiento anterior, se configura después de que H ha sido condenado por una sentencia que ya ha adquirido fuerza de cosa juzgada, lo cual haría surgir la pregunta de si la pena impuesta sobre H puede ser legítimamente ejecutada[49].

Para advertir que el doble problema así planteado está lejos de quedar confinado a la consideración de semejante muestra de criminalidad ficticia, basta con atender a la detallada reseña que ERHARDT nos brinda del caso conocido como el del «homicida de San Valentín», situado en el estado australiano de Nueva Gales del Sur:

> «Un miércoles 14 de febrero de 2007, hacia las 07:00 de la mañana, Kathy Riley visitó a su amante David Nichols en su domicilio de Cainbil Street, en Gulgong. Tony Riley tomó una escopeta y la siguió. Una vez allí, [Tony] Riley disparó dos veces contra Nichols. Cuando este yacía en el suelo, aquel efectuó un tercer disparo contra su cabeza. David Nichols, de 54 años, murió todavía en el lugar del hecho, donde Kathy Riley lo encontró. Riley se retiró luego a su oficina en Mudgee, donde la policía lo observó desde cierta distancia. Aproximadamente una hora después, él dirigió el arma contra sí mismo y se disparó en la cabeza. Con ello destruyó una gran parte de su lóbulo frontal izquierdo y se causó una grave lesión cerebral. Tras ello quedó en coma. La bala le desfiguró severamente el rostro y le destruyó el ojo izquierdo, de modo que ante el tribunal él llevaba un parche ocular. En algunas partes, su cerebro había dejado de estar protegido por el hueso. La lesión cerebral produjo déficits intelectuales y emocionales permanentes. Tony Riley ya no podía recordar el hecho; todos sus recuerdos de incidentes posteriores a noviembre o diciembre de 2006 se habían borrado. [...] Tenía dificultades para comprender el lenguaje abstracto, y ya sólo podía expresarse verbalmente de manera deficiente. Ya no era capaz de experimentar emociones negativas, como por ejemplo culpa o remordimiento. Se mostraba despreocupado y superficialmente alegre»[50].

Tendría que ser claro que el caso del homicida de San Valentín exhibe la misma estructura que la primera de las dos variaciones del caso de la amnesia retrógrada examinadas por MERKEL. De ahí

[47] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, pp. 509 s. Para una reseña más detallada, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 27 ss.

[48] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 509.

[49] Para la diferenciación de uno y otro contexto de análisis, véase SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 679 ss., 688 ss.

[50] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 108.

que no pueda sorprender que el desenlace del proceso penal seguido contra Tony Riley haya quedado condicionado por la determinación de si el acusado exhibía, en una medida suficiente, la necesaria «capacidad para ser juzgado» (*fitness to be tried*)[51]. Más allá de la controversia circundante a la cuestión de si esta «solución procesal» es la adecuada para perfilar el *locus* conceptual del problema[52], sobre lo cual habrá que volver, por ahora basta con reproducir un fragmento de las palabras que la jueza Matthews profirió en el marco de la lectura de la sentencia pronunciada contra Riley el 2 de mayo de 2008, que le impuso una pena de dos años de privación de libertad, para advertir la radicalidad con la que, a primera vista al menos, su caso ejemplificaba el constreñimiento de la identidad personal como presupuesto de la imputación. Dirigiéndose a los familiares de la víctima, dijo la jueza:

> «Pero espero que ustedes entiendan que la determinación de la pena es un proceso complejo y que son muchísimas las consideraciones que necesitan ser tomadas en cuenta. Una de las más importantes entre ellas es el hecho de que la persona que es esencialmente responsable de su pérdida dejó de existir cuando apretó el gatillo contra sí mismo el 14 de febrero del año pasado. El hombre que ha estado sentado en el tribunal durante todo este proceso soportará el castigo por los hechos de aquel otro hombre, pero no es él quien es primordialmente responsable de ellos»[53].

Si nos tomamos al pie de la letra lo dicho por la jueza, tendríamos que concluir que la persona condenada no es la misma persona que perpetró el crimen por el cual la primera fue, en efecto, condenada. Y si esta constatación es acertada, entonces es difícil no dar la razón a ERHARDT cuando irónicamente observa que «[d]os años de cárcel son poco para una persona correctamente condenada por homicidio, pero es mucho para una persona inocente»[54].

2.4. La constelación «de los derechos» como subconstelación de la imputación

Como última constelación, ERHARDT nos presenta la que él mismo tematiza como la *constelación de los derechos*, cuya estructura prototípica sería la siguiente: una persona P tiene un derecho frente a una persona X, si y solo si la persona X es una y la misma persona que la persona Y[55]. La denominación así sugerida no es, sin embargo, terminológicamente afortunada. Pues, en consideración a los casos que quedarían aquí comprendidos, lo que ERHARDT entiende aquí por «derecho» (*Recht*) se corresponde, más bien, con lo que técnicamente habría que denominar un «permiso» o una «libertad», entendidos como las respectivas posiciones deónticas contradictoriamente opuestas a un deber de acción o de abstención. Esta precisión hace más fácilmente detectable cuál sería el rasgo compartido por los casos que conforman la presente constelación: el carácter jurídicamente permitido o liberado —y, con ello, no jurídicamente prohibido o requerido— de lo que un agente A hace o deja de hacer, y que compromete un bien jurídico de P, depende de que P sea la misma persona respecto de quien se ve cumplida una

[51] En detalle al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 109 ss., dando cuenta de los llamados «estándares Presser», imperantes en la praxis judicial australiana.

[52] Críticamente al respecto, SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 680 ss., 686 ss., abogando por la reconducción del asunto a un enjuiciamiento (sustantivo) de la eventual «necesidad de pena»; para una denuncia de la superfluidad de este último parámetro para el tratamiento del problema, acompañada de una defensa de la pertinencia del más tradicional tópico del «merecimiento de pena», véase PORCIÚNCULA, *ZIS*, (6), 2021, p. 360.

[53] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 111 s.

[54] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 112.

[55] ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 147.

condición de cuya satisfacción depende la permisión o liberación de lo hecho o no hecho por A. Así, por ejemplo, del hecho de que la persona cuyos bienes jurídicos resultan afectados como resultado de la correspondiente acción defensiva sea la misma persona que viene en consideración como agresor depende, trivialmente, que la ejecución de esa acción defensiva resulte cubierta por la permisión de la legítima defensa[56].

La constelación ahora considerada se ve ejemplificada por otro de los casos analizados por MERKEL, que este construye para someter a prueba uno de los «principios rectores» (*Leitsätze*) que el BGH enunciara al emitir su «decisión fijadora de precedente» (*Grundsatzentscheidung*) recaída en un caso en el que se planteaba la cuestión de la incidencia del consentimiento presunto de una paciente, afectada por un síndrome apálico irreversible, en la eventual licitud de la discontinuación, ordenada por el médico tratante, de su alimentación artificial, sin que se satisficieran los presupuestos de una eutanasia pasiva[57]. El caso propuesto por MERKEL es el siguiente:

> «El exitoso gerente A se entera de que ha contraído la enfermedad de Alzheimer. Él conoce el destino que le espera y piensa, con un horror irresistible, en el futuro estado de su total desamparo, de su completa dependencia de otros, de la extinción de todo recuerdo de las personas cercanas a él — y anticipa todo ello como una pérdida insoportable de su dignidad personal. Dado esto, [A] expide una así llamada "declaración dispositiva de paciente", en la cual él hace constar como voluntad vinculante suya que, una vez que estén presentes todos los síntomas de la enfermedad, ante cualquier enfermedad posterior no le sea aplicada medida alguna orientada a preservar su vida. De esta decisión él no duda siquiera por un segundo, mientras todavía es capaz de dudar en lo absoluto — hasta que sobreviene exactamente el estado que él anticipó en su declaración dispositiva y que lo motivó a emitirla. […] Sin embargo, ahora se constata que él ya nada sabe de su previo temor ante su estado actual, ya nada sabe de su pasado, nada de su declaración dispositiva de paciente […]. Pero también, y ante todo: que ahora él manifiestamente vive con mucho gusto y disfruta de las pequeñas amenidades de su cotidianeidad. Entonces sobreviene una aguda insuficiencia cardíaca, pero fácil de tratar mediante una operación»[58].

La pregunta que el caso, que podemos llamar «caso del Alzheimer», suscita es la de si tendríamos que reconocer eficacia a la declaración de voluntad anticipada, emitida por A cuando este todavía contaba como alguien capaz para consentir autónomamente en la posterior omisión, por parte de uno o más profesionales de la salud que a su respecto se encuentren en posición de garante, de alguna intervención quirúrgica médicamente indicada, para determinar la licitud o ilicitud de tal

[56] Al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, p. 144, quien construye un caso enteramente inadecuado para hacer detectable el problema. Más allá de que ERHARDT identifique el correspondiente patrón de violencia constante y sistemática ejercida contra la víctima como una «agresión permanente» (o «continua» o «incesante»), lo cual hablaría más bien a favor de que la causa de justificación pertinente fuera la del estado de necesidad defensivo —véase WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 534 ss., 544 ss.—, la circunstancia de que el evento resultante en el eventual «quiebre» de la identidad personal del pretendido agresor consista en un accidente cerebrovascular, resultante en un daño de «partes importantes del cerebro», volvería particularmente aguda la pregunta de si la víctima de ese previo maltrato constante y sistemático seguiría estando expuesta, en tal situación, a un peligro *actual*, susceptible de ser defensivamente neutralizado.

[57] BGH, decisión de 13 de septiembre de 1994 — 1 StR 357/94; al respecto, MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, pp. 506 s.; también KAWAGUCHI, en ARNOLD *et al.* (coords.), *FS Eser*, 2005, p. 141, aunque describiendo incorrectamente el resultado alcanzado por el BGH, que consistió en validar la condena del médico como autor mediato de una tentativa de homicidio omisivo, dado que la orden de suspender la alimentación de la paciente en definitiva no fue seguida por los enfermeros que la tenían a su cargo.

[58] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 507.

omisión[59]. Según MERKEL, la respuesta a esta última pregunta exigiría esclarecer si la persona cuya muerte pudiera ser impedida a través de la operación que, sin embargo, tendría que ser omitida para así honrar la voluntad manifestada por quien otorgó la correspondiente declaración dispositiva es, en efecto, la misma persona que emitió esa declaración. En sus propias palabras: «Si la persona posterior, ya no autónoma, es distinta de su antecesora, entonces su voluntad previa no puede legitimar una máxima de comportamiento vinculante en relación con la persona sucesora»[60].

Según MERKEL, en el caso del Alzheimer lo correcto sería negar que exista identidad entre quien emitió la declaración de voluntad anticipada y quien padece la insuficiencia cardíaca que vuelve clínicamente indicada la intervención quirúrgica. A su juicio, la «llave» para resolver el problema consistiría en la detección de que aquí nos encontraríamos ante una «colisión de intereses de sujetos diferentes»[61]. Esto supone negar que la declaración dispositiva previamente emitida por A, constitutiva de un consentimiento cualificado, pudiera contar como la condición de cuya satisfacción dependería que el o los médicos en cuestión, *qua* garantes de la vida y la salud de A, queden jurídicamente liberados de practicar la operación capaz de revertir el cuadro de insuficiencia cardíaca. Y la razón para ello radicaría en que la persona a la cual es imputable ese consentimiento, anticipatoriamente prestado, no sería la misma persona cuya supervivencia dependería de que sea practicada esa operación. En la literatura bioética, la preocupación así levantada por MERKEL responde a lo que se denomina la «suposición de la no-identidad»[62].

Lo anterior brinda sustento a la conjetura de que, en un caso como el del Alzheimer, el establecimiento de la licitud o ilicitud del comportamiento omisivo en el que pudieran llegar a incurrir uno o más médicos tratantes de A dependería del carácter afirmativo o negativo del respectivo juicio de identidad personal, el cual necesitaría quedar fundado en una determinada concepción de la identidad personal. Por el momento basta con observar que, en consideración a la índole del problema planteado, los casos que conforman la presente constelación admiten ser entendidos, sin distorsión alguna, como conformando una subconstelación de la constelación de la imputación. Su particularidad se reduce a que aquello que se nos presenta como el objeto de la respectiva imputación no consiste aquí en un comportamiento dotado de significación delictiva, sino más bien en un comportamiento, un estado o una circunstancia que incide en la caracterización deóntica del comportamiento enjuiciado, en función de quién es la persona afectada por este último comportamiento. Así, y retomando el ejemplo ya ofrecido, es claro que, para que un comportamiento resulte permitido a título de legítima defensa, es indispensable que la persona cuyos bienes jurídicos resultan menoscabados a través de la neutralización

[59] Valga la observación de que, aunque se trata de una posibilidad no prevista por el derecho chileno hoy vigente, la iniciativa de reforma de la Ley 20.584, resultante de la refundición de los proyectos de ley correspondientes a los boletines Nº 7.736-11, Nº 9.644-11, Nº 11.577-11 y Nº 11.475-11, consta de una regulación de lo que se propone denominar «documentos de voluntad anticipada», aunque circunscribiendo su ámbito de aplicación a intervenciones constitutivas de eutanasia (activa) directa en la forma de una «asistencia médica para morir». Tratándose de una eutanasia pasiva, consistente en la no aplicación, o bien en la interrupción, del respectivo tratamiento, la posibilidad de semejante consentimiento anticipatoriamente prestado queda sometida, *de lege lata*, al régimen general previsto para la manifestación de una voluntad «para denegar un tratamiento». En detalle sobre lo uno y lo otro, MAÑALICH, «Homicidio consentido y eutanasia», en ARMAZA ARMAZA *et al.* (coords.), *Del Derecho Penal al Bioderecho. Libro Homenaje a Carlos María Romeo Casabona*, v. II, 2026, *passim*.

[60] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 507.

[61] Así, MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 508; latamente al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 136 ss., 141 ss.

[62] Al respecto, QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 284 ss.; DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 164 ss.

pretendidamente defensiva de la correspondiente agresión antijurídica sea la misma persona a la que es imputable la agresión.

2.5. El déficit antropológico de la problematización de la identidad personal en la teorización del derecho penal

La revisión hasta aquí ofrecida de las cuatro constelaciones distinguidas por ERHARDT arroja, como conclusión, que esas cuatro constelaciones se dejan reducir a dos, en cada una de las cuales el fenómeno de la identidad personal se presenta de una manera suficientemente distintiva. Esto vuelve pertinente la pregunta de si es en lo absoluto fundada la hipótesis de que uno y el mismo problema sería temáticamente definitorio de una y otra constelación. En la constelación de la supervivencia, el respectivo juicio de identidad personal aparece condicionando la determinación de si una persona ha llegado a ocupar, o podría haber llegado a ocupar, el lugar de víctima de un cierto delito, pudiendo este último corresponderse con un homicidio, pero también con un delito eventualmente consistente en la irrogación de un «daño póstumo». En la medida en que el carácter afirmativo o negativo de ese mismo juicio incide aquí en la respuesta que tendríamos que dar a la pregunta por la posible *victimización* de una persona, puede sostenerse que, al interior de la constelación de la supervivencia, la tematización de la identidad temporal adquiere relevancia para fijar el alcance de determinadas decisiones de criminalización. Cuando nos situamos en la constelación de la imputación, en cambio, el respectivo juicio de identidad personal incide en que se vea o no cumplido un presupuesto «intertemporal» de la imputación de un comportamiento por sí mismo dotado de posible significación delictiva, o bien de la imputación de un factor incidente en la caracterización deóntica de un comportamiento que, a consecuencia de ello, pudiera quedar revestido de significación delictiva. De ahí que, en este segundo contexto, la tematización de la identidad personal cobre importancia para la reconstrucción del alcance de determinadas *condiciones adscriptivas* de cuya satisfacción puede depender, directa o indirectamente, la constitución de un hecho punible.

Lo anterior tendría que bastar para concluir que la atención que, aunque de manera incipiente y fragmentaria, las y los teóricos del derecho penal han empezado a brindar al fenómeno de la identidad personal es enteramente bienvenida. Esto no impide a uno advertir, al mismo tiempo, que este más bien reciente interés doctrinal por el asunto se muestra aquejado por lo que cabría caracterizar como un *déficit antropológico*: en el análisis de su múltiple incidencia jurídico-penal, el fenómeno de la identidad personal no llega a ser examinado en términos de su enraizamiento en algunos aspectos de la naturaleza humana[63]. A este respecto es imprescindible no perder de vista que la identidad personal cuya consideración interesa es la identidad de «personas naturales», lo cual *de lege lata* equivale a decir: la identidad de personas *humanas*. Ello impone la tarea de esclarecer la relación en la que se encuentran los conceptos expresados por los términos «ser humano» y «persona», dando cuenta, además, de que esta última palabra no exhibe el mismo significado cuando se la usa en clave metafísica, en clave ética y en clave jurídica.

Para clarificar cómo, a partir de ello, tendrían que ser analizadas las condiciones de identidad personal de personas humanas, parece imprescindible evitar dos vicios teóricos opuestos, a saber: por un lado, la resistencia a aceptar que los conceptos de ser humano y persona no son

[63] Para una contextualización general de la preocupación por el déficit antropológico que afecta a la contemporánea teorización de los sistemas de derecho penal, véase MAÑALICH, «¿Hacia un derecho penal poshumano?», *Isonomía*, (65), 2026, secciones II.A y II.B.

semánticamente equivalentes, incluso cuando por «persona» se entiende nada más que una persona natural; y, por otro lado, la asunción simplista de que el sentido en el cual un ser humano puede exhibir el estatus de persona no se vería en lo absoluto condicionado por el hecho de tratarse de una persona humana[64].

El primer vicio queda ejemplificado en el rechazo apriorístico que SILVA SÁNCHEZ opone a la sola sugerencia de que no es necesariamente el caso que, por el hecho de tratarse de un individuo de la especie humana, un ser humano tuviera que ser reconocido como una persona, con cargo a que ello supondría abrazar, «desde la perspectiva de un observador reduccionista», un «dualismo de mente y cuerpo»[65]. Pasar por alto el diferente rol inferencial, y así el diferente significado, de las expresiones «ser humano» y «persona» es incurrir en un error categorial. Para decirlo con HACKER: «[m]ientras que *ser humano* es una categoría biológica, *persona* es una [categoría] moral, jurídica y social»[66], siendo justamente esta divergencia semántica la que determina que la observación general de «que los seres humanos son personas no [sea] una tautología trivial»[67]. Y no deja de tener importancia que esta última puntualización se enmarque en la presentación de un programa wittgensteiniano de antropología filosófica[68], dado que, como HACKER mismo lo advierte, es en su filosofía de la psicología donde WITTGENSTEIN articula «el desafío más profundo al predominio de la tradición cartesiana»[69].

Por su parte, el segundo vicio encuentra su formulación más prístina en el célebre *dictum* kelseniano de que «también la así llamada persona física [...] es solo una persona jurídica»[70]. La eficacia provocadora del *dictum* se ve favorecida, decisivamente, por la ambigüedad de la que puede ser portadora la expresión «persona jurídica». Si tomamos el sustantivo «persona» como connotando un estatus jurídico, entonces es claro que al aludir a una *persona* natural o «física» estamos aludiendo a alguien a quien estamos atribuyendo una personeidad jurídicamente constituida. Pero de esto de ninguna manera se sigue que esa personeidad sea necesariamente equivalente a la personeidad, asimismo jurídicamente constituida, que es atribuida a una entidad corporativa cuando esta es identificada como una persona jurídica. Para poner el punto en términos de una distinción bien asentada en la jerga jurídica alemana: no es admisible confundir el estatus de una *Rechtsperson* («persona de derecho») con el estatus de una *juristische Person*

[64] Sobre uno y otro problema, a través de una reseña histórico-filosófica de la genealogía del concepto moderno de persona, HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 285 ss., 310 ss. Véase también GÜNTHER, «Die Person der personalen Rechtsgutslehre», en NEUMANN/PRITTWITZ (coords.), *„Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung" im Strafrecht*, 2007, pp. 19 ss., 29 ss., con una consideración más detenida de la relación entre el concepto metafísico y el concepto jurídico de persona.

[65] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal Parte General*, 2025, 1/70 s.; en referencia al estatus jurídico de los seres humanos no nacidos, véase *ibid.*, 2/106, donde se ofrece una impugnación de «la distinción iusfilosófica entre los conceptos de "ser humano" —ser perteneciente a la especie humana— y "persona" —sujeto de derechos—».

[66] HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 4.

[67] HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 285.

[68] Véase HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 1 ss., 7 ss.; para la descripción y justificación de la correspondiente metodología, centrada en el análisis conceptual, EL MISMO, *The Intellectual Powers. A Study of Human Nature*, 2013, pp. 436 ss.

[69] HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 28. Acerca del carácter primitivo que, contra el dualismo cartesiano, WITTGENSTEIN atribuía al concepto de ser humano en su análisis de los «predicados mentales», véase especialmente COOK, «Human Beings», en WINCH (ed.), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein*, 1969, pp. 121 ss., 140 ss., 144 ss.

[70] KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe, 2017 (reimp. de la 2.ª ed., 1960), p. 313. Para una crítica del planteamiento de JELLINEK, en lo fundamental coincidente con el de KELSEN en este punto, véase GÜNTHER, en NEUMANN/PRITTWITZ (coords.), *„Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung" im Strafrecht*, 2007, pp. 31 ss.

(«persona jurídica»). Pues, *pace* KELSEN[71], no hay razón alguna para asumir que, desde un punto de vista interno al derecho, no habría espacio para diferenciar los presupuestos y las consecuencias del reconocimiento de una entidad como una persona natural o, en cambio, como una persona no natural, sino artificial[72].

En efecto, únicamente respecto de una persona natural cabe decir, con HACKER, que «[l]a naturaleza de una persona está enraizada en la animalidad, pero es transformada por la posesión de intelecto y voluntad»[73]. Esto último es perfectamente compatible con que, de cara a la fundamentación de la punibilidad de una persona jurídica, también corresponda plantear la pregunta por las condiciones y los límites de su identidad personal[74]. Pero la respuesta a la pregunta así planteada difícilmente podrá hacer caso omiso de que la ontología de una persona jurídica, en cuanto persona artificial, es enteramente heterogénea respecto de la ontología de una persona natural[75].

3. La identidad personal como categoría antropológica

3.1. La forma de vida «personal» de los animales humanos

En el esfuerzo por hacer explícito el anclaje antropológico del fenómeno de la identidad personal de las personas humanas, un buen punto de partida lo brinda el análisis, presentado por el filósofo alemán Michael QUANTE, de la compatibilidad o incompatibilidad de las siguientes dos proposiciones concernientes a la clase de seres que somos, a saber: (1) la tesis de que, en cuanto seres humanos, somos organismos vivientes identificables por nuestra pertenencia a una determinada especie animal; y (2) la tesis de que, en cuanto seres humanos, somos capaces de llevar, y de hecho conseguimos llevar, una «forma de vida personal»[76]. En estos términos, QUANTE se propone responder la pregunta acerca de cómo es posible, y qué implicaciones tiene, que los seres humanos seamos animales que llevan lo que, en jerga wittgensteiniana, podríamos tematizar como una *Lebensform* personal.

Para construir la respuesta a la pregunta recién planteada, QUANTE nos invita a pensar en la «existencia humana» como organizada sobre dos ejes. Mientras que el primer eje estaría constituido por la tensión entre ser «un organismo encarnado» y desplegar una «vida mental intencional», el segundo eje se correspondería con la tensión entre el hecho de que los seres

[71] Véase KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2017 (reimp. de la 2.ª ed., 1960), pp. 312 s., rechazando la factibilidad metodológica de introducir semejante distinción entre la «naturalidad» de una persona física y la «artificialidad» de una persona jurídica.

[72] Más detenidamente sobre esto, MAÑALICH, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, pp. 23 ss., 29 ss.

[73] HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 313.

[74] Detalladamente al respecto, DIAMANTIS, «Successor Identity», *Yale Journal on Regulation*, (36), 2019, pp. 9 ss., 20 ss., en el contexto de su defensa de un principio de «identidad del sucesor»; en la discusión doctrinal hispanoparlante, véase CIGÜELA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, pp. 134 ss., 148 ss., 153 ss., quien no llega a advertir la necesidad de no confundir lo que puede ser tematizado como «unidad diacrónica», por un lado, e «identidad biográfica» (o «narrativa»), por otro.

[75] Véase MAÑALICH, *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, pp. 10 ss., 15 ss., con referencias ulteriores.

[76] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 14 ss.

humanos seamos, en general, «seres capaces de autodeterminación» y el hecho de que estemos, al mismo tiempo, «socialmente constituidos»[77]. A pesar de que QUANTE no lo hace explícito, tendría que ser claro que los dos ejes se entrecruzan ortogonalmente. Adaptando una observación aportada por HACKER, cabe sugerir que el entrecruzamiento de los dos ejes se produce en el lugar en el cual nuestra condición como especímenes de la especie humana queda internamente conectada con que el *homo sapiens* sea un *homo loquens*, esto es, un «homínido parlante»[78]. Pues tanto el hecho de que nuestra vida mental esté marcada por la capacidad de adoptar actitudes intencionales a las que atribuimos contenido propiamente proposicional, por un lado, como el hecho de que podamos reconocernos como seres reflexivamente capaces de autodeterminarnos, por otro lado, se ven posibilitados por el hecho más básico de que, para decirlo nuevamente con WITTGENSTEIN, nuestra «historia natural» nos ha convertido en animales lingüísticos[79]. Y este último aspecto de nuestro modo de existencia parece indisociable de la hipercompleja forma de «socialidad» que es asimismo distintiva de cómo vivimos los animales humanos[80].

Una aproximación como la recién delineada puede verse enfrentada a la objeción de que, por esa vía, se buscaría ofrecer una explicación *naturalista* de aspectos de nuestra forma de existencia que, sin embargo, solo pueden ser adecuadamente especificados a través del empleo de un vocabulario normativo. Semejante objeción descansaría, empero, en lo que Michael PAUEN ha caracterizado como la «confusión naturalista» que ha tendido a afectar a la antropología filosófica[81]. La confusión se disipa una vez que advertimos que, en el presente contexto, la palabra «naturalismo» se muestra aquejada por una ambigüedad, para cuya superación podemos valernos de la distinción entre un «naturalismo del objeto» (*object naturalism*), por un lado, y un «naturalismo del sujeto» (*subject naturalism*), por otro[82]. Adoptar un naturalismo del objeto es asumir la tesis de que todo objeto o toda propiedad de un objeto que admita ser registrado en nuestro inventario de la realidad ha de ser localizable en el «mundo natural», que es precisamente lo que no deja espacio a una explicación naturalista de fenómenos no naturales. Pero la situación varía si únicamente nos comprometemos con un naturalismo del sujeto, en términos del cual, según observa PRICE, «la filosofía necesita comenzar con lo que la ciencia nos dice acerca de nosotros mismos», a saber, que «nosotros, los humanos, somos creaturas naturales»[83]. En estos términos, que los seres humanos seamos creaturas naturales —y más precisamente: organismos vivientes— es perfectamente compatible con que nuestra deriva evolutiva nos haya convertido en seres capaces de llevar una forma de vida personal.

Lo anterior tiene importancia para aquilatar el desafío explicativo que, según QUANTE, consiste en hacer inteligible que, «[n]o obstante esta socialidad de los sujetos humanos, la forma de vida personal de los humanos se distingue significativamente [...] por el intento de una realización de

[77] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, p. 14.

[78] Véase HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 233 ss., 238 s.; también EL MISMO, *The Intellectual Powers*, 2013, pp. 101 ss.

[79] WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe 1, 1984, § 25: «Ordenar, preguntar, relatar, charlar pertenecen a nuestra historia natural tanto como andar, comer, beber, jugar».

[80] HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 237 s.

[81] PAUEN, *Was ist der Mensch?*, 2007, pp. 19 ss., 24 ss.

[82] Fundamental, PRICE, *Expressivism, Pragmatism and Representationalism*, 2013, pp. 4 ss.; más detalladamente al respecto, en conexión inmediata con la explicitación de la antropología subyacente a los modernos sistemas de derecho penal, MAÑALICH, *Isonomía*, (65), 2026, secc. III.A.

[83] PRICE, *Expressivism, Pragmatism and Representationalism*, 2013, p. 5.

autonomía y *responsabilidad*»[84]. En esto radicaría que cada uno de nosotros lleve una vida que no es solamente *biológica*, sino al mismo tiempo *biográfica*. En condiciones normales, cada uno de nosotros logra desarrollar una «relación biográfica consigo mismo», la cual, empero, «solo puede existir al interior de prácticas sociales compartidas y cuyo contenido es constituido a través de la interacción social»[85]. Esta última proposición funciona, según QUANTE, como la hipótesis fundamental de cuya sustentación dependería la elucidación antropológica del «juego recíproco [que existe] entre la identidad personal y el estatus moral de los individuos humanos»[86].

3.2. La «identidad personal» como unidad diacrónica

QUANTE apuesta por resituar la controversia acerca de las condiciones de la identidad personal al interior de un programa de antropología filosófica[87]. Esta estrategia no resulta neutra desde el punto de vista de cómo se encuentra canónicamente organizado, en el campo de la metafísica analítica, el debate concerniente a cuáles serían las condiciones de la identidad personal, preliminarmente entendida como la identidad de una persona (natural) *a través del tiempo*. El punto de partida está representado por el hallazgo de la ambigüedad que aqueja a la expresión «identidad personal», cuya falta de detección se ve reflejada en el tratamiento que las y los teóricos del derecho penal han tendido a dar al fenómeno[88].

Siguiendo a QUANTE, podemos desambiguar la pregunta por las condiciones de la identidad personal por la vía de reducirla a cuatro preguntas más específicas, a saber: (1) la pregunta por las condiciones de la «personeidad» (*Personalität*), que apunta a las propiedades y las capacidades en virtud de las cuales una entidad cuenta como una persona; (2) la pregunta por la «unidad sincrónica» de una persona, esto es, la pregunta por aquello que determina que, en un punto de tiempo cualquiera, una entidad que satisface las condiciones de personeidad sea exactamente una (única) persona, distinguible de cualquier otra persona; (3) la pregunta por la «persistencia» o «unidad diacrónica» de una persona, que es la pregunta por la identidad de una persona «a través del tiempo»; y (4) la pregunta por la «personalidad» (*Persönlichkeit*) de tal o cual persona, que es la pregunta de quién es individualmente, en un sentido biográfico, la persona en cuestión, que por ello suele ser entendida como la pregunta por la identidad *narrativa* de una persona[89].

La desambiguación así ofrecida hace posible advertir que, en el debate aquí considerado, la expresión «identidad personal» es tomada en el tercer sentido, esto es, en el sentido de lo que podemos denominar «unidad diacrónica», o «persistencia», de una persona natural. Esto hace posible enunciar con mayor precisión, según lo sugiere OLSON, en qué consiste el problema de la identidad personal a través del tiempo, al modo de la pregunta siguiente: «Para algo cualquiera

[84] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, p. 14.

[85] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 14 s.

[86] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 29 ss.

[87] Véase QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 16 ss., caracterizando ese programa como el de una «antropología pragmatista»; más detenidamente sobre esto último, en atención a sus consecuencias para la explicitación de una antropología jurídico-penal, MAÑALICH, *Isonomía*, (65), 2026, secciones III.B y III.C.

[88] *Infra*, 4.1.

[89] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 15 ss., 29 ss.; véase también EL MISMO, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 32 ss. En particular acerca de la distinción entre los conceptos de identidad (numérica) a través del tiempo y de identidad narrativa de una persona, véase también DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 7 ss., 11 ss., 77 ss.; ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 222 ss., 226 ss.

que sea una persona en un [punto de] tiempo, ¿bajo qué posibles circunstancias es algo —lo que sea— que existe en algún otro [punto de] tiempo numéricamente idéntico a esa persona?»[90].

Así planteado el problema, una concepción de la identidad personal *qua* unidad diacrónica es una concepción de lo que significa que la entidad individual en la que consiste una determinada persona (natural) persista a través del tiempo. Los enfoques que compiten por ofrecer una respuesta filosóficamente adecuada a esa pregunta pueden ser clasificados en dos grandes grupos, que suelen ser presentados como el de las concepciones «no reduccionistas», por un lado, y el de las concepciones «reduccionistas», por otro[91]. Esta última distinción puede ser reemplazada por una contraposición entre concepciones «simples» y concepciones «complejas»[92]. En estos términos, las concepciones simples conciben la identidad de una persona a través del tiempo como algo «no reducible a relaciones empíricamente observables» y, por ello, como un «*factum* esencialmente ligado a la perspectiva de la primera persona»[93]. En cambio, las concepciones complejas parten de la base de que la persistencia de una persona es «analizable y [de ese modo] reducible», en el entendido de que ella «queda constituida a través de relaciones de continuidad empíricamente observables»[94]. Como se explicará más adelante, y contra lo que pudiera asumirse, la distinción así trazada no admite ser reformulada como una distinción entre concepciones pretendidamente «metafísicas», por un lado, y concepciones pretendidamente «empiristas», por otro[95].

3.3. Personismo *versus* animalismo

La primera sección del primero de los tres volúmenes que componen la monumental monografía *On What Matters*, del filósofo británico Derek PARFIT, se abre con esta declaración: «Nosotros somos los animales que pueden tanto entender como responder a razones»[96]. Esta caracterización de los seres humanos como animales racionales, que se remonta hasta la filosofía de ARISTÓTELES[97], tiene el mérito de captar, sintéticamente, la doble base de nuestra condición como seres dotados de agencia, sintiencia y sapiencia[98]. Siendo en nuestra animalidad donde reposa, basalmente, nuestra condición de seres sintientes, es en nuestra racionalidad donde queda cifrada tanto nuestra condición de agentes como nuestra condición de sapientes.

---

[90] OLSON, *The Human Animal. Personal Identity Without Psychology*, 1997, p. 23.

[91] Véase PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 209 ss.; en detalle, NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 95 ss.; al respecto, también PORCIÚNCULA, *ZIS*, (6), 2021, pp. 353 s. Valga la precisión de que los dos grupos de concepciones así contrastados se corresponden con lo que ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 257 ss., opta por etiquetar, respectivamente, como concepciones «fundamentalistas» y concepciones «reduccionistas». Que esta terminología pudiera no ser la más conveniente es indicado por el hecho de que, contra lo sugerido por PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, p. 275, una concepción como la que él mismo favorece, en cuanto centrada en el criterio de la continuidad psicológica, debería ser caracterizada como «reductiva», mas no como «reduccionista»; véase NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 96 s.

[92] Al respecto, STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 33 ss., 42 ss. Véase, sin embargo, NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 93 ss., según quien una y otra distinción serían independientes y, con ello, compatibles entre sí.

[93] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 30.

[94] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 30.

[95] *Infra*, 4.1.

[96] PARFIT, *On What Matters*, v. I, 2011, p. 31.

[97] Fundamental, MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, 1999, pp. 1 ss., 5 ss., 53 ss., 81 ss.

[98] Al respecto, MAÑALICH, *Isonomía*, (65), 2026, sección II.C.

Lo anterior podría ser tomado como nada más que un puñado de perogrulladas filosóficamente inofensivas y, por lo mismo, estériles. Pero las apariencias engañan. Para advertirlo, bastaría con notar que, en un trabajo aparecido apenas un año después de la publicación del tomo que se abría con la declaración ya reproducida, PARFIT sostenía que ese *dictum* podría resultar «engañoso», lo cual volvería necesario añadirle una «nota cualificadora»[99]. Pero esta concesión no deja de representar un *understatement*, dada la magnitud del ajuste que PARFIT consideraba apropiado introducir a modo de «cualificación» de su *dictum*. Ello resulta claro si atendemos al título que PARFIT diera a ese ensayo posterior, que traducido al castellano reza: «No somos seres humanos».

Con esto último PARFIT estaba negando, más exactamente, que Ud. y yo seamos animales humanos, con cargo a la idea de que cada uno de nosotros esencialmente sería, más bien, una persona «en sentido lockeano», esto es, «un ser inteligente pensante que tiene razón y reflexión y puede considerarse a sí mismo como sí mismo, la misma cosa pensante en diferentes tiempos y lugares»[100]. En esto consiste la posición que podemos denominar «personismo», o «esencialismo de la persona»[101]. Como muchos otros partidarios contemporáneos de semejante concepción *personista*, PARFIT consideraba necesario clarificar la relación en la que se encontraría, verbigracia, la persona llamada «Derek Parfit» con el organismo animal al que alguien estaría apuntando al apuntar un arma de fuego hacia el cuerpo de Derek Parfit. Revisando su anterior defensa del llamado «criterio psicológico basado en el cerebro»[102], en su trabajo ahora considerado PARFIT tomaba partido por el «enfoque de la parte encarnada», originalmente propuesto por MCMAHAN[103]. De acuerdo con este enfoque, tanto Ud. como yo seríamos, en cuanto personas, las respectivas «partes conscientes, pensantes y controladoras de un animal humano»[104], de lo cual se seguiría que el animal humano del cual yo, *qua* persona, soy una parte es un animal «capaz, de una manera [solo] derivativa, de entender y responder a razones»[105].

Al defender la versión de una concepción personista que él identificaba con el enfoque de la parte encarnada, PARFIT estaba presentando una respuesta a la pregunta específica por las condiciones de la persistencia de la entidad en la que consiste una persona. Quien, con PARFIT, defienda una concepción personista tendría que ofrecer una respuesta que, en la senda marcada por LOCKE[106], haga depender esa persistencia de la existencia de una cierta relación de *continuidad psicológica*[107]. Como alternativas a semejante enfoque psicológico cabría reconocer, tal como

[99] PARFIT, «We Are Not Human Beings», *Philosophy*, (87-1), 2012, p. 26.

[100] Así, LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 9; al respecto, PARFIT, *Philosophy*, (87-1), 2012, p. 6.

[101] Al respecto, y críticamente, DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 29 ss.

[102] Véase PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 207 s.; al respecto, EL MISMO, *Philosophy*, (87-1), 2012, pp. 6 s.

[103] MCMAHAN, *The Ethics of Killing*, 2002, pp. 66 ss., 86 ss. Para una consideración crítica, véase DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 68 ss.; más detalladamente, MCGEE, «We Are Human Beings», *Journal of Medicine and Philosophy*, (41), 2016, pp. 149 ss., 161 ss.

[104] PARFIT, *Philosophy*, (87-1), 2012, p. 14.

[105] PARFIT, *Philosophy*, (87-1), 2012, p. 26. Para una detallada propuesta de refutación de este último enfoque, véase OLSON, «On Parfit's View That We Are Not Animals», en O'HEAR (ed.), *Mind, Self and Person*, 2015, pp. 40 ss., 47 ss., 51 s., mostrando cómo el planteamiento de PARFIT no lograría sustentar la proposición de que habría una única entidad pensante con la cual cada uno de nosotros sería respectivamente idéntico, así como su incompatibilidad con la adopción de un enfoque psicológico para fijar las condiciones de persistencia de una persona.

[106] Véase LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, §§ 9 s., 16 ss.

[107] Al respecto, PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 204 ss., 219 ss., cuya defensa del criterio de la continuidad psicológica se orientaba, entre otras cosas, a eludir la objeción que el obispo BUTLER dirigiera contra la formulación original del criterio en cuestión, ofrecida por LOCKE, y que apuntaba a que su aplicación resultaría viciosamente

PARFIT mismo observa, las siguientes dos posibilidades: por un lado, un enfoque según el cual la identidad personal a través del tiempo dependería de la *persistencia de una sustancia inmaterial* que pudiéramos llamar «alma»[108]; por otro, un enfoque según el cual esa identidad dependería de la existencia de una relación de *continuidad biológica*[109]. En la medida en que concordemos con PARFIT en que nada parece hablar a favor de la hipótesis de que exista tal cosa como una sustancia inmaterial como la que supuestamente sería denotada por el término «alma»[110], podemos circunscribir la controversia al contraste entre un enfoque psicológico, anclado en una concepción personista, y un enfoque biológico, anclado en una concepción animalista.

A diferencia del enfoque psicológico, el enfoque biológico logra dar cuenta, transparentemente, del estatus de la identidad personal a través del tiempo como una categoría *antropo*lógica. Pues el enfoque biológico especifica condiciones para la persistencia de entidades que, en lo que aquí interesa, aparecen identificadas como seres vivos pertenecientes a la especie del *homo sapiens*, y no como personas. Desde este mismo punto de vista, sin embargo, se vuelve fácilmente detectable la dificultad fundamental a la que, al menos a primera vista, se ve enfrentada la concepción animalista cuando uno busca convertirla en el sustento último de la explicitación de una antropología jurídico-penal. Dada la centralidad que la categoría de persona ocupa en la articulación de cualquier sistema de derecho penal moderno[111], parece haber algo más que un mero atrevimiento en la sugerencia de que quienes en primera línea administran y quienes en

---

circular: dado que lo que ordinariamente llamamos un «recuerdo» es algo cuya correcta adscripción a una persona implica que esa persona ha sido quien ha experimentado aquello de cuyo recuerdo se trata, tematizar la continuidad de uno o más recuerdos —esto es, de la memoria— de una persona *presupondría* la persistencia de la persona en cuestión. De ahí que, para evitar incurrir en la presuposición que volvería circular la aplicación del criterio, y adoptando una estrategia originalmente diseñada por SHOEMAKER, PARFIT optara por reemplazar la noción de recuerdo por la de un «cuasi-recuerdo» (*quasi-memory*), cuya correcta adscripción a alguien no prejuzgaría que la persona que tiene el cuasi-recuerdo sea idéntica a quien experimentó aquello que contaría como cuasi-recordado. Acerca de este lugar común del debate especializado, véase también NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, p. 11; más detalladamente, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 246 ss.

[108] A pesar de que en su planteamiento no figura una invocación explícita de semejante sustancia inmaterial, SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, p. 667, parece mostrarse implícitamente comprometido con su postulación, al sugerir que «la existencia de una identidad personal sustancial» dependería de una «permanencia esencial», no reducible a una «continuidad temporal y mental». Esto supone tomar partido por una concepción simple, en cuanto no reductiva, de la identidad personal *qua* identidad diacrónica. Para una exposición pormenorizada de tales «teorías simples», que en lo fundamental giran en torno a la irreductibilidad de la perspectiva de la primera persona, véase STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 42 ss.

[109] PARFIT, *Philosophy*, (87-1), 2012, pp. 6 s. Para una distinción solo próxima, pero no equivalente, a la aquí considerada, entre un «enfoque del alma», un «enfoque del cuerpo» y un «enfoque de la personalidad», véase KAGAN, *Death*, 2012, pp. 115 ss., 118 ss., 127 ss. La divergencia radica en que lo que KAGAN tematiza como el enfoque corporal no es coincidente con un enfoque biológico; al respecto, y detalladamente, OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 44 ss., 124 ss., 142 ss.

[110] PARFIT, *Philosophy*, (87-1), 2012, p. 6. Más detenidamente sobre ello, OLSON, *What Are We?*, 2007, pp. 150 ss., 164 ss., 168 ss. Valga la observación de que la renuncia a postular semejante sustancia inmaterial que pudiera ser identificada con un alma no conlleva, *per se*, un rechazo de una conceptualización no sustancialista del alma como la defendida por ARISTÓTELES, cuyo hilomorfismo, aplicado a los seres vivientes, lleva a identificar el alma, o *psuchē*, no con una entidad adherida al respectivo cuerpo, sino con la forma del cuerpo en cuanto «cuerpo viviente». Al respecto, véase HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 21 ss., en el marco de una contraposición de las tradiciones platónica y aristotélica en la antropología filosófica; más detalladamente, EL MISMO, «An Intellectual Entertainment: The Nature of the Mind», en O'HEAR (ed.), *Mind, Self and Person*, 2015, pp. 216 ss.

[111] Véase ya LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, §§ 18 ss.; al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 154 ss., 156 ss., dando cuenta de cómo la «tesis de LOCKE», según la cual «la adecuación, corrección y justicia de la pena está fundada en la relación de la identidad personal», reclamaría ser aplicable no solo respecto de castigos privadamente administrados, sino también respecto de la punición estatal.

primera línea están expuestos a la operación de un sistema de derecho penal no son, esencialmente, personas.

Sin embargo, y como procuraré mostrarlo a continuación, una concepción animalista no tiene dificultad alguna para dar cuenta de que entidades ontológicamente categorizadas como organismos animales logren exhibir, durante buena parte de su existencia, el estatus especificado por el concepto de persona. Y ello tendría que llevar a concluir que no hay contradicción alguna en que, a partir de la defensa de una concepción animalista, echemos mano al enfoque biológico para responder la pregunta por las condiciones de persistencia de una persona natural, en la medida en que la entidad que está siendo identificada como la persona en cuestión sea, esencialmente, un animal humano[112].

3.4. La personeidad de los animales humanos y su individuación «sortal»

En congruencia con la célebre observación de LOCKE en cuanto a que la palabra «persona» funcionaría como un «término forense»[113], QUANTE entiende por «personeidad» un determinado estatus normativo que, contra la tradición lockeana, encontraría su sustento último en relaciones sociales de reconocimiento[114]. Esto, porque sería la correspondiente práctica social recognoscitiva la que en último término determinaría cuáles son las condiciones de cuya satisfacción depende que, al interior de esa práctica, una entidad exhiba el estatus de persona. De esto depende, en efecto, que tenga sustento la hipótesis, suscrita por QUANTE, de que la forma de vida personal que es característica de la existencia humana resulta constituida a través de relaciones sociales[115]. Y a pesar de que la satisfacción individual de las condiciones de personeidad, en cuanto «características que convierten a algo en persona», sería una cuestión de grado, de ello no se seguiría que el estatus de persona en cuanto tal sea graduable. Antes bien, esa misma práctica recognoscitiva haría reconocible que el concepto de persona funciona, de esta manera, como un «concepto-umbral»: si una entidad cuenta como una persona, en virtud de satisfacer, en una medida que la respectiva práctica social convierta en suficiente para ello, esas condiciones de personeidad, entonces esa entidad cuenta como una persona «a secas», sin que ello admita graduación alguna[116].

Aunque se trata de un asunto altamente intrincado, como condiciones de personeidad podemos enunciar, siguiendo el célebre planteamiento de DENNETT, las siguientes seis condiciones, entendidas como individualmente necesarias, aunque interdependientes: (1) ser una entidad

[112] La doble tesis así enunciada es exhaustivamente defendida en OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 16 ss., 42 ss., 94 ss. Véase también QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 47 ss., 54 ss.; DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 46 ss. En la literatura jurídico-penal, véase MAÑALICH, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 245 s.

[113] LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 26. Al respecto, OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 57 ss.; también NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 38 ss.; ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 157 s.

[114] Detalladamente, QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 51 ss.

[115] *Supra*, 3.1. Para una rigurosa defensa de la tesis según la cual el «valor de la humanidad» sería irreductiblemente relacional, aunque susceptible de entenderse anclado a propiedades intrínsecas de las entidades que exhiben ese valor, véase THEUNISSEN, *The Value of Humanity*, 2020, pp. 28 ss., 57 ss., 87 ss., quien por esa vía busca reconciliar la identificación, reconducible a la filosofía práctica de la antigüedad, de lo valioso (o «bueno») con lo beneficial, por un lado, con el rechazo moderno, y canónicamente explicitado por KANT, de una concepción instrumentalista de la valía de lo humano, por otro.

[116] Así, QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 42 s.

dotada de racionalidad, (2) a la que sean atribuibles estados intencionales, (3) respecto de la cual sea adoptada, por otros, una «actitud intencional» para hacer comprensible su comportamiento, (4) que adopte esa misma actitud intencional, (5) que sea capaz de formarse intenciones de segundo orden, esto es, intenciones referidas a sus propias intenciones, y (6) que sea reconocida como poseedora de esa especie de autoconsciencia práctica que llamamos «libertad de voluntad»[117]. El contenido de las condiciones así enunciadas tendría que hacer reconocible que, en el presente contexto, el concepto de persona es tomado como uno que especifica un estatus normativo que convierte a la entidad en cuestión en susceptible de ser responsabilizada por el despliegue de su propia agencia. En tal medida, se trata de un concepto (funcionalmente) «adscriptivo» de persona, el cual no debería ser confundido con lo que, por contraste, cabría caracterizar como un concepto «deóntico» de persona, cuya función es la de servir como marca de que la entidad en cuestión cuenta como titular de determinados derechos subjetivos[118]. La precisión es importante, toda vez que, en el campo propiamente jurídico, el término «persona» es empleado, en general, en el segundo de estos dos sentidos recién distinguidos. Con todo, para lo que aquí interesa basta con advertir que, incluso cuando el concepto de persona es tomado, como categoría jurídica, en este último sentido, ese concepto no resulta ser coextensivo, sin más, con el concepto de un individuo de la especie humana, tal como lo pone de manifiesto el hecho de que, bajo muchos sistemas jurídicos, la adquisición del estatus de persona quede acoplada al hito del nacimiento del respectivo ser humano[119].

Dando un paso más, QUANTE sostiene que, desde una aproximación como la suya, no es difícil explicar que entre las condiciones que son socialmente tratadas como las que fijan las «características que convierten a algo en persona» figuren, entre otras, las condiciones que quedan recogidas en la definición lockeana del concepto de persona[120]. Pues la posesión (actual) de la capacidad de un ser inteligente pensante para «considerarse a sí mismo como sí mismo» parece indispensable para que ese ser pueda desarrollar la forma de vida personal que se ve reflejada en que ese ser se nos presente como el protagonista de una biografía. Precisamente aquí radicaría la conexión interna que cabría reconocer entre la personeidad y la personalidad de una persona humana: «todas las características y capacidades que figuran entre las condiciones de personeidad también *hacen posible* para una entidad desarrollar su propia personalidad y expresar su propia perspectiva e individualidad»[121].

Lo anterior es perfectamente compatible, sin embargo, con que una entidad que, por satisfacer —en la medida mínimamente suficiente— el conjunto de condiciones de personeidad, cuente como una persona y que, en virtud de ello, logre individualmente llevar la forma de vida en la que consiste desarrollar una personalidad tenga que ser identificada como alguien que, esencialmente, no es una persona, sino un animal humano. Hacer inteligible esto último equivale a explicar por qué, según QUANTE, únicamente el enfoque biológico, anclado en una tesis animalista, es apto para responder la tercera de las cuatro preguntas específicas que, según ya

[117] DENNETT, *Brainstorms. Philosophical Essays on Mind and Psychology*, 1981, pp. 267 ss. Para la recepción del planteamiento de DENNETT en el discurso de la filosofía jurídico-penal, véase KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, t. I, 2021, pp. 296 ss., a propósito de la conexión existente entre los conceptos de personeidad y culpabilidad.

[118] Detalladamente sobre esto último, MAÑALICH, «Animalhood, interests, and rights», *Journal of Human Rights and the Environment*, (11-2), 2020, pp. 165 ss., con referencias ulteriores.

[119] Al respecto, MAÑALICH, *Journal of Human Rights and the Environment*, (11-2), 2020, pp. 168 ss.

[120] *Supra*, 3.3.

[121] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, p. 42.

fuera anticipado, quedan confundidas en la tematización indiferenciada de la «identidad personal» de alguien como Ud. o como yo, a saber: la pregunta por nuestra respectiva identidad a través del tiempo[122].

La clave para ello aparece con la consideración de que el sentido en el cual es empleada la noción de identidad, cuando tematizamos la identidad de una persona a través del tiempo, es el sentido de una identidad *numérica*, y no una relación de identidad *cualitativa*[123]. En estos términos, la pregunta por la identidad numérica entre una entidad X y una entidad Y no es la pregunta por la posible plena similitud entre dos entidades, respectivamente identificadas como X e Y, sino la pregunta de si los términos «X» e «Y» denotan una y la misma entidad. Para la correcta formulación de un juicio de identidad personal, que ahora podemos cualificar como un juicio *diacrónico* de identidad personal[124], es necesario que su formulación satisfaga la condición expresada por lo que WIGGINS llamó la «tesis de la dependencia sortal de la individuación»[125]. Esto quiere decir que, para responder la pregunta de si X es una entidad numéricamente idéntica a Y, necesitaremos echar mano a algún *concepto sortal*, entendiendo por tal un concepto que «delimita determinativamente» aquello que cae bajo el concepto en cuestión[126]. En este sentido, un concepto sortal es uno que no solamente especifica una cualidad exhibida por aquello a lo cual ese concepto es aplicable, sino que al mismo tiempo tiene «incrustado» un criterio de individuación y cuantificación de las instancias que ejemplifican la cualidad en cuestión.

Sin embargo, no cualquier concepto sortal será apropiado para tal efecto. Antes bien, el concepto en cuestión tendría que ser «constitutivo». Esto, no meramente en el sentido de que las propiedades especificadas por ese concepto sortal sean exhibidas por la respectiva entidad «en todos los instantes de su existencia», sino también en el sentido de que aquel «proporcione las condiciones de persistencia requeridas», de manera tal que de la adquisición o la pérdida de esas propiedades dependa el inicio o el término de la existencia de la correspondiente entidad[127]. Esto equivale a decir que el concepto sortal que empleemos tendrá que ser un «sortal de sustancia» y no, en cambio, un «sortal de fase»[128].

Piénsese, por ejemplo, en el concepto expresado por el sustantivo «jurista». Este es un concepto sortal de fase, por cuanto vuelve identificables las entidades a las que ese concepto es aplicable en atención a una cualidad que esas entidades exhiben durante algún lapso parcial de su existencia. Así, aunque yo soy un jurista, la pregunta de si soy numéricamente idéntico a alguien que, con el propósito de llegar a ser un jurista, y teniendo mis mismos nombres y apellidos, en marzo de 1998 daba inicio a sus estudios de derecho no se deja formular adecuadamente si, para tal efecto, soy identificado como un jurista. Pues, dado que quien, en aquel entonces y en aquellas condiciones, empezaba a estudiar derecho no era un jurista, sería inconducente preguntar si ese individuo y yo somos uno y el mismo jurista. En tal medida, que sea posible que yo sea numéricamente idéntico

[122] QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, 2018, pp. 37 ss.

[123] Véase PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 201 s. Al respecto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 236 ss.; también STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 26 ss.

[124] Acerca de la estructura de los juicios de identidad personal, así entendidos, *supra*, 1.

[125] WIGGINS, *Sameness and Substance Renewed*, 2001, pp. 21 ss.

[126] Así, TUGENDHAT, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, 1976, p. 453. Latamente al respecto, WIGGINS, *Sameness and Substance Renewed*, 2001, pp. 8 ss., 55 ss., 77 ss.

[127] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 51.

[128] Fundamental, WIGGINS, *Sameness and Substance Renewed*, 2001, pp. 28 ss.; al respecto, también OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 27 ss.; HACKER, *Human Nature*, 2007, pp. 37 ss.

a una entidad que, en algún punto de tiempo, no haya sido un jurista implica que yo no soy, esencialmente, un jurista, que es justamente lo que se sigue de que el sustantivo «jurista» sea expresivo de un concepto sortal de fase. En contraste con ello, un concepto sortal de sustancia es un concepto que, siendo aplicable a una entidad persistente, le es necesariamente aplicable a lo largo de toda su existencia.

La pregunta que, sobre esta base, tendríamos que responder es la de si el concepto de persona tiene que ser entendido como un sortal de sustancia o, en cambio, como un sortal de fase. Según lo ya planteado, el concepto de persona especifica un estatus normativo que puede exhibir una entidad en virtud de que esta entidad satisface las condiciones que son socialmente tratadas como fundantes de personeidad. Con ello, la pregunta pasa a ser si alguien que, como Ud. o como yo, actualmente exhibe el estatus de persona es una entidad que, necesariamente, habrá exhibido ese estatus durante toda su existencia. Para advertir que la respuesta solo puede ser negativa, tendría que ser suficiente prestar atención a cuál tendría que ser la solución a lo que OLSON denomina el «problema del feto»[129], que no es otro que el problema suscitado por la pregunta de si la persona que Ud. es o que yo soy hoy fue alguna vez un feto. Si nos parece obvio que la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, entonces ello es indicativo de que el concepto sortal al que estaremos echando mano para dar cuenta de la identidad a través del tiempo de una persona como Ud. o como yo *no* puede ser el concepto de persona, dado que, a diferencia de Ud. o de mí, un feto no es una entidad que satisfaga las características que convierten a algo en persona[130].

Ergo, si la persona que yo soy ahora puede ser numéricamente idéntica a un feto que, hace una buena cantidad de años, se encontraba anidado en el útero de mi progenitora, de ello se sigue que el concepto sortal de sustancia que vuelve posible plantear la pregunta por esa eventual identidad no puede ser el concepto de persona. Pues, si el análisis precedente es correcto, entonces el concepto de persona funciona como un concepto sortal de fase, y no como un concepto sortal de sustancia. Antes bien, y tal como OLSON mismo lo muestra, el concepto sortal de sustancia cuyo empleo hace posible establecer que la persona que Ud. es o que yo soy ahora es una entidad numéricamente idéntica a una entidad que hace una buena cantidad de años era un feto es un concepto sortal bajo el cual la persona que Ud. es o que yo soy ahora es identificada, esencialmente, como un organismo viviente de una cierta especie animal. Y ese concepto sortal es el concepto de un animal humano, tal como ello es sostenido por quienes hacen suyo el enfoque biológico[131].

[129] Así, OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 73 ss.

[130] Acertadamente, HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 295: «La confusión se multiplica todavía más al suponer que el ser humano es distinto tanto de la persona como de la sustancia que "piensa en él". La única verdad del asunto aquí es que "persona" no es un concepto de sustancia. De esto no se sigue que la entidad que califica como persona no sea una sustancia individual de cierto tipo — tal como un ser humano». Valga la precisión de que ello no supone rechazar la célebre definición de «persona» ofrecida por BOECIO, según quien el término denotaría una «sustancia individual de naturaleza racional»; al respecto, *ibid.*, pp. 287 s. La observación de HACKER sí implica, empero, que el concepto sortal apropiado para individuar a la sustancia en la que consista una persona no puede ser el concepto mismo de persona.

[131] OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 89 ss., 106 ss. Por supuesto, en la medida en que el concepto de un animal humano descansa, basalmente, en el concepto de un organismo animal, la adopción del enfoque biológico necesita hacerse descansar en una conceptualización de lo que cabe entender por «organismo», cuestión que parece lejos de encontrarse zanjada en el campo de la filosofía de la biología; al respecto, puede consultarse CLARKE, «The problem of biological individuality», *Biological Theory*, (5-4), 2010, *passim*. Acerca de cómo una aproximación «evolucionista» y una aproximación «fisiológica» ofrecen una interpretación divergente del enfoque biológico para responder, entre otras, la pregunta de si un feto (de alguna especie mamífera) habría de ser considerado un organismo, distinto del organismo de su progenitora gestante, véase MORGAN, «Biological individuality and the foetus problem», *Erkenntnis*, (89-2), 2024, pp. 801 ss. Baste aquí con observar que, según sostiene MORGAN, bajo

Lo anterior está directamente conectado con que, al especificar un estatus cuya atribución es inmediatamente sensible a «evaluaciones y normas», el concepto de persona no sea apto para hacer reconocible la persistencia de alguna entidad que exhiba ese estatus en términos de «relaciones empíricamente observables de continuidad [tanto] causal [como] espacio-temporal»[132]. Frente a ello, el concepto de animal humano se ofrece como el concepto sortal apropiado para el análisis de esa persistencia, por tratarse de un concepto que determina la «clase natural» a la que pertenecen las entidades que pueden llegar a desarrollar la forma de vida personal que es característica de la existencia humana[133]. Esto quiere decir que la persistencia de la entidad individual en la que consiste una persona humana puede ser definida como «la continuidad causal de un cuerpo organizado»[134], y más precisamente de un cuerpo en el cual se realiza el proceso vital integrativo de un organismo humano[135]. Pues, si —*pace* LOCKE— una persona humana es, esencialmente, un organismo animal de una cierta especie, entonces —con LOCKE— podemos decir que aquella es un «cuerpo viviente organizado» y que su existencia en cuanto animal no es sino «la misma vida continua comunicada a diferentes partículas de materia»[136].

Que, en conformidad con el argumento precedente, debamos entendernos como seres esencialmente identificables por nuestra pertenencia a una especie animal es perfectamente compatible con que la nuestra sea una especie animal cuyos especímenes se distinguen por llegar a desarrollar, en condiciones normales, una forma de vida definida por un estatus normativo que esos especímenes recíprocamente se atribuyen[137]. Nuevamente en palabras de HACKER:

> «Los seres humanos son sustancias de cierto tipo (el concepto de ser humano es un concepto de sustancia): una derivación evolutiva de los simios antropoides, cuya postura erguida y los consiguientes cambios laríngeos hicieron posible la vocalización articulada. La especie humana no solo tiene una apariencia y una anatomía distintivas, una postura y un modo de locomoción característicos, sino también una forma de vida única. Nuestras capacidades racionales nos dotan de un horizonte de posibilidades de acción, pensamiento y sentimiento inmensamente más amplio que cualquier cosa accesible a otros animales. Nuestra capacidad de razonar amplía la posibilidad del conocimiento y nos habilita a aspirar a la comprensión teórica. Ella ha hecho posibles los beneficios y los males de la ciencia y la tecnología. Nuestra capacidad de actuar por razones nos hace singularmente responsables por nuestros actos»[138].

una aproximación evolucionista como la favorecida por CLARKE, según quien un organismo viviente tiene que ser concebido como un «individuo evolutivo», la respuesta a esta última pregunta tendría que ser, presumiblemente, afirmativa; en detalle sobre el asunto, CLARKE, *The Units of Life*, 2025, pp. 81 ss.

[132] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 54.

[133] Al respecto, *supra*, 3.1.

[134] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 56.

[135] Fundamental sobre ello, QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 67 ss., 127 ss.

[136] LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 8.

[137] Para una aplicación específica de este modelo para la fundamentación «recognoscitiva» del estatus normativo de agente responsable, véase MAÑALICH, *Estudios de filosofía del derecho penal*, v. II, 2025, pp. 255 ss., 263 ss., con referencias ulteriores.

[138] HACKER, *Human Nature*, 2007, p. 235.

Y aquí solo vendría al caso agregar que es sobre tales capacidades racionales, definitorias de nuestra personeidad, que supervienen la agencia y la sapiencia que complementan, y así redefinen, la sintiencia que exhibimos en cuanto animales[139].

4. Identidad personal, supervivencia e imputación

4.1. Deficiencias teóricas en el tratamiento jurídico-penal del problema de la identidad personal a través del tiempo

Sobre la base del aparato conceptual presentado en la sección precedente, podemos volver sobre la pregunta por la relevancia jurídico-penal del fenómeno de la identidad personal, cuyo tratamiento doctrinal se ve afectado por deficiencias que ahora estamos en condiciones de detectar.

En lo inmediato, cabe partir notando que no es infrecuente que algunas orientaciones opten por hacer colapsar la distinción categorial entre la unidad diacrónica y la identidad narrativa (o biográfica) de una persona, tal como esto es proclamado por GRECO en su apuesta por transformar la pregunta por la identidad personal en una pregunta por la «autenticidad»[140]. A ello se suma que no siempre se advierte que, cuando se plantea la pregunta por la identidad de una persona a través del tiempo, por «identidad» está siendo entendida una relación de identidad *numérica*, y no una relación de identidad *cualitativa*[141]. Desde este punto de vista, la sugerencia de SILVA SÁNCHEZ en cuanto a la manifiesta insuficiencia que, para los parámetros de valoración jurídico-penal, exhibiría una concepción puramente «corporalista» de la identidad personal yerra enteramente el blanco. Que sea una perogrullada «que un clon no podría responder penalmente por hechos realizados por el individuo clonado» no es algo que necesite ser afirmado «pese a la identidad corporal existente entre ambos»[142]. Pues, entendida en el sentido de una identidad numérica, aquí no habría identidad corporal alguna entre el ser humano clonado y el respectivo clon[143].

También resulta desafortunada la tendencia doctrinal a pasar por alto las claras diferencias que, en la literatura filosófica, se encuentran bien asentadas en la exposición de las posibilidades teóricas en disputa[144]. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ se contenta con contraponer un primer

[139] Más detenidamente sobre esto, MAÑALICH, *Isonomía*, (65), 2026, sección IV.

[140] Así, GRECO, *ADPCP*, (76), 2023, pp. 22 s., según quien, en referencia a lo que se lee en *Los hechos de los apóstoles*, tendríamos que concluir que «Saulo sigue siendo Saulo para siempre y nunca puede llegar a ser Pablo».

[141] *Supra*, 3.4.

[142] SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, p. 664.

[143] Para un contraste entre concepciones de la identidad personal respectivamente comprometidas con el «criterio corporal», el «criterio del cerebro» y el «criterio físico», véase NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 2 ss. Para una persuasiva impugnación del enfoque corporalista, centrada en la elusividad metafísica de la noción de cuerpo (humano), véase OLSON, *The Human Animal*, 1997, pp. 142 ss. Desde una perspectiva wittgensteiniana, también COOK, en WINCH (ed.), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein*, 1969, pp. 121 ss., 127 s.

[144] Una muestra puntual de ello aparece en la incidental toma de posición de PORCIÚNCULA a favor de lo que en la literatura especializada se conoce como un enfoque cuatridimensionalista, resultante en una ontología de «partes temporales». De acuerdo con esto, las personas humanas seríamos entidades consistentes en una parte temporalmente situada de algo que ocupa alguna región del espacio-tiempo; véase OLSON, *What Are We?*, 2007, pp. 99 ss. Una validación de semejante ontología (altamente contraintuitiva) parece subyacer a la observación de PORCIÚNCULA, *ZIS*, (6), 2021, p. 355, en cuanto a que, en consideración al grado de «continuidad psicológica» existente entre una persona X, que existe en un punto de tiempo t1, y una persona Y, que existe en un punto de tiempo t2, pudiera ser admisible «que la responsabilidad jurídico-penal y el merecimiento de pena [sean

conjunto de concepciones «empiristas» o «reduccionistas» con otro conjunto de posiciones «metafísicas»[145]. La distinción así formulada es problemática por al menos dos razones. Por un lado, la sugerencia de que solo las concepciones no reduccionistas admitirían ser caracterizadas como «metafísicas» supone desconocer que el carácter metafísico de una tesis queda determinado por la índole temática de aquello sobre lo cual esa tesis versa, y no por el específico contenido de la tesis en cuestión. De ahí que incluso las posiciones «nihilistas» acerca de nuestra existencia personal, según las cuales quienes nos reconocemos como personas naturales en realidad no existiríamos[146], así como las posiciones «eliminativistas» acerca de la identidad personal a través del tiempo[147], tengan el estatus de posiciones metafísicas. Por otro lado, al asimilar las posiciones reduccionistas a las que él propone llamar aproximaciones «empiristas», SILVA SÁNCHEZ pierde de vista que caracterizar un cierto enfoque como empirista supone presentarlo como una tesis epistemológica, a saber: como la tesis según la cual la base última de todo conocimiento sería la experiencia. Y esto supone pasar por alto que el debate aquí considerado se sitúa en el campo de la ontología, en cuanto centrado en cuáles son las condiciones de cuya satisfacción depende que una entidad, identificada en un punto de tiempo como una persona, conserve su existencia a través del tiempo[148]. Que, bajo tal o cual concepción compleja, una o más de esas condiciones consistan en relaciones de continuidad susceptibles de ser empíricamente constatadas no implica que tal concepción deba ser, en cuanto tal, entendida como una concepción (epistemológicamente) empirista.

Pero a todo lo anterior se añade que, incluso en los abordajes filosóficamente mejor informados del problema de la identidad personal a través del tiempo ofrecidos por teóricos del derecho penal, como lo son los aportados por ERHARDT y STEENBREKER[149], el animalismo no ha sido objeto de una consideración mínimamente detenida. Esto, a pesar de que el animalismo exhibe el atractivo principal de resultar inmediatamente propicio para dar un anclaje antropológico a la pregunta por las condiciones de la identidad diacrónica de una persona natural[150]. Para cerrar la presente contribución, en lo que sigue procuraré hacer explícitas las consecuencias que se siguen de una concepción animalista de la ontología de las personas humanas para la solución de los problemas que, según ya fuera explicado, son definitorios de la constelación de la supervivencia, por un lado, y de la constelación de la imputación, por el otro.

---

distribuidos] entre las diferentes partes de un "yo"». Esto no resulta fácil de compatibilizar con la sugerencia de que «para el fin de la imputación personal [tendría] una significación fundamental establecer que la persona que en el presente está ante el tribunal es la misma persona que en el pasado ha perpetrado un injusto» (*ibid.*, p. 356), al menos si la noción aquí relevante de identidad es tomada en el sentido de una identidad numérica.

[145] Véase SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 666 ss.

[146] Al respecto, OLSON, *What Are We?*, 2007, pp. 180 ss.

[147] Detalladamente sobre ello, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 258 ss., agrupando así aquellas concepciones según las cuales: (a) o bien nunca es el caso que una persona persista a través del tiempo, (b) o bien no (siempre) es el caso que la pregunta por la persistencia de una persona tenga una respuesta, (c) o bien la respuesta a esa pregunta carece de relevancia práctica.

[148] Para una explicación detallada de la distinción entre los planos de la epistemología y la ontología, a propósito del debate acerca del estatus ontológico de las normas jurídicas, véase MAÑALICH, «La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho», *Discusiones*, (32-1), 2024, pp. 169 ss.

[149] Véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 269 ss., en cuya exposición de las concepciones «reduccionistas» no figura alusión alguna al criterio de la continuidad biológica; la misma preterición se constata en la exposición ofrecida por STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 33 ss., 41 s.

[150] *Supra*, 3.3.

4.2. La identidad personal frente a la constelación de la supervivencia

Si, dado su carácter —por el momento— puramente ficcional, dejamos a un lado el caso del teletransportador, podemos acotar nuestra reconsideración de la constelación de la supervivencia al caso del *dealer*, al caso Sirius y al caso de la inculpación tardía.

La simplicidad con la que el enfoque biológico, anclado en una concepción animalista, se hace aplicable en el tratamiento de la constelación de la supervivencia queda de manifiesto si ponemos la vista en el caso del *dealer*[151]. La masiva destrucción del lóbulo frontal del cerebro de P, que resulta en la supresión de todo recuerdo acerca del pasado de P, no socava la relación de identidad diacrónica en la que se encuentran la persona humana que sufrió el impacto de bala y la persona humana que, a consecuencia de ello, ha quedado privada de memoria acerca de su existencia previa. Pues, de acuerdo con el enfoque biológico, esa relación de identidad (numérica) queda fundada en la persistencia del organismo humano cuya vida biológica es la vida de P. De ahí que a D, que efectuó el disparo *no letal* para P, no sea imputable un homicidio consumado.

En contraste con lo anterior, la solución que cabe dar al caso Sirius no parece ser igualmente simple[152]. Sin embargo, la dificultad que el caso nos plantea queda reducida al hecho de que, como ya fuera explicado, la pregunta por la persistencia de la persona humana identificada como la mujer V ha de ser formulada contrafactualmente: ¿habría V seguido existiendo, o habría V dejado de existir, en caso de que hubiera sido acertada su representación acerca de la aptitud de su acción, consistente en lanzar el secador encendido a la bañera, para dar lugar a lo que ella misma concebía como el «ascenso» hacia una forma de vida superior? Que esta sea la pregunta crucial para la solución del caso significa que el problema consiste en determinar si el error que afectaba a V obstaba a que su suicidio fallido le fuera imputable en la forma de una actuación a propio riesgo o si, en cambio, ese error tendría que ser categorizado como nada más que un error de subsunción.

Si echamos mano al criterio de la continuidad biológica, entonces esta última tendría que ser la conclusión alcanzada: el error de V era un error conceptual, concerniente al sentido jurídicamente atribuible —en concordancia con ese criterio— a los términos «supervivencia» y «muerte», que dejaba intacta la posesión, por parte de V, de una representación de las circunstancias que, de haber sido acertada, habría conllevado que V hubiera estado al tanto del riesgo que se habría realizado en su propia muerte. Pues, en caso de que la inmersión del secador eléctrico en la bañera hubiera tenido el efecto que V esperaba que tuviera, el ser humano que era V habría dejado de existir. De ahí que, contra lo resuelto por el BGH, el error que aquejaba a V no haya comprometido su representación del riesgo de muerte implicado en su comportamiento, de manera tal que la eventual autoría mediata de E no podía fundarse en su responsabilidad por ese error, supersticiosamente condicionado.

La solución a la que lleva el enfoque biológico para el caso Sirius descansa en lo que cabría reconocer como una virtud capital de una concepción animalista de nuestra ontología: bajo el criterio de la continuidad biológica, el término de la existencia de una entidad identificada como una persona humana resulta conceptualmente equivalente a la muerte del ser humano en el que

[151] *Supra*, 2.1.

[152] *Supra*, 2.2.

consiste la entidad (o «sustancia») identificada como esa persona[153]. Esto último se ve inmediatamente reflejado en la solución que, a partir de ese mismo enfoque, tendríamos que proponer para el caso de la inculpación tardía[154]. Dado que, cuando E brinda la entrevista en la que asevera que, años atrás, M habría ordenado el pago de una coima a un funcionario público para favorecer su posición en un proceso de licitación, ya ha tenido lugar la muerte de M, hay que negar que M pudiera haber sido victimizado a través del acto de habla así efectuado por E. En la terminología en la que suele desarrollarse la discusión acerca de la posibilidad de la irrogación de un daño «póstumo», quien adopta una concepción animalista se compromete con la llamada «tesis de la aniquilación»: la persistencia de una persona humana se extiende hasta el instante de su muerte, entendida como el cese de la existencia del organismo viviente en el que consiste el ser humano en cuestión[155]. Y en la medida en que la posibilidad de ser dañado queda sometida a la satisfacción de lo que se tematiza como el *requisito de la existencia*, entonces hay que concluir que una persona humana no puede resultar dañada por un suceso que acaezca en un punto de tiempo posterior a su muerte[156].

4.3. La identidad personal frente a la constelación de la imputación (1): ¿ilicitud de la omisión de la intervención quirúrgica en el caso del Alzheimer?

Las consecuencias que se siguen de la adopción del enfoque biológico para fijar las condiciones de persistencia de una persona humana resultan considerablemente menos autoevidentes, cuando redirigimos la mirada hacia la constelación de la imputación. La explicación para ello tendría que ser clara: desde el punto de vista de una concepción animalista, según la cual una persona humana es, esencialmente, un organismo animal, en ninguno de los casos presentados para ilustrar esta segunda constelación está en juego la persistencia de una persona humana. Que esos mismos casos suelan ser presentados como «genuinos casos dudosos», en cuanto al valor de verdad del respectivo juicio diacrónico de identidad personal[157], se explica por el hecho de que, dado el enorme influjo ejercido por el pensamiento (más temprano) de LOCKE y el (más reciente) de PARFIT, los términos del debate hayan tendido a quedar prefigurados en congruencia con la aproximación provista por la adopción de un enfoque psicológico, anclado en una concepción personista. Visto desde la perspectiva de quien suscribe una concepción animalista, el abordaje más habitual de esos mismos casos está marcado por la tendencia a confundir el problema de la identidad personal a través del tiempo con el problema de la identidad narrativa, o biográfica, de una persona humana. Esta confusión se ve propiciada cuando las condiciones de persistencia de

[153] Ello se sigue de que, desde una perspectiva animalista, la entidad que está siendo identificada como la persona humana en cuestión es una entidad cuyas condiciones de persistencia no quedan fijadas por su identificación como una persona, sino por su identificación como un animal humano, sin que ello comprometa la posibilidad de que, para aludir a esa misma entidad, podamos valernos del sortal de fase expresado por el sustantivo «persona». La implicación fundamental que ello tiene es que al tematizar el término de la existencia de una persona natural no necesariamente estamos asumiendo que esa entidad exhibía el estatus de persona en el instante en el que datamos el término de su existencia.

[154] *Supra*, 2.1.

[155] Detalladamente al respecto, MAÑALICH, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 247 ss., con referencias ulteriores.

[156] Acerca de cómo esta tesis es compatible con el reconocimiento de la dañosidad de su propia muerte para la persona humana de cuya muerte se trata, véase MAÑALICH, en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, 2025, pp. 256 s.

[157] *Supra*, 1.

una persona humana son especificadas según alguna versión del criterio de la continuidad psicológica.

Como ya fuera explicado, una subconstelación de la constelación de la imputación queda conformada por aquellos casos en los cuales del valor de verdad positivo del respectivo juicio diacrónico de identidad personal depende la licitud o ilicitud de un comportamiento susceptible de enjuiciamiento jurídico-penal, en función de si la persona afectada por ese comportamiento es una y la misma persona a la que es imputable un comportamiento, un estado o una circunstancia que condiciona la permisión o liberación del comportamiento enjuiciado. Como ejemplo de esta subconstelación fue presentado el caso del Alzheimer[158], que ahora podemos volver a considerar sobre la base de la concepción animalista de la ontología de las personas humanas.

Tal como ya fuera explicado, la pregunta que el caso suscita es la de si el paciente afectado por la insuficiencia cardíaca susceptible de ser contrarrestada quirúrgicamente, y que en el ínterin ha perdido su *competencia* para decidir autónomamente acerca de su propio destino, es la misma persona que, tiempo atrás, emitió una declaración de voluntad anticipada en orden a que, de llegar a encontrarse en una condición de *incompetencia* irreversible y de verse entonces afectado por alguna enfermedad o complicación de salud cuya atención requiriera semejante operación, esta no le fuera practicada[159]. Abrazando la «suposición de la no-identidad», MERKEL ofrece una respuesta negativa a la pregunta así planteada. Esto se explica por su compromiso «personista» con la tesis de que una cierta medida de continuidad psicológica sería condición necesaria para la persistencia de una persona humana. Si, en cambio, la persistencia de una persona humana se hace depender, única y exclusivamente, de una relación de continuidad biológica, entonces se impone la conclusión de que se satisface la relación de identidad personal diacrónica entre A y el paciente actualmente afectado por la insuficiencia cardíaca. Con ello, el análisis del caso tendría que quedar referido a la alteración de la *personalidad*, o identidad narrativa, de A. Esa alteración se ve reflejada en que A ya no sea capaz de actualizar o revisar las creencias y los juicios evaluativos que servían de sustento a los «intereses críticos» en consideración a los cuales la voluntad previamente manifestada por A reclamaría ser respetada. Esto, en circunstancias de que ahora A se nos presenta como un portador de meros «intereses experienciales»[160], susceptibles de verse impactados, únicamente, por la medida de bienestar de la que A pueda gozar en cuanto ser sintiente.

Sobre esta base, es justamente una consideración atingente a la identidad narrativa del paciente lo que tendría que orientar la solución que podamos dar al caso. Adoptando una distinción sugerida por DEGRAZIA, podemos decir que la condición en la que actualmente se encuentra A es

[158] *Supra*, 2.4.

[159] Acerca de la conceptualización bioética de la competencia del respectivo paciente para el ejercicio de una «autonomía precedente», véase DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 160 s. Para una clara demarcación de los casos de esta índole frente a aquellos en los cuales se plantea la pregunta de si cabe reconocer fuerza vinculante a un «contrato-Ulises», por el cual una persona emite una declaración de voluntad en cuanto a cómo ella debería ser tratada en el futuro y que reclamaría hacerse efectiva aun contra la voluntad que esa misma persona, todavía competente, pudiera llegar a manifestar en la dirección opuesta, con la consecuencia de que esa declaración de voluntad contractualmente fijada tuviera que ser tratada como irrevocable, véase QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 269 s., 287 ss.

[160] QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, p. 275, quien toma la distinción entre intereses críticos y experienciales de DWORKIN, *Life's Dominion*, 1994, pp. 201 ss.; al respecto, véase también DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 179 ss.

indicativa de un déficit de «identidad narrativa fuerte»[161], dado que A ya no es capaz de interpretar su existencia continua como el desarrollo de una biografía en la que se ve reflejada una capacidad para la «autocreación»[162]. Pero ello no obsta a que entre la actual condición de A y la condición anterior en la que él se encontraba al emitir su declaración de voluntad anticipada sí sea reconocible un vínculo de «identidad narrativa débil», entendida como la relación generada «cuando una persona proyecta su narrativa acerca de sí misma [*self-narrative*] hacia un tiempo futuro en el que ella existirá sin capacidad narrativa»[163].

Si lo anterior es correcto, entonces de ello se sigue que, *ceteris paribus*, a la manifestación de «autonomía precedente» desplegada a través de la emisión, por parte de A, de la declaración de voluntad constitutiva de un consentimiento anticipado en la omisión de la correspondiente intervención quirúrgica tendría que reconocerse eficacia para descargar a los médicos del deber de salvamento que, en caso contrario, pesaría sobre ellos[164].

4.4. La identidad personal frente a la constelación de la imputación (2): ¿ilegitimidad de una condena en el caso de la amnesia?

La tendencia a confundir la pregunta por la unidad diacrónica con la pregunta por la identidad biográfica de una persona humana, ya diagnosticada, también se hace reconocible en el tratamiento del caso de la amnesia retrógrada[165]. Si nos quedamos con la primera de las dos variaciones propuestas por MERKEL, en la que la condición de pérdida de memoria padecida por H se produce antes de que se vea iniciado el correspondiente juicio oral, el problema consiste en si esa condición amnésica obstaría a que el acusado, (presuntivamente) identificable como H, pueda ser declarado culpable en relación con el crimen del cual se lo acusa. La preocupación por la eventualidad de que, en tal escenario, una condena que llegara a ser pronunciada contra el acusado tuviera que resultar inadmisible bajo el principio de culpabilidad se ve alimentada por la suposición, favorecida por la validación (siquiera implícita) del criterio de continuidad psicológica, de que aquí habría que negar que el acusado sea la misma persona que habría perpetrado, o que de hecho perpetró, el crimen imputado. La preocupación encuentra su formulación canónica en la prosa de LOCKE, justamente en el contexto de su articulación de un enfoque psicológico para fijar las condiciones de identidad de una persona a través del tiempo: después de afirmar que «[e]n esta *identidad personal* se funda todo derecho y justicia del premio y castigo»[166], LOCKE esgrimía la consideración siguiente:

> «Si el mismo Sócrates, despierto y dormido, no participa de la misma *consciencia*, entonces *Sócrates* despierto y dormido no es la misma persona. Y castigar a *Sócrates* despierto por lo que pensó *Sócrates* dormido, de lo cual Sócrates despierto nunca fue consciente, no sería más ajustado a derecho que castigar a un gemelo por lo que hizo su hermano gemelo»[167].

[161] DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, p. 180.

[162] Sobre esto último, DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 89 ss.

[163] DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, p. 180.

[164] Al respecto, véase QUANTE, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, pp. 282 ss., 286; más detenidamente, DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, 2005, pp. 189 ss.

[165] *Supra*, 2.3.

[166] LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 18.

[167] LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 19.

Este pasaje vuelve reconocible hasta qué punto llega el compromiso de LOCKE con una concepción personista de nuestra ontología: el hecho de que «Sócrates» sea tomado como el nombre propio —o, para decirlo con KRIPKE, el «designador rígido»— del mismo ser humano que en un momento está despierto y en otro está dormido no implica que «Sócrates» designe a una y la misma persona[168]. De ahí que los conceptos de *identidad personal* e *identidad humana* no pudieran, según LOCKE, ser tratados como equivalentes[169].

A la conclusión opuesta conduce la adopción de una concepción animalista: la identidad de una persona, cuando se trata de una persona humana, es la identidad del ser humano identificado como esa persona. La consecuencia de esto es que, en la variación del caso de la amnesia que estamos considerando, la preocupación por una eventual falta de unidad diacrónica entre la persona identificada como H y la persona del acusado carece de todo asidero. Precisamente a este respecto, no estaría de más reparar en que LOCKE mismo concedía que, al menos bajo los parámetros propios de las «judicaturas humanas», la circunstancia de que, por haber perpetrado el hecho delictivo bajo una condición de embriaguez[170], el agente no tenga recuerdo alguno de su actuar delictivo tendría que dejar intacta la justicia de la correspondiente punición («terrenal»)[171].

Por supuesto, la desestimación de que en el caso de la amnesia estemos ante un caso de falta de unidad diacrónica no basta para descartar que pudiera haber alguna otra base para controvertir la legitimidad de la condena a cuyo pronunciamiento hubiera de conducir el proceso penal seguido contra H. Coincidiendo en este punto con MERKEL, sin embargo, cabe notar que, para sustentar semejante objeción, no cabría reconducir el problema a la pregunta de si en H pudiera no satisfacerse el presupuesto procesal de la «capacidad para ser juzgado» (*Verhandlungsfähigkeit*), con cargo a que, dada su condición amnésica, H estaría afectado, más precisamente, por una falta de «capacidad de defensa» (*Verteidigungsfähigkeit*)[172]. Según MERKEL, la improcedencia de esa alegación quedaría demostrada por el hecho de que el acusado que en efecto es inocente de aquello que se le imputa no puede, *ex definitione*, tener recuerdo alguno de haber perpetrado el presunto delito, sin que esto socave en lo más mínimo su capacidad para defenderse y, con ello, para enfrentar el juicio. Así formulado, sin embargo, el argumento es falaz. Pues la situación equiparable a aquella en la que, en nuestro caso, se encuentra H sería una, más bien, en la cual el acusado que es inocente no tuviera recuerdo alguno de cómo se comportó en el punto de tiempo, o durante el lapso, en que, según el acusador, habría incurrido en el delito que se le imputa, de manera tal que, verbigracia, el acusado se viera impedido para desvirtuar la imputación esgrimiendo una coartada[173]. En esta última situación no habría base alguna para afirmar que, por

[168] Para una reseña de la relevancia que la categorización kripkeana de los nombres propios como designadores rígidos puede tener para el análisis del fenómeno de la identidad personal desde una perspectiva jurídico-penal, véase ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 195 ss.

[169] Véase LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 21.

[170] Habría que añadir: bajo una condición de embriaguez responsablemente autoprovocada, compatible con una imputación extraordinaria del hecho como culpable en la forma de una *actio libera in causa*.

[171] LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1997 (reimp. original 1706), Libro II, Cap. XXVII, § 22, asegurando que lo mismo no habría de regir para la impartición de justicia no terrenal que habría de llegar en aquel «gran [d]ía en el que los [s]ecretos de todos los [c]orazones habrán de ser descubiertos», cuando «a ninguno se hará responder por aquello de lo que nada sabe». Para una contextualización crítica de la inconsistencia implicada en la concesión «pragmática» así ofrecida por LOCKE, véase NOONAN, *Personal Identity*, 2.ª ed., 2003, pp. 40 ss.

[172] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 509. Latamente sobre el asunto, ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, 2014, pp. 87 ss. Al respecto, *supra*, 2.3.

esa sola circunstancia, en el acusado no se vería satisfecho el presupuesto procesal consistente en su capacidad para ser juzgado.

No obstante, y justamente por su defensa de un criterio de unidad diacrónica que convierte una cierta medida de continuidad psicológica en condición necesaria de la persistencia de una persona humana, MERKEL entiende que la dimensión propiamente retributiva de la pena jurídica tendría que traducirse en que la legitimación de la punición quede sometida a un constreñimiento de «competencia por el propio pasado»[174]. En la terminología favorecida por SILVA SÁNCHEZ, se trata de que determinadas manifestaciones suficientemente agudas o intensas de «inidentidad», entendida como una «discordancia permanente con uno mismo», tendrían que ser reconocidas como fundamentos de una posible exclusión o atenuación de la responsabilidad jurídico-penal[175]. Advirtiendo que, desde una perspectiva de *sententia ferenda*, la fijación del umbral a partir del cual tendría que ser negada tal «competencia por el propio pasado» resultará extraordinariamente difícil de fundamentar, MERKEL se contenta con sugerir que, en la medida en que el diagnóstico se haga descansar, neurofisiológicamente, en la detección de un «sustrato cerebral-orgánico de la pérdida-del-yo», tendríamos que estar abiertos a admitir que un agente que ha quedado «separado de su biografía precedente a través del corte irreversible de una plena amnesia retrógrada» no puede ser responsabilizado por «los hechos previamente perpetrados»[176].

A partir de una concepción animalista de lo que esencialmente somos las personas humanas, tendría que ser claro que lo que MERKEL está enunciando como el constreñimiento (culpabilístico) de una competencia por el propio pasado no atañe a la extensión de la unidad diacrónica de la persona susceptible de ser penalmente condenada, sino a la medida en la que una falta de continuidad de su identidad narrativa, y con ello una posible fractura de su *personalidad*[177], pudiera comprometer la legitimidad de una reacción punitiva dirigida en su contra. El *quid* del asunto es que, si concebimos la constitución de nuestra respectiva personalidad —esto es, de nuestra identidad biográfica— no como un fenómeno biológico, sino como anclada en las relaciones de reconocimiento en las que participamos con otros[178], entonces no parece haber razón alguna para fijar el pretendido umbral para la eficacia eximente o atenuante de la correspondiente «inidentidad» según lo propone MERKEL.

Justamente en esta última dirección se mueve el audaz argumento presentado por GRECO para, con la vista puesta en los procesos todavía seguidos contra octogenarios que en su adultez temprana perpetraron o intervinieron en la perpetración de hechos punibles que datan del periodo de «dominación» nacionalsocialista, poner en entredicho la legitimidad de la correspondiente punición. En sus propias palabras:

> «la condena por hechos [temporalmente] tan lejanos […], por regla, es ilegítima, porque *la afirmación implícita de que se preserva la identidad, de que se trata de la misma persona*, la enclava en su pasado

[173] En esta dirección, MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, p. 509, aunque sin reformular el ejemplo de contraste como aquí se sugiere.

[174] Así, MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, pp. 510 s.

[175] Así, SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *LH Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 672 ss., según quien, con todo, el fenómeno así tematizado «no afecta ciertamente a la identidad temporal», puesto que «todos esos espacios de inidentidad no pueden contemplarse como rupturas, sino como expresión de la propia naturaleza humana, elementos del proceso de realización personal» (*ibid.*, p. 674).

[176] MERKEL, *JZ*, (54-10), 1999, pp. 510 s.

[177] *Supra*, 3.2.

[178] *Supra*, 3.1 y 3.4.

> más lejano y le niega así no solo *la posibilidad de distanciarse de ese pasado, de reinventarse o de cambiar con posterioridad a la sentencia condenatoria*, sino que, además, mediante el anuncio legal de la imprescriptibilidad de estos actos, *niega ya cualquier esperanza de ello ex ante*»[179].

Son demasiadas las variables conjuntamente aludidas en este apretado y sintético pasaje para que, en este marco, sea factible desmenuzarlas de una manera mínimamente rigurosa[180]. En vez de ello querría únicamente esgrimir una consideración global acerca del problema. Se trata de una consideración que habla en contra de reconocer una posible eficacia eximente o atenuante a la discontinuidad que, con base fisiológica o solo cronológica, pudiera ser reconocible en la personalidad, *qua* identidad biográfica, de una persona. La imputación jurídico-penal toma la forma de un programa de *racionalización negativa* del comportamiento de cuya imputación a tal o cual agente se trata[181]. Esto quiere decir que el reproche dirigido a la persona penalmente condenada es el reproche de no haber reconocido la norma quebrantada como razón vinculante para la acción. Y esto quiere decir, a su vez, que en la fundamentación de la imputación no viene al caso preguntarse qué aspectos de la personalidad del agente se han podido ver positivamente reflejados en el quebrantamiento de la norma, tal como ello se sigue de la implementación de lo que, en la senda de KANT, llamamos el «mandato de neutralidad»[182]. En tal medida, la circunstancia de que la identidad narrativa de quien se enfrenta a la imputación exhiba un elevado grado de discontinuidad desde el tiempo de la perpetración del hecho hasta el tiempo del juzgamiento es una circunstancia que, *per se*, no debería tener impacto en la legitimidad de la condena.

La consideración precedente tendría que tener la misma pertinencia, *mutatis mutandis*, tratándose de casos en los cuales, como ocurre con la segunda variación del caso de la amnesia, la discontinuidad en la identidad narrativa se configura o consolida tras el pronunciamiento de la condena, y antes de, o durante, la ejecución de la pena ya impuesta. Por supuesto, esto deja intacta la necesidad de reconocer, como contrapartida, que es perfectamente concebible que se den situaciones en las cuales una persona humana susceptible de ser legítimamente condenada y consiguientemente penada, en virtud de serle imputable un hecho dotado de significación delictiva, pudiera sufrir una alteración que vuelva inadmisible o bien el enjuiciamiento, o bien la ejecución de la pena, según corresponda. Este será el caso, precisamente, cuando la persona en cuestión pase a encontrarse afectada por una condición que suprima, respectivamente, o bien su capacidad para ser juzgada, o bien su capacidad para experimentar la punición en cuanto punición[183].

Lo único que cabría observar a este respecto es que, en los términos del aparato conceptual aquí asumido, en estas últimas situaciones no estará en juego, meramente, una transformación de la *personalidad* de la persona afectada. Lo que estará en juego, más bien, será que el ser humano

[179] GRECO, *ADPCP*, (76), 2023, p. 13 (cursivas en el original).

[180] Para una muestra de la atención que, en la literatura que se ocupa de la relevancia jurídico-penal del fenómeno de la identidad personal, se brinda al régimen de la prescripción de la acción penal y de la pena, véase STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 81 ss.; PORCIÚNCULA, *ZIS*, (6), 2021, pp. 358 ss.; SEPÚLVEDA, «La teoría del tiempo y la forma de la prescripción del delito», *Enfoques Penales*, julio 2021, *passim*.

[181] Al respecto, MAÑALICH, *La tentativa como delito imperfecto*, 2026, pp. 52 ss., 178, 330 s.

[182] Véase KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, t. I, 2021, p. 308.

[183] En particular respecto de la ejecución de la pena, véase STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, 2020, pp. 75 ss.

hasta ese punto identificado como una persona mostrará no satisfacer, en una medida suficiente, las correspondientes condiciones de *personeidad*[184].

5. Bibliografía

BOLEA, «Caso Sirius», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 277-290.

CIGÜELA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2015.

CLARKE, *The Units of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2025.

———, «The problem of biological individuality», *Biological Theory*, (5-4), 2010, pp. 312-325.

COOK, «Human Beings», en WINCH (ed.), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein*, Routledge & Kegan Paul, London, 1969, pp. 117-151.

DEGRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2005.

DENNETT, *Intuition Pumps and Other Tools for Thinking*, W.W. Norton & Company, New York/London, 2013.

———, *Brainstorms. Philosophical Essays on Mind and Psychology*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 1981.

DIAMANTIS, «Successor Identity», *Yale Journal on Regulation*, (36), 2019, pp. 1-44.

DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

DU BOIS-PEDAIN, «Penal Desert and the Passage of Time», en DU BOIS-PEDAIN/BOTTOMS (eds.), *Penal Censure. Engagements Within and Beyond Desert Theory*, Hart, Oxford, 2019, pp. 227-251.

DWORKIN, *Life's Dominion*, Vintage, New York, 1994.

ERHARDT, *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, Lulu Press, Biel, 2014 [Disponible en: https://boristheses.unibe.ch/956/].

GRECO, «Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los "viejos nazis"», trad. por Mínguez, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (76), 2023, pp. 9-32.

GÜNTHER, «Die Person der personalen Rechtsgutslehre», en NEUMANN/PRITTWITZ (coords.), *„Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung" im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, pp. 15-39.

[184] Esto, según la connotación adscriptiva con la que el término «personeidad» ha sido usado a lo largo del texto; al respecto, *supra*, 3.4.

HACKER, «An Intellectual Entertainment: The Nature of the Mind», en O'HEAR (ed.), *Mind, Self and Person*, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Melbourne, 2015, pp. 199-223.

———, *The Intellectual Powers. A Study of Human Nature*, Wiley-Blackwell, Chichester, 2013.

———, *Human Nature: The Categorial Framework*, Wiley-Blackwell, Chichester, 2007.

KAGAN, *Death*, Yale University Press, New Haven/London, 2012.

KAWAGUCHI, «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht — Eine Einführung», en ARNOLD *et al.* (coords.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 139-148.

KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe, Mohr Siebeck y Verlag Österreich, Tübingen/Wien, 2017 (reimp. de la 2.ª ed., 1960).

KINDHÄUSER, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, 2 tomos, Nomos, Baden-Baden, 2021.

KUHLEN, «Protección de los difuntos a través del derecho penal y frente al derecho penal», en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 258-272.

LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, Penguin, London, 1997 (reimp. original 1706).

MACINTYRE, *Dependent Rational Animals*, Open Court, Chicago/La Salle (Ill.), 1999.

MAÑALICH, *La tentativa como delito imperfecto*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2026.

———, «Homicidio consentido y eutanasia», en ARMAZA ARMAZA *et al.* (coords.), *Del Derecho Penal al Bioderecho. Libro Homenaje a Carlos María Romeo Casabona*, v. II, Comares, Granada, 2026, pp. 1237-1259.

———, «¿Hacia un derecho penal poshumano?», *Isonomía*, (65), 2026 (de próxima publicación).

———, *Estudios de filosofía del derecho penal. Volumen 2: Teoría de las normas y teoría de la imputación*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2025.

———, «¿Protección póstuma de bienes jurídicos personales en el derecho penal?», en MONTIEL *et al.* (coords.), *Límites de la protección del derecho penal al inicio y al fin de la vida humana en la sociedad moderna*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 243-257.

———, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, pp. 1-64 [Disponible en: https://www.redepec.com/la-responsabilidad-penal-de-las-entidades-corporativas-una-defensa-filosofica-del-modelo-de-la-culpabilidad-por-el-caracter/].

———————, «La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho», *Discusiones*, (32-1), 2024, pp. 163-246.

———————, «Animalhood, interests, and rights», *Journal of Human Rights and the Environment*, (11-2), 2020, pp. 156-172.

———————, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

———————, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014.

McGee, «We Are Human Beings», *Journal of Medicine and Philosophy*, (41), 2016, pp. 148-171.

McMahan, *The Ethics of Killing*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Merkel, «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung», *JuristenZeitung*, (54-10), 1999, pp. 502-511.

Morgan, «Biological individuality and the foetus problem», *Erkenntnis*, (89-2), 2024, pp. 799-816.

Noonan, *Personal Identity*, 2.ª ed., Routledge, London/New York, 2003.

Olson, «On Parfit's View That We Are Not Animals», en O'Hear (ed.), *Mind, Self and Person*, Cambridge University Press, Cambridge/New York/Melbourne, 2015, pp. 39-56.

———————, *What Are We?*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007.

———————, *The Human Animal. Personal Identity Without Psychology*, Oxford University Press, New York, 1997.

Parfit, «We Are Not Human Beings», *Philosophy*, (87-1), 2012, pp. 5-28.

———————, *On What Matters*, v. I, Oxford University Press, Oxford/New York, 2011.

———————, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1984.

———————, «Personal Identity», *The Philosophical Review*, (80-1), 1971, pp. 3-27.

Pauen, *Was ist der Mensch?*, Deutsche Verlags-Anstalt, München, 2007.

Porciúncula, «Actio libera in causa, mittelbare Täterschaft und personale Identität», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (3), 2022, pp. 298-303 [Disponible en: https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_3_1490.pdf].

———————, «Diachroner Retributivismus», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2021, pp. 351-361 [Disponible en: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021_6_1441.pdf].

Price, *Expressivism, Pragmatism and Representationalism*, Cambridge University Press, New York, 2013.

QUANTE, *Pragmatistic Anthropology*, Mentis, Paderborn, 2018.

———, *Personales Leben und menschlicher Tod*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002.

REYES, «Análisis crítico de la autoría mediata por error sobre el sentido de la acción: Al mismo tiempo un delineamiento de los presupuestos de la autoría mediata desde la teoría de las normas», *Política Criminal*, (19-37), 2024, pp. 1-32.

———, «Apuntes sobre la autoría mediata por autolesión del instrumento: Argumentos a favor de la solución del consentimiento», *Criminalia*, (90), 2023, pp. 317-336.

ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11.ª ed., De Gruyter, Berlin, 2022.

———, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München, 2003.

———, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.7.1983 – 1 StR 168/83 (BGHSt 32, 38)», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, pp. 71-73.

SEPÚLVEDA, «La teoría del tiempo y la forma de la prescripción del delito», *Enfoques Penales*, julio 2021.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

———, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-690.

STEENBREKER, *Identität und Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

THEUNISSEN, *The Value of Humanity*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

TUGENDHAT, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976.

WIGGINS, *Sameness and Substance Renewed*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2001.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2017.

WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe 1, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984.

InDret
4.2026

Castigar la contradicción. Exclusión social y coherencia del reproche penal

Rut Lopera Viñé
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

Este artículo presenta la incoherencia normativa como un problema de justificación del reproche penal en la medida en que pone en cuestión los fundamentos que lo sostienen. La preocupación central es la posible arbitrariedad del sistema: el riesgo de que la aplicación de categorías formales a un contexto concreto desborde el sentido de sus presupuestos normativos. La coherencia serviría como un posible control de esta justificación. La exclusión social constituye un caso particular en el que puede surgir esta problemática, aunque su relevancia no debe presumirse. La exclusión será relevante, a estos efectos, únicamente cuando las circunstancias concretas del caso permitan cuestionar los fundamentos del reproche. Por último, se presenta el razonamiento abductivo como una posible herramienta para incorporar el contexto al juicio penal y se abordan algunas objeciones a su posible incorporación.

Abstract

This article presents normative incoherence as a problem for the justification of criminal censure insofar as it calls into question the grounds on which that censure rests. The central concern is the potential arbitrariness of the system: the risk that applying formal categories to a particular context may go beyond what their normative presuppositions support. Coherence could serve as a check on this justification. Social exclusion constitutes a particular case in which this problem may arise, although its relevance should not be presumed. Exclusion is relevant for these purposes only when the specific circumstances of the case provide a basis for questioning the grounds of censure. Finally, abductive reasoning is presented as a possible tool for incorporating context into criminal judgment, and some objections to doing so are addressed.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag untersucht normative Inkohärenz insofern als Problem der Rechtfertigung des strafrechtlichen Vorwurfs, als sie dessen Grundlagen infrage stellt. Im Mittelpunkt steht die mögliche Willkür des Systems: das Risiko, dass die Anwendung formaler Kategorien auf einen konkreten Kontext über das hinausgeht, was ihre normativen Voraussetzungen rechtfertigen. Kohärenz könnte als Maßstab zur Überprüfung dieser Rechtfertigung dienen. Soziale Exklusion ist ein besonderer Fall, in dem dieses Problem auftreten kann; ihre Relevanz sollte jedoch nicht vorausgesetzt werden. Sie ist hierfür nur dann relevant, wenn die konkreten Umstände des Einzelfalls Anlass dazu geben, die Grundlagen des Vorwurfs infrage zu stellen. Zuletzt wird abduktives Schließen als mögliches Instrument zur Einbeziehung des Kontexts in die strafrechtliche Beurteilung vorgestellt; zudem werden einige Einwände gegen eine solche Einbeziehung erörtert.

Title: *Punishing Contradiction: Social Exclusion and the Coherence of Criminal Censure*
Titel: *Den Widerspruch bestrafen. Soziale Exklusion und Kohärenz des strafrechtlichen Vorwurfs*

Palabras clave: Exclusión social, categorías penales, coherencia normativa, justificación de la pena, reproche penal, razonamiento abductivo

***Keywords*:** *Social exclusion, criminal-law categories, normative coherence, justification of punishment, criminal censure, abductive reasoning*
Stichwörter: *Soziale Exklusion, strafrechtliche Kategorien, normative Kohärenz, Rechtfertigung der Strafe, strafrechtlicher Vorwurf, abduktives Schließen*
-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.12
-

InDret

4.2026

Recepción
20/02/2026
-
Aceptación
11/05/2026
-

Índice

-

1. Introducción. La incoherencia en el castigo «no paradigmático»
2. Categorías penales y contexto
2.1. Abstracción y cierre categorial
2.2. La exclusión social como caso concreto
3. El lugar de la incoherencia en el debate sobre el castigo e injusticia
3.1. Responsabilidad, *standing* y legitimidad política
3.2. ¿Es la incoherencia un argumento vacío?
4. La incoherencia normativa en la justificación de la pena
5. El razonamiento abductivo como herramienta de contextualización
6. Posibles objeciones a la contextualización
6.1. «Comprenderlo todo es perdonarlo todo»
6.2. «Lo ubicuo no puede disculpar»
6.3. La defensa de la ficción igualitaria
6.4. El riesgo de invasión de la intimidad
6.5. El riesgo de etiquetación moral del excluido
7. Conclusión. Categorías, contexto y coherencia del reproche penal
8. Bibliografía

-

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

1. Introducción. La incoherencia en el castigo «no paradigmático»*

La justificación de la pena en contextos de exclusión social –o en otras situaciones de vulnerabilidad– es uno de los problemas más persistentes en la dogmática penal contemporánea[1]. Sin embargo, la discusión abarca distintas preocupaciones. Los argumentos se podrían dividir en dos categorías: los referidos al sujeto al que se le impone la pena y los relativos al sujeto que la impone[2]. Algunos autores cuestionan la posición –*standing*– moral de quien formula el reproche mediante objeciones de complicidad, hipocresía o deterioro de la relación. Otros lo plantean como un problema de autoridad política: se preguntan si el Estado puede exigir cargas vinculadas a la ciudadanía cuando ha incumplido los deberes o las condiciones de reciprocidad que fundamentaban la justificación de la pena. En ambos casos, el análisis se centra en la posición desde la que se efectúa el reproche, aunque los fundamentos y las consecuencias de cada argumento sean distintos[3].

Una parte relevante de la doctrina ha señalado la dificultad de legitimar la pena, en concreto, cuando su destinatario ha sido previamente marginado del acceso efectivo a los derechos y oportunidades ciudadanas que el propio ordenamiento presupone. La pena, en estos supuestos, se ha calificado como un «castigo no paradigmático»[4], en la medida en que se dirige a sujetos que no encajan plenamente en el modelo de ciudadano medio que subyace a la dogmática penal clásica[5]. Una de las críticas más influyentes en este ámbito ha consistido en señalar la incoherencia que se produciría cuando el Estado excluye socialmente a un individuo y, sin embargo, lo incluye posteriormente solo para castigarlo. Esta objeción, formulada de manera destacada por CIGÜELA SOLA, ha sido entendida como un cuestionamiento de la «legitimidad política» del castigo en estos casos: no sería coherente invocar una relación de «reciprocidad» o

* Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto: MÁS ALLÁ DEL DELITO: LA IMPORTANCIA DEL QUIÉN, EL CÓMO, EL CUÁNDO Y EL PORQUÉ EN LA IMPOSICIÓN DEL CASTIGO. UN ESTUDIO SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD. SI4/PJI/2024-00146. IPS: Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez. Este artículo forma parte de una investigación en curso sobre la justificación de la pena en sistemas contextuales. Su objetivo es formular una idea inicial: la relevancia del contexto para evaluar si el reproche mantiene su coherencia con los presupuestos normativos del propio sistema penal. Algunas de las cuestiones abordadas requieren un desarrollo que excede el alcance de este trabajo y quedan abiertas a futuras investigaciones. Agradezco a los revisores anónimos sus observaciones, que me han ayudado a precisar el argumento y a situarlo mejor en el debate.

[1] Para una panorámica general de la discusión, TADROS, «Poverty and Criminal Responsibility», *The Journal of Value Inquiry*, (43-3), 2009, pp. 391-413; GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, 2012; EWING, «Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage», *Law and Philosophy*, (37-1), 2018, pp. 29 ss.; LACEY, «Criminal Justice and Social (In)Justice», en MANTOUVALOU/WOLFF (eds.), *Structural Injustice and the Law*, 2024, pp. 168-201; CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, 2025.

[2] BEADE/LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 135-164.

[3] MURPHY, «Marxism and Retribution», *Philosophy & Public Affairs*, (2-3), 1973, pp. 217-243; COHEN, «Casting the First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn the Terrorists?», *Royal Institute of Philosophy Supplement*, (58), 2006, pp. 113-136.

[4] Se refiere a esta expresión el propio título del libro colectivo: COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el Derecho penal del ciudadano*, 2023.

[5] COCA VILA e IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR describen el ciudadano ideal como un profesor universitario británico que vive en una ciudad rica y segura, con altos ingresos disponibles y que influye en el debate político al escribir regularmente columnas en un periódico: COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022, p. 62; LOS MISMOS, «Derecho penal de semi-ciudadanos», en COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político*, 2023, pp. 93-140.

de «reconocimiento» para fundamentar la pena cuando dicha relación ha sido previamente erosionada por el propio Estado[6].

Una segunda preocupación se centra en la responsabilidad penal del autor. El foco ya no es la legitimidad de quien castiga, sino si el cómo la pobreza, la violencia estructural, el aislamiento, la discriminación o una biografía de privación afectaron a las capacidades, oportunidades o alternativas que permiten atribuir responsabilidad penal. Las propuestas sobre desventaja social grave, libre albedrío, oportunidad moral justa, estado de necesidad, error o inexigibilidad se sitúan en esta línea[7].

Este trabajo se relaciona con ambas discusiones, pero plantea una pregunta diferente. Podría admitirse, a efectos del argumento, que el Estado conserva su potestad jurídica y su autoridad general para castigar. También podría admitirse que la exclusión social no constituye (por sí misma) una causa general de exclusión o disminución de la responsabilidad. Pero incluso asumiendo esas dos premisas queda una cuestión irresuelta: ¿puede el sistema penal justificar una pena mediante categorías y razones que contradicen los presupuestos normativos que él mismo afirma sostener? La razón de esta pregunta es la preocupación por la posible arbitrariedad normativa del reproche.

Las categorías penales incorporan valoraciones. Puede ocurrir que un caso satisfaga los indicadores formales de una categoría y que, sin embargo, el contexto debilite la capacidad o la valoración que permite formular a partir de ella un reproche estándar. La contradicción puede situarse también entre la razón utilizada para castigar y otras posiciones atribuibles al sistema. El ordenamiento puede formular un reproche en nombre de un valor y expresar, mediante otras normas, políticas o prácticas institucionales, una valoración incompatible. La exclusión social cumple aquí la función de un caso de prueba. Su relevancia no debe presumirse: exige demostrar una relación concreta con el hecho, con la categoría aplicada o con la razón que fundamenta el reproche.

En este marco, resulta relevante la objeción de CASTELLVÍ MONTSERRAT, apoyada por PUENTE RODRÍGUEZ. Estos autores cuestionan que la incoherencia pueda funcionar por sí misma como argumento de ilegitimidad. Según los mismos, afirmar que una conducta contradictoria es incoherente resultaría tautológico y no añadir nada a la justificación de una consecuencia penal[8]. Su crítica resulta relevante porque cuestiona el paso inferencial del que depende este artículo: el salto lógico desde «el sistema sostiene posiciones incompatibles» hasta «el reproche pierde justificación». La objeción identifica una dificultad real. La mera constatación de una contradicción no implica una consecuencia penal, habría que explicar qué fundamento del reproche afecta y por qué esa contradicción debilita su justificación.

---

[6] CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, 2019, pp. 215-224.

[7] DELGADO, «"Rotten Social Background": Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?», *Law & Inequality*, (3-1), 1985, pp. 9-90; ZAFFARONI, «Culpabilidad por la vulnerabilidad», *Anthropos*, (204), 2004, pp. 136-151; EWING, «Criminal Responsibility and Fair Moral Opportunity», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 291-316; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de personas con privación socioeconómica grave: lo que se puede aprender de las (verdaderas) propuestas de Bazelon y Delgado», en CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, 2025, pp. 61-89.

[8] CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Provocar y castigar: el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, p. 344, n. 923. PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido», *InDret*, (2), 2023, p. 367, apoya la crítica de CASTELLVÍ MONTSERRAT.

La incoherencia puede afectar tanto a las justificaciones retributivas como a las preventivas. Desde una perspectiva retributiva, compromete la noción de merecimiento. En las concepciones preventivas aquí consideradas, la desatención a limitaciones vinculadas al merecimiento, la culpabilidad y la proporcionalidad reduce la eficacia preventiva y debilita, por esa vía, la justificación de la pena.

Por último, se presenta el razonamiento abductivo como una posible herramienta de contextualización. Su función podría consistir en formular hipótesis sobre la relevancia normativa del contexto y facilitar el análisis de las premisas con las que se ha construido el caso.

El artículo se estructura del siguiente modo: el segundo epígrafe analiza la relación entre las categorías penales y el contexto, precisa el sentido del cierre categorial y presenta la exclusión social como caso de prueba; el tercero sitúa la propuesta dentro de la discusión sobre hipocresía, complicidad, *standing*, legitimidad política y responsabilidad, y explica la relevancia de la objeción formulada por CASTELLVÍ MONTSERRAT y PUENTE RODRÍGUEZ; el cuarto desarrolla la incoherencia como un problema interno de justificación de la pena; el quinto explora el razonamiento abductivo como una herramienta posible de contextualización y el último responde a las objeciones relativas a generalización, igualdad, intimidad y etiquetación.

2. Categorías penales y contexto

2.1. Abstracción y cierre categorial

El Derecho penal moderno se ha construido históricamente sobre una estructura de coherencia interna basada en la subsunción de los hechos en categorías normativas previamente definidas. Conforme al principio de legalidad, la intervención penal solo es legítima cuando una conducta encaja en un tipo penal establecido *ex ante*, lo que da lugar a una lógica decisoria de carácter fundamentalmente binario[9]. Esto pretende garantizar la seguridad jurídica, reducir la complejidad de los casos y permitir que las decisiones sean comparables y revisables. La abstracción cumple una función garantista.

Conviene precisar en qué sentido se utiliza aquí la idea de binarismo. El problema no está en que la decisión jurídica deba cerrarse ni en la lógica clásica como tal. En algún momento el sistema tiene que afirmar p o no p. El problema está en la fijación de las premisas que permiten hacerlo. El Derecho penal aplica predicados definidos a capacidades que, en realidad, son graduales[10], relacionales y sensibles al contexto. Pero el problema puede persistir, aunque esos predicados fueran graduales: una categoría sigue siendo cerrada si sus presupuestos y criterios de relevancia quedan sustraídos al examen de su adecuación normativa al caso concreto. La gradualidad permite diferenciar niveles o acercarse más al caso; la apertura contextual permite examinar la justificación de los criterios valorativos con los que esas gradaciones se definen. Una vez fijadas

[9] Utilizo aquí binario para describir el cierre de la decisión de pertenencia –p o no p–, no para afirmar que la lógica clásica impida incorporar información contextual. La dificultad se sitúa en la fijación de las premisas y en el empleo de predicados definidos para representar capacidades graduales y dependientes del contexto.

[10] Sobre los problemas derivados de aplicar categorías discretas a realidades graduales, MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 691-742, especialmente pp. 693 ss., 735 ss. Conviene distinguir esta dificultad del cierre categorial que se examina en este trabajo. Dicho cierre puede darse también en categorías graduales, cuando sus presupuestos permanecen fijos frente a circunstancias que ponen en cuestión su justificación. La introducción de grados no garantiza la flexibilidad contextual, al igual que sucede con una rúbrica de evaluación, sigue seleccionando categorías cerradas, aunque sean graduales.

las premisas, la conclusión puede ser deductivamente correcta; lo discutible es si esas premisas representan adecuadamente el caso y justifican el reproche.

El modelo penal presupone la existencia de un sujeto ideal –racional y autónomo–, al que nos referimos como sujeto medio, que conoce las normas y puede orientar su conducta conforme a ellas. La corrección del juicio penal depende de la adecuación formal entre la conducta y la norma. El problema no está en la generalización, sino en la aplicación de categorías abstractas a casos reales que no responden a los presupuestos normativos que fundamentan esas categorías. La seguridad jurídica protege frente a decisiones *ad hoc*, pero no exige atribuir el mismo significado normativo a situaciones que presentan diferencias relevantes para la propia justificación de la regla. En este sentido, la crítica feminista lleva décadas mostrando que el sujeto aparentemente neutral del Derecho penal es una construcción que invisibiliza relaciones de dependencia, violencia, género y poder que transforman el significado del hecho[11]. Pero también la dogmática ha matizado y precisado estas categorías. Por ello, aunque las categorías generales siguen siendo necesarias, sus presupuestos deberían hacerse explícitos y poder ser cuestionados en el caso concreto.

Las categorías penales contienen valoraciones sobre la agencia. La imputabilidad presupone una determinada capacidad; el dolo, una determinada forma de conocimiento; la culpabilidad, una determinada posibilidad de atribuir el hecho al autor. Por eso, la aplicación formal de estas categorías no resuelve el problema. Puede ocurrir que concurran sus indicadores y que, sin embargo, el contexto debilite el presupuesto normativo que permite sustentar en ella el reproche. En otros términos, el sistema puede clasificar correctamente según sus reglas y, sin embargo, reprochar incorrectamente según las razones que justifican esas reglas.

El sistema y la dogmática incorporan gradaciones y elementos contextuales: circunstancias modificativas de la responsabilidad, valoración de los motivos, márgenes de individualización de la pena, suspensión de la ejecución o el indulto, entre otras. Estos mecanismos muestran que el sistema reconoce que la aplicación ordinaria de sus categorías puede producir resultados normativamente insatisfactorios. Al mismo tiempo, la relevancia de una circunstancia depende de que pueda reconducirse a alguna de las categorías disponibles, pero una cuestión puede ser normativamente relevante y no encajar en ellas. El problema no es la desatención absoluta del contexto en el sistema, sino su insuficiencia y el modo en el que las abstracciones normativas se traducen a casos concretos.

Una categoría puede admitir grados y seguir siendo cerrada tanto respecto de la pertenencia como respecto de los criterios con los que se gradúa. Una escala más matizada podría tener el mismo problema si sitúa el caso dentro de parámetros preestablecidos, sin cuestionar si estos conservan su justificación en el contexto. La dificultad se aprecia, por ejemplo, en los casos que no alcanzan el umbral de una excepción, pero tampoco responden al modelo que justifica la regla. Pues no encajar en una excepción no demuestra que la aplicación de la regla conserve su fundamento normativo.

Las circunstancias modificativas y la individualización de la pena tampoco resuelven en todos los casos estas dificultades. En ocasiones permiten graduar correctamente el reproche. En otras se limitan a reducir la consecuencia después de que la imputación haya sido construida sobre premisas que no fueron revisadas. En este sentido, la ubicación dogmática importa.

[11] Sobre la crítica feminista al sujeto abstracto del Derecho penal: NAFFINE, *Criminal Law and the Man Problem*, 2019, pp. 140-148, 171-173.

La propuesta de este trabajo consiste en proponer un control sobre la relación entre la categoría aplicada y las razones que la justifican, argumentando que se debe atender al contexto para establecer cómo se aplican en este las valoraciones normativas del propio sistema. Por ello, no bastaría con el uso de categorías graduales, pues es más relevante analizar los presupuestos desde los que se gradúa. La propuesta inicial aquí esbozada consiste en explicitar esos presupuestos por parte del sistema para permitir que su adecuación normativa al caso sea cuestionada y, en su caso, flexibilizada o ampliada. Habría que determinar después si el contexto tiene relevancia para la interpretación, la justificación, la exculpación, la atenuación o la individualización de la pena, o si carece de relevancia penal.

El trabajo propone introducir un control contextual entre la relación entre la categoría y la razón que la justifica. Antes de formular el reproche penal, debe analizarse si el contexto ha alterado el presupuesto normativo del que depende esa consecuencia. La incoherencia aparece cuando el sistema mantiene la consecuencia de aplicación de unas premisas valorativas –normativamente– y no se cuestiona la razón que fundamentaba su aplicación.

2.2. La exclusión social como caso concreto

En mi opinión, muchas críticas contemporáneas al Derecho penal pueden vincularse con los límites de este modo de construir las premisas del juicio. En sociedades caracterizadas por la desigualdad estructural, el pluralismo normativo y la exclusión social, la premisa de un ciudadano homogéneo y plenamente integrado pierde plausibilidad descriptiva –y normativa–[12]. El sistema penal continúa aplicando categorías pensadas para un sujeto abstracto a situaciones que desbordan esos presupuestos, sin cuestionar si el reproche mantiene coherencia con sus propios fundamentos valorativos.

Las respuestas a este problema han oscilado entre dos estrategias igualmente insatisfactorias. Por un lado, la hiperregulación punitiva, que refuerza las fronteras del sistema mediante la expansión de tipos penales y el endurecimiento de las penas, buscando preservar la autoridad normativa del Derecho penal[13]. Por otro lado, la introducción de ajustes parciales –como atenuaciones o medidas alternativas– que no cuestionan el momento decisivo del reproche, sino únicamente su consecuencia[14]. Ninguna de estas estrategias aborda de manera directa el

[12] Algunas de estas críticas están recogidas en la siguiente bibliografía: WHITE, «Contemporary Continental Political Thought», en KLOSKO (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, 2011, p. 496; KLOSKO, «Contemporary Anglo-American Political Philosophy», en KLOSKO (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, 2011, pp. 456-479; DARIAN-SMITH, «Legal Pluralism in Postcolonial, Postnational, and Postdemocratic Times», en FOBLETS/GOODALE/SAPIGNOLI/ZENKER (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2022, pp. 901 ss.; IVISON, «Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, pp. 89 s.; MATRAVERS, «What to Say?: The Communicative Element in Punishment and Moral Theory», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, p. 115.

[13] Sobre esto: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., 2011. También DARIAN-SMITH, en FOBLETS/GOODALE/SAPIGNOLI/ZENKER (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2022, pp. 901 ss.

[14] Sobre esto, la propuesta de CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, quiere atenuar esta problemática en sede de culpabilidad. No obstante, las categorías de la culpabilidad (aunque graduales) siguen siendo esencialmente binarias, esto es, la respuesta solo puede encajar, o no, dentro de alguna de estas categorías graduales. En consecuencia, la decisión del sistema ha de ser relativamente determinada y, al menos en principio, susceptible de ser anticipada. De este modo, si una máquina alcanzara un grado de precisión suficiente como para reproducir íntegramente el razonamiento judicial, podría llegar a la solución correcta. Es en este sentido en el que sostengo que el sistema es binario, ya que, en última instancia, cada categoría se resuelve conforme al esquema clásico de A o no A, sin que exista una tercera posibilidad (*tertium non datur*). Sobre esto: LOPERA VIÑÉ, «Adaptabilidad del sistema penal y colectivos vulnerables: la exclusión como problema lógico», en DE LA HERRÁN

problema de fondo: la posible incoherencia interna del juicio penal cuando se aplica a sujetos situados en condiciones normativas distintas de aquellas que el sistema presupone.

La situación del excluido social constituye, en este sentido –y como se ha señalado– un caso «paradigmático»[15], pues personas que carecen de acceso efectivo a derechos básicos, a condiciones mínimas de participación social o a los beneficios que el ordenamiento jurídico presupone para la ciudadanía son tratadas penalmente como si compartieran las mismas condiciones normativas que los sujetos plenamente integrados[16]. Este desequilibrio muestra un límite interno del Derecho penal. No se trata únicamente de un problema de eficacia o de justicia material[17], sino de un problema de coherencia normativa. Las decisiones del sistema pueden basarse en premisas idealizadas que no corresponden al caso concreto.

La literatura sobre castigo no paradigmático ha utilizado la figura del ciudadano medio para mostrar este problema y ha propuesto, en algunos casos, grados de ciudadanía o semiciudadanía[18]. Esas propuestas tienen la virtud de señalar que la pertenencia política no se distribuye de manera uniforme. Sin embargo, convertir la integración social en un status penal es problemático ya que atribuye consecuencias generales a una identidad –o a una posición social– sin tan siquiera demostrar su conexión con el hecho, pudiendo llegar a resultados irrazonables –además de estigmatizantes–.

Parece más efectivo contextualizar el juicio que graduar al propio sujeto. En este sentido, la pobreza, la extranjería o la distancia cultural no serían atenuantes por sí mismas sino datos que pueden resultar irrelevantes o que, dependiendo del caso, pueden incidir en la comprensión de la norma, la posibilidad de actuar de otro modo, el sentido del hecho, la necesidad de pena o la coherencia justificativa del reproche.

Por eso el excluido social es un caso de análisis, no el destinatario de la propuesta. Una situación severa de exclusión puede no afectar a ninguna premisa relevante del reproche. También puede existir un problema semejante respecto de una persona materialmente integrada. La categoría

---

RUIZ-MATEOS *et al.* (coords.), *Estudios actuales de Derecho penal*, 2025, p. 45. Sobre los problemas de la categoría de culpabilidad aplicada a contextos determinados: NORRIE, «Albert Speer, Guilt and the Space Between», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, pp. 134 ss.

[15] Ya citado el título de la obra: COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político*, 2023.

[16] MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal: bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, 2009, p. 321; SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, p. 263; CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal: los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017, p. 16; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 80; CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 363-409; HÖRNLE, «Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung», en BUBLITZ/BUNG/GRÜNEWALD *et al.* (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, t. I, 2020, p. 526; BRANDARIZ GARCÍA, *La economía política de la pena: una introducción*, 2019, pp. 23 ss.; COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, en COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político*, 2023, pp. 100-103; GREEN, «Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders», *University of Chicago Legal Forum*, (1), 2010, pp. 51 s.

[17] A este respecto, CASTELLVÍ MONTSERRAT afirma que no tiene sentido limitar el argumento de la falta de la legitimidad de la pena del excluido social únicamente a casos de exclusión sino «a toda la población» como una crítica a los que proponen atender a estas desigualdades: CASTELLVÍ MONTSERRAT, «Filosofía moral, exclusión social y legitimidad del castigo estatal», *Política Criminal*, (18-36), 2023, pp. 545-546. Aunque no estoy de acuerdo con esta afirmación porque no se extendería «a toda la población» como afirma el autor sino únicamente a los que estén excluidos dentro de la misma, sí me parece pertinente lo que parece ser la motivación de fondo en una objeción tal: señalar que el sustrato al que se refiere la exclusión social es arbitrariamente selectivo.

[18] COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022, pp. 56-72; LOS MISMOS, en COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político*, 2023, pp. 93-140; IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts. Der Umfang der staatlichen Strafgewalt im Lichte eines Bürgerstrafrechts*, 2024, pp. 297 ss.

social no decide la cuestión. El análisis debe reconstruir la relación concreta entre contexto, hecho, categoría y fundamento normativo.

El caso de la exclusión social permite observar una problemática general: una categoría puede aplicarse correctamente conforme a sus criterios formales y, sin embargo, producir un reproche mal fundado si el contexto debilita el presupuesto normativo que permite extraer de ella esa consecuencia. La subsunción controla la pertenencia a la categoría; el control de coherencia podría analizar su justificación.

3. El lugar de la incoherencia en el debate sobre el castigo e injusticia

3.1. Responsabilidad, *standing* y legitimidad política

En el apartado anterior sostengo que una categoría penal puede aplicarse correctamente conforme a sus criterios formales y producir, sin embargo, un reproche mal fundado. Esta dificultad forma parte de una discusión más amplia sobre el castigo en sociedades injustas, aunque los argumentos formulados en ella no responden a la misma pregunta. La injusticia puede afectar a la responsabilidad del autor, a la posición de quien formula el reproche o a las razones con las que se justifica la pena. En este sentido, LORCA distingue entre los casos en los que la injusticia afecta a los requisitos de responsabilidad individual y aquellos en los que compromete la autoridad política para castigar[19]. Por su parte, la obra colectiva dirigida por CIGÜELA SOLA y MARTÍN LORENZO ordena el debate en torno a fundamentos, legitimidad y teoría del delito, y muestra la pluralidad de posibles respuestas[20]. Aunque posicionarse sobre estas distinciones no es el objetivo de este trabajo –bastaría con la remisión a estos autores– conviene distinguir estos planos porque la incoherencia a la que me refiero en este artículo no coincide por completo con ninguno de ellos.

Una parte de la literatura analiza el modo en el que la injusticia social afecta a la responsabilidad del autor. En este sentido, se identifican la privación ambiental severa, la desventaja criminógena, la vulnerabilidad, la oportunidad moral justa, el estado de necesidad o la inexigibilidad como categorías que ponen de relieve la pregunta sobre si el sujeto disponía de las capacidades y alternativas suficientes que permiten atribuirle plenamente el hecho. Por su parte, BAZELON y DELGADO plantean la privación socioeconómica en el terreno de las defensas penales[21]; ZAFFARONI vincula la culpabilidad con la vulnerabilidad frente al poder punitivo[22]; y EWING ha desarrollado el problema a partir de la oportunidad justa de evitar el delito y la pena[23]. Estas teorías se ocupan principalmente de las condiciones de responsabilidad, aunque sus consecuencias puedan tener relevancia también sobre la legitimidad de la respuesta estatal.

Otro grupo de argumentos dirige la atención a quien formula el reproche. La pregunta ya no es si el autor podía actuar de otro modo, sino si quien lo censura ocupa una posición que le permita

[19] LORCA, «Excusing Unjustified Punishment: On Doing Criminal Justice in Unjust Societies», *Modern Criminal Law Review*, (1-1), 2024, pp. 50-54.

[20] CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal*, 2025; CIGÜELA SOLA, «Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudio introductorio», en CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal*, 2025, pp. 15-50.

[21] DELGADO, *Law & Inequality*, (3-1), 1985, pp. 9 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal*, 2025, pp. 61-89.

[22] ZAFFARONI, *Anthropos*, (204), 2004, pp. 136-151.

[23] EWING, *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 291-316.

hacerlo[24]. En la literatura sobre *standing* hay dos argumentos principales para referirse a la pérdida de autoridad para castigar: la tesis de la complicidad y la tesis del desequilibrio relacional.

La tesis de la complicidad sostiene que quien contribuye de manera relevante a producir el mal o las condiciones en las que este se realiza no puede presentarse como un tercero ajeno. Se ha fundamentado en dos argumentaciones. La primera, la de la hipocresía, apunta a la falta de compromiso con la norma violada: la conducta de quien reprocha revela que no sostiene de manera suficiente el valor que invoca[25]. La segunda se refiere al estatus moral relativo: quien incumple de un modo comparable no puede presentarse frente al destinatario como una autoridad moral superior en relación con esa norma[26].

Por su parte, la tesis del desequilibrio relacional se refiere al deterioro de la relación moral. Los daños anteriores cometidos por quien reprocha pueden alterar la relación desde la que se formula la censura. En una concepción relacional como la de SCANLON, el reproche implica reflexionar sobre las actitudes hacia alguien cuya conducta revela disposiciones incompatibles con una relación valiosa. La censura resulta problemática cuando la propia relación ha sido previamente dañada por quien pretende reprochar[27].

Otra objeción posible que cuestiona la autoridad de quien censura y no la responsabilidad del agente es el argumento de integridad: cuando el Estado induce o fomenta una conducta y después la condena, su actuación anterior expresa que no la consideraba verdaderamente censurable o, al menos, que estaba dispuesto a promoverla para alcanzar otro fin[28].

Por último, un tercer plano de análisis está formado por las teorías que vinculan la legitimidad de la pena con la pertenencia política, la reciprocidad o el reconocimiento. MURPHY puso en cuestión la justificación retributiva del castigo en una sociedad que distribuye de manera injusta sus oportunidades y cargas[29]. DUFF, en consonancia con su teoría comunicativa de la pena, ha relacionado la censura con la pertenencia a una comunidad normativa[30]. GARGARELLA y una parte importante de la literatura latinoamericana han cuestionado la autoridad del Estado para castigar bajo condiciones de desigualdad estructural y exclusión democrática[31]. En estas propuestas, la problemática no es la culpabilidad del autor ni una falta moral interpersonal del Estado, sino la relación política desde la que se exige responsabilidad.

---

[24] COHEN, *Royal Institute of Philosophy Supplement*, (58), 2006, pp. 113-136.

[25] TODD, «A Unified Account of the Moral Standing to Blame», *Noûs*, (53-2), 2019, pp. 347-374. El autor sostiene que, cuando la implicación en el mal elimina el *standing*, lo hace porque muestra una falta de compromiso con los valores que condenan la conducta del autor.

[26] FRITZ/MILLER, «Hypocrisy and the Standing to Blame», *Pacific Philosophical Quarterly*, (99-1), 2018, pp. 118-139, fundamentan la pérdida de *standing* en la autoexcepción injustificada y en el rechazo de la imparcialidad moral, además de en la igualdad. ISSEROW/KLEIN, «Hypocrisy and Moral Authority», *Journal of Ethics and Social Philosophy*, (12-2), 2017, pp. 191-222; DUFF, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2009, p. 23.

[27] SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, 2008, pp. 122-214.

[28] En este sentido, DUFF, «Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial», *Ratio*, (23-2), 2010, pp. 123-140, sostiene que la conducta estatal previa puede socavar la posición del Estado para llamar al acusado a responder. Por su parte, KLIMCHUK, «State Estoppel», *Law and Philosophy*, (39-3), 2020, pp. 297-323, desarrolla este argumento en los casos de provocación o error oficialmente inducido.

[29] MURPHY, *Philosophy & Public Affairs*, (2-3), 1973, pp. 217-243.

[30] DUFF, «Punishment, Communication, and Community», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, pp. 48-68; EL MISMO, *Answering for Crime*, 2009.

[31] GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, 2012; LACEY, en MANTOUVALOU/WOLFF (eds.), *Structural Injustice and the Law*, 2024, pp. 168-201.

Esta pregunta se trasladó, en concreto, al castigo de personas en situación de pobreza y examinó en qué medida la injusticia distributiva y la contribución estatal a la criminalidad afectan la responsabilidad y la posición del Estado[32]. Esta tesis ha generado debate en la doctrina penal reciente, dando lugar tanto a desarrollos favorables[33] como a objeciones críticas[34].

La tesis central de CIGÜELA SOLA consiste en afirmar que el castigo aplicado al excluido social presenta un problema específico de legitimidad política, derivado de una incoherencia institucional[35]. El Estado, por un lado, excluye de hecho a determinados individuos del acceso efectivo a derechos, oportunidades y condiciones mínimas de ciudadanía; por otro, los incluye normativamente solo en el momento de castigarlos, invocando para ello principios –como la reciprocidad, el reconocimiento o el vínculo cívico– que presuponen precisamente aquello que ha sido previamente negado. Esta tensión entre exclusión material e inclusión punitiva constituye, según el autor, una contradicción relevante para la justificación de la pena[36].

El argumento puede reconstruirse del siguiente modo: la pena se legitima –en buena parte de las teorías contemporáneas– sobre la base de una relación de reciprocidad (ya sea entre el individuo y la comunidad política o desde una relación biológica o antropológica)[37]. Castigar supone

[32] TADROS, *The Journal of Value Inquiry*, (43-3), 2009, pp. 391-413, especialmente pp. 398 ss.; BEADE/LORCA, *Isonomía*, (47), 2017, pp. 135-164.

[33] La teoría de PAWLIK es una teoría de la legitimidad de la pena basada en el vínculo de la ciudadanía: PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, 2004, pp. 97 ss. COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, en COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político*, 2023, pp. 93-140, y LOS MISMOS, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022, han desarrollado un modelo de distintos niveles de graduación de la ciudadanía para resolver posibles problemas en esta fundamentación. La idea está más en detalle en el tercer capítulo de la tesis de IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, 2024, pp. 297 ss. Antes de esto, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82 ss., hablaba de hasta seis categorías diferenciadas de la ciudadanía.

[34] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, pp. 357-396. Refiriéndose a la provocación, CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 399, afirma que usar el argumento de la hipocresía para deslegitimar la pena del excluido social es inviable. CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Polít. Crim.*, (18-36), 2023, p. 544. En sus palabras: «El motivo es simple: la objeción de la hipocresía requiere una determinada correspondencia entre las conductas que se censuran y las que ha llevado a cabo quien formula el reproche. Dicha correspondencia no existe —o solo existe en un nivel muy abstracto— entre los delitos que pueden cometer los excluidos sociales y las políticas excluyentes promovidas por un Estado. El bien jurídico que se reivindica al sancionar, por ejemplo, un hurto o un delito de tráfico de drogas, poco tiene que ver con el valor que puede infringir el Estado mediante el diseño de políticas públicas que favorecen la exclusión de algunos segmentos de la población. En todo caso, la eventual correspondencia que pudiera haber entre ambos sería tan genérica —probablemente debería referirse a un concepto tan vago como el respeto a la igualdad o la equidad— que también podría hacerse extensible a otras infracciones penales que nada tienen que ver con la exclusión social (delitos fiscales, societarios o contra la administración pública). De este modo, la objeción de la hipocresía tendría un alcance tan amplio que, de facto, cualquier incumplimiento del Estado negaría su legitimidad para castigar cualquier delito. Así, tal y como ocurre en la parábola de la mujer adúltera, únicamente los Estados sin incumplimientos (pecados) tendrían legitimidad para castigar (tirar la primera piedra)».

[35] Sobre el plano político y el plano moral de la discusión en torno al excluido social: CIGÜELA SOLA, «Lo moral y lo político en la legitimidad del castigo del excluido social: la discusión en cinco problemas», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 221-224.

[36] CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, 2019, pp. 215-224; EL MISMO, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-29), 2020, pp. 221 ss.; EL MISMO, *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 224 ss.

[37] Sobre la reciprocidad entre el individuo y la comunidad: DUFF, en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, 1999, pp. 50 ss. Por su parte, MAÑALICH RAFFO, «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, 2019, pp. 203-206, habla de ontología relacional; PAWLIK parte del concepto de reciprocidad y los deberes ciudadanos vinculados a este: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 90 ss. Sobre la reconstrucción de esta fundamentación y sus problemas en relación con la exclusión social y la reciprocidad, LOPERA VIÑÉ, «El problema de la libertad condicionada por el deber de cooperación en la teoría de la pena de Pawlik y una entrevista con el autor», *Política Criminal*, (20-40), 2025, pp. 681-683, 687-692. Pero también FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la*

entonces reprochar una infracción a normas que obligan en virtud de una pertenencia compartida: el sujeto es destinatario del reproche porque forma parte del sistema normativo que ha vulnerado. Sin embargo, cuando el Estado ha fallado de manera estructural en garantizar las condiciones mínimas de esa pertenencia –cuando ha excluido al individuo de los vínculos–, resulta problemático apelar a esa misma relación para justificar el castigo: no se puede invocar coherentemente un vínculo normativo que ha sido previamente erosionado por el propio sistema.

Desde esta perspectiva la crítica apunta a un déficit en la estructura justificativa del castigo. La incoherencia radica en el modo en que el sistema penal articula su reproche: el Estado adopta posiciones normativas contradictorias frente al mismo individuo, tratándolo como excluido a efectos de la garantía de derechos y como plenamente incluido a efectos del castigo. Esta incoherencia afecta directamente a la pretensión de legitimidad del reproche penal.

Comparto la intuición de CIGÜELA SOLA de que la contradicción importa, pero no fundamentaría una objeción en una teoría de reciprocidad política. En primer lugar, no parece que se den tales relaciones de reciprocidad estatal, pero incluso si así fuera, las teorías relacionales tienen que determinar qué incumplimientos del Estado deterioran el vínculo, frente a qué delitos y con qué consecuencias. También deben traducir una deficiencia estructural –normalmente gradual y colectiva– a una decisión penal individual. Lo relevante para esta investigación es lo siguiente: incluso si el Estado conserva su autoridad política y aunque no se niegue la responsabilidad del autor, debe analizarse si la categoría aplicada y la pena impuesta son compatibles con las razones que el propio sistema reconoce para castigar.

Este enfoque tampoco vuelve irrelevante la crítica política. La exclusión puede deteriorar la relación política, reducir las oportunidades del autor y revelar una contradicción interna del propio sistema al mismo tiempo. La pérdida de *standing* afecta a la posición desde la que se censura; la falta de oportunidad incide en la responsabilidad; la incoherencia justificativa afecta a la razón sobre la que el sistema pretende fundamentar la pena.

La propuesta de este trabajo se aproxima especialmente a las teorías que explican la hipocresía mediante una falta de compromiso y a las que entienden la hipocresía como una inconsistencia expresiva de valores[38]. También comparte con los argumentos de integridad la idea de que una institución puede desautorizar su propia pretensión punitiva mediante posiciones incompatibles. Sin embargo, el análisis no depende de una relación interpersonal, de una comparación global entre la calidad moral del Estado y la del autor, ni de la participación estatal en la producción del delito. La pregunta es otra: ¿puede una determinada razón justificar la pena

pena estatal: un breve recorrido por las teorías de la pena, 2014, p. 83; EL MISMO, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, 2007, pp. 268 ss.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 201; así como las teorías del *free rider* (DAGGER, «Punishment as Fair Play», *Res Publica*, (14-4), 2008, p. 261) justifican la pena en relación con distintos tipos de vínculos (asociados a sentimientos colectivos en estos casos). Como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, 2014, p. 189, también HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, 1999, pp. 116 ss., sostiene una teoría de la pena similar a la suya, justificando la pena como una respuesta que satisface determinados sentimientos colectivos de justicia. También la teoría de SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2025, pp. 146 ss., se centra en vínculos relacionales, en este caso, antropológicos. El autor se considera partidario de una antropología «no reduccionista» sino «realista» del ser humano. Esto quiere decir que niega las teorías antropológicas derivadas de la filosofía racional-empirista inglesa de los siglos XVII y XVIII, que conceptualizan al ser humano como inherentemente egoísta (o racionalismo hobbesiano). Rechaza el contractualismo y el individualismo y propone una visión del ser humano como un ser interconectado a partir de sus relaciones personales con otros.

[38] ROSSI, «Hypocrisy Is Vicious, Value-Expressing Inconsistency», *The Journal of Ethics*, (25-1), 2021, pp. 57-80.

cuando el propio sistema aplica sus categorías o expresa sus valoraciones de una manera incompatible con esa razón?

Mientras que la literatura se pregunta quién puede formular el reproche y a quién, la coherencia justificativa plantearía bajo qué presupuestos puede sostenerse ese reproche. La responsabilidad del autor, la competencia jurídica del Estado y la justificación de una razón pueden separarse. El autor puede seguir siendo responsable y el Estado puede conservar su potestad general para castigar; aun así, una razón concreta puede dejar de justificar el reproche porque el sistema la contradice con sus propias valoraciones normativas.

3.2. ¿Es la incoherencia un argumento vacío?

Frente a la posición de CIGÜELA SOLA algunos autores han desarrollado la crítica y la han conectado con propuestas de reducción o supresión del castigo en casos de exclusión social[39], mientras que otros han cuestionado que la incoherencia señalada tenga relevancia normativa suficiente como para afectar a la legitimidad de la pena[40].

En particular, CASTELLVÍ MONTSERRAT y, siguiendo su planteamiento, PUENTE RODRÍGUEZ cuestionan que la incoherencia pueda funcionar por sí misma como argumento de ilegitimidad. Según esta posición, calificar una conducta estatal de ilegítima por ser incoherente equivaldría a incurrir en una «tautología», pues: «una conducta contradictoria es incoherente por definición»[41], de modo que afirmar que es reprochable por esa razón no añadiría nada al análisis.

El núcleo de esta objeción puede formularse del siguiente modo: si la incoherencia se identifica sin más con la contradicción, entonces señalar que el Estado actúa de manera incoherente al excluir socialmente a un individuo y castigarlo penalmente no constituye un argumento autónomo de ilegitimidad. Sería equivalente a decir que una conducta es mala porque es mala, o inválida porque es inválida. Desde esta perspectiva, la apelación a la incoherencia no permitiría derivar ninguna consecuencia relevante respecto de la legitimidad de la pena.

La objeción de CASTELLVÍ MONTSERRAT y PUENTE RODRÍGUEZ no formula expresamente una tesis sobre el estatuto lógico de la contradicción. Plantea, ante todo, un problema normativo: de la afirmación de que el sistema sostiene posiciones incompatibles no se sigue todavía que el reproche sea ilegítimo. A partir de esta objeción cabe, sin embargo, atender una cuestión adicional, de carácter lógico: qué consecuencias produce la presencia de contradicciones dentro de un sistema. En la lógica formal clásica, una contradicción conduce a la trivialidad en virtud del principio de explosión. Desde este marco, un sistema que admite simultáneamente una proposición y su negación perdería la capacidad de distinguir entre conclusiones válidas e inválidas, verdaderas y falsas[42].

---

[39] COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 82 ss.; IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts*, 2024.

[40] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023.

[41] CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 344, n. 923; PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 367.

[42] Una intuición profundamente arraigada desde Aristóteles es que las contradicciones deben eliminarse para que un razonamiento sea coherente. En este sentido, la lógica clásica sostiene el llamado principio de explosión (*ex contradictione sequitur quodlibet*): a partir de una premisa contradictoria $A \wedge \neg A$ puede derivarse cualquier conclusión arbitraria. En otras palabras, en términos de lógica clásica, si un sistema de creencias o normas contiene siquiera una contradicción, colapsa en trivialidad, por lo que cualquier cosa sería demostrable y el sistema perdería la capacidad de determinar la verdad o falsedad de la conclusión a partir de la verdad o falsedad de las premisas. Sobre esto: DA COSTA/FRENCH, *Science and Partial Truth: A Unitary Approach to Models and Scientific Reasoning*, 2003, p. 85.

Esta cuestión lógica debe distinguirse de la relevancia normativa de la contradicción[43]. Que un sistema contenga posiciones incompatibles no determina por sí mismo si la decisión afectada está o no justificada. Sin embargo, en contextos institucionales complejos, la existencia de contradicciones puede ser el indicio de un conflicto interno entre normas o valores que el sistema sostiene simultáneamente. Es posible, además, representar racionalmente situaciones inconsistentes sin considerarlas por ello triviales.

En el plano lógico, la equiparación entre contradicción y colapso global del sistema no resulta necesaria. Existen marcos –como las lógicas paraconsistentes– que permiten reconocer la presencia de contradicciones sin que ello implique la invalidez global del sistema ni la trivialización del razonamiento[44]. Identificar una contradicción no equivale entonces a decir «todo vale», sino a señalar un punto de conflicto que puede ser localizado y abarcado. Aplicado al ámbito penal, esto significa que una incompatibilidad en la justificación de la pena puede analizarse sin declarar inválido el sistema penal en su conjunto.

No obstante, esta precisión lógica tiene un alcance limitado. Permite afirmar que una contradicción puede ser identificada y tratada racionalmente y no constituye una mera tautología, pero no demuestra que toda contradicción tenga relevancia normativa ni que de ella se siga automáticamente la ilegitimidad de la pena. La objeción de CASTELLVÍ MONTSERRAT y PUENTE RODRÍGUEZ no es exacta cuando categoriza de tautológica la idea, pero conserva su razón en el plano justificativo: debe explicarse por qué la incompatibilidad detectada afecta a la premisa del reproche.

La discusión parece tener también una dimensión semántica, referida al modo de conceptualizar el problema. Puesto que lo que se cuestiona no es tanto la existencia de un problema en la posibilidad de atenuación del castigo del excluido social sino el uso del término «incoherencia» para describirlo[45]. Una objeción de este tipo no invalida la crítica, sino que desplaza la discusión hacia la necesidad de precisar qué se entiende por coherencia y en qué plano se está evaluando.

Para que la incoherencia pueda funcionar como un argumento relevante, es necesario demostrar que la contradicción señalada produce consecuencias normativas para la justificación de la pena. Esto exige algo más que afirmar que toda contradicción es incoherente por definición. Requiere analizar si la coexistencia de determinadas normas y valoraciones –o presupuestos– compromete la posibilidad de formular un reproche con sentido. La sola identificación de

[43] El rechazo de la contradicción es problemático para modelar racionalmente situaciones inconsistentes, pero no triviales, que son comunes en la realidad. Por ejemplo, la teoría del átomo de Bohr asumía electrones en órbitas estables sin radiar energía, en contradicción con las ecuaciones de Maxwell; aun así, fue científica y empíricamente útil. Sobre esto: BROWN, «How to Be Realistic about Inconsistency in Science», *Studies in History and Philosophy of Science*, (21-2), 1990, pp. 281-294.

[44] Se han desarrollado las llamadas lógicas paraconsistentes –o sistemas lógicos tolerantes a la inconsistencia– que rechazan el principio de explosión. Desde pioneros como JAŚKOWSKI (quien introdujo en 1948 la lógica discursiva paraconsistente) y DA COSTA (cuyos sistemas formales C_1, C_2, … inauguraron en 1963 el estudio sistemático de la paraconsistencia), hasta algunos desarrollos contemporáneos (DA COSTA/FRENCH, *Science and Partial Truth*, 2003, p. 85). Las lógicas paraconsistentes sostienen que es lógicamente posible razonar con contradicciones de forma controlada. Sobre esto: JAŚKOWSKI, «Propositional Calculus for Inconsistent Deductive Systems», *Logic and Logical Philosophy*, (7), 1999, pp. 35-56. De este modo, una teoría puede contener $A \wedge \neg A$ sin colapsar (PRIEST, *In Contradiction: A Study of the Transconsistent*, 1987, pp. 94 ss.). Así se logra modelar formalmente teorías inconsistentes, pero no triviales, como sucedería con el ejemplo de Bohr (BROWN, *Studies in History and Philosophy of Science*, (21-2), 1990, pp. 291 s.).

[45] CASTELLVÍ MONTSERRAT, *Polít. Crim.*, (18-36), 2023, critica, por ejemplo, el uso del argumento de la hipocresía para poder justificar la atenuación del castigo del excluido social, pero finalmente afirma que argumentos como el de la complicidad podrían servir mucho mejor a estos efectos.

posiciones incompatibles no basta: debe precisarse qué premisa justificativa resulta afectada y qué relación guarda con la decisión penal.

En consecuencia, la crítica según la cual la incoherencia sería un argumento vacío o tautológico no invalida la propuesta. Más bien pone de manifiesto la necesidad de reformular el problema: no se trata de decidir si la incoherencia es, en abstracto, algo malo o irrelevante, sino de determinar en qué sentido una contradicción interna del sistema penal afecta a las razones en las que se fundamenta la pena. Esta reformulación desplaza el análisis desde la mera identificación de una contradicción hacia la coherencia normativa de la estructura justificativa.

En esencia, la discusión lógica permite descartar una conclusión limitada: la presencia de contradicciones no vuelve necesariamente trivial o inválido todo el sistema. La objeción de CASTELLVÍ MONTSERRAT y PUENTE RODRÍGUEZ se sitúa, sin embargo, en otro plano. Ambos atacan el paso inferencial del que depende la propuesta: el tránsito desde «el sistema sostiene posiciones incompatibles» hasta «el reproche pierde legitimidad». Si ese paso no se justifica, la coherencia queda reducida a una etiqueta descriptiva.

La objeción obliga, por tanto, a precisar tres cuestiones. Primero, qué tipo de contradicción interesa. Segundo, qué relación debe existir entre las posiciones incompatibles. Tercero, qué consecuencias produce la contradicción en el juicio penal.

4. La incoherencia normativa en la justificación de la pena

Como hemos visto, la objeción dirigida contra la crítica de la incoherencia obliga a distinguir entre la mera identificación de una contradicción y su relevancia normativa. La contradicción que interesa en el castigo del excluido social no es meramente descriptiva ni lógica en sentido formal. Afecta a la estructura de justificación del reproche penal y a la relación entre las categorías aplicadas, los presupuestos que las fundamentan y la consecuencia penal.

La coherencia no equivale a la ausencia de contradicciones formales. En teoría del Derecho se ha distinguido entre consistencia y coherencia: un conjunto puede no contener proposiciones lógicamente incompatibles y, sin embargo, carecer de una explicación normativa común; también puede presentar conflictos que exijan cuestionar una decisión sin que todo el sistema pierda validez[46]. La coherencia se refiere aquí a la posibilidad de comprender la categoría aplicada, sus fundamentos y la consecuencia punitiva como partes de una justificación inteligible. La incoherencia aparece cuando la decisión no puede integrarse con las premisas normativas que la justifican o cuando introduce una diferencia para la que el sistema no ofrece una razón compatible con sus propios criterios. Se trata de un fracaso en su estructura justificativa.

En el argumento de CIGÜELA SOLA, la incoherencia del castigo surge del hecho de que el Estado adopta dos posiciones contradictorias hacia el individuo excluido: primero lo margina, y luego, paradójicamente, lo incluye para castigarlo. Es una incoherencia institucional. Esta incoherencia alude a la conexión entre la justificación política de la pena y su aplicación material. La justificación de la pena, en este marco, se asume como una relación de reciprocidad (CIGÜELA SOLA

[46] MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», en PECZENIK/LINDAHL/VAN ROERMUND (eds.), *Theory of Legal Science*, 1984, pp. 235-238; AMAYA, «Legal Justification by Optimal Coherence», *Ratio Juris*, (24-3), 2011, pp. 304-329, desarrolla un modelo coherentista de la justificación jurídica, afirmando que la coherencia no equivale a la ausencia de contradicciones, sino que interviene en la construcción de una justificación jurídica inteligible.

se refiere, de hecho, a una relación de reconocimiento)[47]. Si esta reciprocidad se entiende en términos contractualistas, la incoherencia resulta evidente: el Estado ha roto previamente el contrato al excluir al individuo. Esto es: no se puede alegar una vinculación contractual para legitimar el castigo si una de las partes ha incumplido previamente el contrato. Pero esta misma argumentación se ha descrito desde el plano de la vinculación moral de modo similar[48]. No obstante, en mi opinión, una justificación relacional de la pena no es sostenible, ya que el Estado no podría comprobar ni garantizar de forma real la reciprocidad. No creo que sea esa su función, ni que el Estado pueda (o deba) sostener un ideal de reciprocidad como base de su legitimidad. A pesar de lo anterior, no creo que esto invalide la crítica de la incoherencia; más bien, exige trasladarla a otro plano. Considero que la crítica de CIGÜELA SOLA sobre la contradicción es válida pero la coherencia no debe buscarse en la noción de reciprocidad sino en el propio sistema penal, es decir, en su dimensión normativa: que el sistema no sea incoherente con su propia fundamentación de la pena, que es de carácter valorativo.

La incoherencia relevante aquí no se sitúa, por tanto, en el plano de las teorías políticas del castigo –por ejemplo, en una supuesta ruptura del contrato social o del vínculo relacional–, sino en el propio funcionamiento del sistema penal como sistema normativo. El problema no es que el Estado incumpla un ideal político previo, sino que formule un reproche que no resulta coherente con los presupuestos normativos que él mismo afirma sostener. La cuestión central es si el sistema penal puede reprochar una conducta sin contradecir los criterios de merecimiento y responsabilidad que fundamentan ese reproche.

Desde esta perspectiva, la crítica de la incoherencia puede reformularse del siguiente modo: el castigo del excluido social es problemático cuando el sistema penal presupone, para justificar la pena, condiciones normativas que no concurren en el caso concreto y, aun así, mantiene el reproche sin revisar sus presupuestos. La incoherencia no estaría en castigar a alguien que ha sido excluido sino en no ajustar el juicio de reproche a la ausencia o debilitamiento de las condiciones normativas que el propio sistema considera relevantes para la imputación.

Para que esa incompatibilidad afecte a la justificación del reproche deben concurrir, al menos, cuatro elementos: un presupuesto normativo identificable; una aplicación categorial, una decisión o una posición institucional incompatible con ese presupuesto; una conexión entre ambos que no sea meramente remota; y la ausencia de una razón suficiente que explique la incompatibilidad. Esta puede aparecer dentro de la propia categoría, cuando sus indicadores permiten aplicarla, aunque el contexto debilite su fundamento normativo, o entre la razón utilizada para castigar y otras valoraciones atribuibles al sistema. La mala actuación estatal, en abstracto, no basta.

En este sentido, la incoherencia interna de las normas es problemática tanto desde una perspectiva prevencionista como retribucionista de la pena. En principio, uno podría sostener que, desde un punto de vista consecuencialista, castigar al excluido social no compromete la legitimidad de la pena si ello conduce a fines deseables, como, por ejemplo, la seguridad común y que solo desde una perspectiva retributiva se podría decir que la pena es inmerecida. Pero, en mi opinión, la incoherencia interna afecta a ambas posiciones:

[47] CIGÜELA SOLA, *Polít. Crim.*, (15-29), 2020, pp. 221 ss.

[48] DUFF, «Punishment and the Duties of Offenders», *Law and Philosophy*, (32-1), 2013, p. 127; TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, 2011.

A. Desde las concepciones preventivas aquí consideradas, los límites vinculados al merecimiento, la culpabilidad y la proporcionalidad cumplen también una función preventiva: reducen la arbitrariedad, hacen previsible la respuesta penal y sostienen la confianza en las normas y en las instituciones que las aplican. Cuando el sistema desconoce esos límites, debilita esa confianza y pierde eficacia preventiva. La incoherencia afecta así a la justificación de la pena porque perjudica la consecución del fin que la fundamenta[49].

B. Desde un punto de vista principialista o retributivo la incoherencia resulta aún más evidente. El reproche penal presupone la posibilidad de atribuir responsabilidad de un modo normativamente significativo[50]. Si el sistema no puede ofrecer una explicación coherente de por qué el autor es merecedor de castigo en función de sus propios criterios de imputación, el fundamento ético del reproche se disuelve. Esto es, no habría claridad sobre qué determina el merecimiento de pena en estos casos.

Así, la incoherencia produce consecuencias relevantes desde el punto de vista de las teorías de la pena. La coherencia interna constituye una condición de la justificación normativa del castigo: el sistema debe poder explicar por qué formula ese reproche conforme a los criterios de responsabilidad y merecimiento que él mismo reconoce[51].

En mi opinión, visto así, el problema de la incoherencia no es material, sino normativo. A veces, el castigo del excluido social –entendido este como el sujeto marginado por su carencia de recursos socioeconómicos y de capacidad de influencia pública, como se ha definido en la discusión académica–[52] podría ser coherente con las valoraciones del sistema y el reproche penal, y otras veces no[53]. Del mismo modo, podría haber casos en los que no hubiera exclusión desde un punto de vista material, y aun así el reproche resulte problemático desde una perspectiva normativa[54].

En esencia, la incoherencia del castigo no paradigmático debe entenderse como un problema de consistencia interna del sistema penal. Un sistema normativo coherente debe ser capaz de

[49] Ya desde RAWLS, las teorías prevencionistas se teorizan con limitaciones de tipo instrumental que protegen la percepción de legitimidad del sistema: RAWLS, «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, (64-1), 1955, p. 13. En teorías prevencionistas actuales, este tipo de argumentación es la estándar (véase, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, p. 85; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, p. 289; TADROS, *The Ends of Harm*, 2011, pp. 21 ss.; ASHWORTH/ZEDNER, «Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, p. 282).

[50] O, en otros términos, como afirma ALONSO ÁLAMO, «Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva», en BASSO/CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, 2019, p. 1300, desde una perspectiva retribucionista el principio de culpabilidad sería «irrenunciable».

[51] MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 57-137; GARVEY, *Guilty Acts, Guilty Minds*, 2020, pp. 1-19, especialmente p. 12.

[52] COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022.

[53] En un sentido similar, PUENTE RODRÍGUEZ critica no el criterio material *per se*, sino que siempre sea relevante la exclusión basada en este: PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, pp. 375 ss. También SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, pp. 68 ss., cuestionaría que en torno a los delitos *mala in se* el criterio material tuviera relevancia.

[54] Y, de hecho, sucede frente a sujetos considerados inimputables desde el punto de vista del sistema, a los que se aplicarían medidas de seguridad. No estoy proponiendo una solución similar dado que esta tiene muchos problemas y sobre estos me remito a: PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021; y MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014, pp. 1-77.

explicar por qué, en un caso concreto, es posible formular un reproche con sentido conforme a sus propios valores. Cuando esta explicación falla, la pena no pierde legitimidad por razones externas o políticas, sino por una contradicción interna entre el reproche formulado y los fundamentos normativos que lo pretenden sostener.

Desde este punto de vista, argumentar desde la coherencia no equivale a incurrir en una tautología. La coherencia no determina por sí misma qué valores debe asumir el Derecho penal. Un sistema injusto puede ser internamente coherente. Su función es más limitada: controlar que el sistema sea fiel a los presupuestos que ya ha incorporado como razones para castigar. En otras palabras, la coherencia no legitima por sí sola una pena, pero su ausencia puede invalidar la justificación que el sistema ofrece.

Se puede resumir lo argumentado hasta el momento del siguiente modo:

A. Es legítimo argumentar desde la coherencia cuando la contradicción afecta a una premisa utilizada por el propio sistema para justificar la imposición de la pena. En esos casos, la incoherencia no es una tautología, sino un déficit en la estructura justificativa.

B. Desde el marco de la lógica paraconsistente las contradicciones pueden identificarse y cuestionarse sin incurrir en trivialidades.

C. Dado que la pena debe ser coherente normativamente con su justificación, la incoherencia normativa cuestiona la legitimidad del castigo desde cualquiera de las teorías de la pena. Desde una perspectiva consecuencialista, una pena incoherente socava la legitimidad institucional, genera arbitrariedad y compromete la confianza pública. Mientras que, desde una retributiva, una pena incoherente disuelve el fundamento ético del reproche porque no se pueden establecer criterios claros de merecimiento.

D. Desde el plano normativo, la exclusión relevante para el castigo no es siempre material. Hay formas de exclusión normativa que afectan la posibilidad de reproche, hay personas que no son excluidas materialmente, pero sí lo están desde el punto de vista de los valores del sistema. Por eso, la justificación del castigo no puede decidirse solo a partir de las condiciones objetivas del individuo, sino observando la coherencia entre el sistema y sus fundamentos.

Este planteamiento abre la posibilidad de un control interno de la justificación del castigo: uno de los filtros aplicables al juicio penal consistiría en examinar si el reproche formulado es coherente con la estructura normativa del sistema y con el fundamento de la categoría aplicada. Para ello, sin embargo, resulta necesario contar con una forma de razonamiento capaz de integrar el contexto sin prescindir de criterios normativos.

5. El razonamiento abductivo como herramienta de contextualización

El problema de la incoherencia en el castigo del excluido social expone la problemática sobre cómo se fijan las premisas del sistema penal. La subsunción deductiva aplica una norma general a un caso una vez determinadas esas premisas; por ello no resuelve los supuestos en los que se discute si la categoría representa adecuadamente el caso. La inducción tampoco basta, pues generaliza a partir de casos anteriores sin plantearse los presupuestos normativos de las categorías utilizadas. Hace falta una forma de razonamiento que permita formular hipótesis sobre la relevancia del contexto sin renunciar a criterios de racionalidad y control. El razonamiento abductivo puede cumplir esa función.

La abducción, tal como fue caracterizada por PEIRCE, constituye una forma de inferencia distinta de la deducción y la inducción. Mientras la deducción extrae consecuencias necesarias de reglas generales y la inducción generaliza a partir de regularidades empíricas, la abducción consiste en la formulación de hipótesis explicativas ante situaciones que resultan sorprendentes o que no encajan adecuadamente en los marcos conceptuales disponibles. La abducción realiza una inferencia creativa orientada a introducir una nueva idea que permita dar sentido a un fenómeno que desborda las categorías habituales[55]. En nuestro caso, los marcos habituales del sistema normativo serían las categorías ideales (como la de ciudadano medio) de las que parte el mismo. En este sentido, el razonamiento abductivo cumple la función de introducir una nueva hipótesis[56]. El valor de este razonamiento, como afirma ALISEDA, es que resulta especialmente apto para incorporar elementos contextuales[57]. Y, por ello, puede entenderse –como lo hace MAGNANI– como un razonamiento eco-pragmático. Esto es, un tipo de razonamiento que se adapta, se adecúa y se cuestiona a sí mismo[58].

Una de las características centrales del razonamiento abductivo es su sensibilidad al contexto. Una vez fijadas las premisas, la deducción extrae sus consecuencias, pero no revisa por sí misma si esas premisas captan adecuadamente la singularidad del caso. La abducción parte precisamente de una situación que no encaja en el marco disponible y formula una hipótesis capaz de explicarla. Como sostiene ALISEDA, su formalización incorpora elementos pragmáticos y contextuales que desbordan una aplicación puramente mecánica de reglas[59].

La abducción no es ajena al razonamiento jurídico. Se ha utilizado para estudiar la selección de explicaciones fácticas, la identificación de la regla aplicable, la generación de hipótesis interpretativas y la comparación entre explicaciones alternativas[60]. La propuesta de este trabajo desplaza esa función hacia la construcción de las premisas del reproche: la anomalía aparece cuando la aplicación ordinaria de una categoría produce una consecuencia difícil de conciliar con la razón que la justifica.

El recurso a la abducción no es la única herramienta para resolver este problema. Las lógicas derrotables permiten representar conclusiones que deben revisarse cuando aparece nueva información; las lógicas multivaluadas o difusas permiten expresar grados de pertenencia o de intensidad; y las lógicas paraconsistentes permiten localizar contradicciones sin hacer colapsar el sistema[61]. Sin embargo, estas posibilidades serán analizadas en futuros estudios. La abducción es interesante en esta investigación preliminar por una función particular: permite formular hipótesis cuando la aplicación ordinaria de una categoría provoca una anomalía justificativa. Abre la posibilidad de cuestionamiento, pero no otorga por sí misma una respuesta jurídica.

---

[55] PEIRCE, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, t. VII, 1966, pp. 136 ss.

[56] HINTIKKA, «What Is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology», *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, (34-3), 1998, pp. 510 ss.

[57] ALISEDA, *Abductive Reasoning: Logical Investigations into Discovery and Explanation*, 2006, p. 30.

[58] MAGNANI, «The Eco-Cognitive Model of Abduction», *Journal of Applied Logic*, (13-3), 2015, pp. 285-315.

[59] ALISEDA, *Abductive Reasoning*, 2006, p. 22.

[60] TUZET, «Legal Abductions», en BOURCIER (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2003: The Sixteenth Annual Conference*, 2003, pp. 41-50; ASKELAND, «The Potential of Abductive Legal Reasoning», *Ratio Juris*, (33-1), 2020, pp. 66-81.

[61] Sobre el razonamiento derrotable en el ámbito jurídico: PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, 1997, pp. 33-100; sobre la representación gradual mediante conjuntos difusos, ZADEH, «Fuzzy Sets», *Information and Control*, (8-3), 1965, pp. 338-353; sobre las lógicas paraconsistentes, DA COSTA/FRENCH, *Science and Partial Truth*, 2003, p. 85, y PRIEST, *In Contradiction*, 1987, pp. 94 ss.

La importancia de integrar el contexto es que permite replantear el modo en que se ha formulado inicialmente el caso. La abducción busca la hipótesis que mejor explica una situación que no encaja en el marco disponible. De esa explicación no se sigue todavía la solución normativa, que deberá justificarse mediante las categorías, principios y garantías del sistema. El contexto puede resultar significativo o carecer de toda consecuencia penal. La función de la hipótesis abductiva consiste precisamente en permitir que ambas posibilidades sean analizadas.

Trasladado al ámbito del Derecho penal, el razonamiento abductivo no sustituye a la subsunción ni elimina la necesidad de normas generales, pero puede operar como una herramienta previa o complementaria de control del reproche. Ante un caso que plantea dudas sobre la coherencia del castigo, la abducción permite formular la pregunta: ¿qué hipótesis explica el conflicto entre el reproche y los presupuestos o finalidades que el sistema penal afirma sostener? A partir de ahí puede examinarse si las categorías empleadas siguen siendo normativamente adecuadas para el caso concreto.

Este enfoque resulta especialmente relevante cuando la decisión penal conlleva riesgos normativos. Como sostiene DOUGLAS, en contextos de incertidumbre es inevitable –y en cierto sentido deseable– que las decisiones incorporen consideraciones valorativas, ya que el coste del error no es neutral[62]. Aplicado al Derecho penal, esto significa que decidir castigar o no castigar, reprochar o atenuar el reproche, implica siempre riesgos éticos e institucionales. Un razonamiento que ignore deliberadamente esas consecuencias, amparándose en una supuesta neutralidad formal, puede resultar tan arbitrario como una decisión puramente intuitiva. El razonamiento abductivo permite, precisamente, hacer explícitos esos riesgos y someterlos a evaluación racional. La hipótesis que se formule –por ejemplo, mantener el reproche estándar, atenuarlo o prescindir de él– puede ser examinada en función de su coherencia con los principios del sistema, de su capacidad explicativa y de sus consecuencias previsibles. Como señalan CHIFFI y PIETARINEN, la abducción no es un «todo vale», sino un tipo de razonamiento guiado por criterios normativos como la coherencia, la simplicidad y la adecuación práctica[63]. En el contexto penal, estos criterios podrían traducirse en exigencias de consistencia interna, merecimiento y racionalidad institucional.

Desde esta perspectiva, la abducción puede ayudar a detectar cuándo las premisas con las que se ha construido el caso deben ser analizadas. Cuando el reproche aparece como difícil de conciliar con los fundamentos del sistema, permite formular hipótesis alternativas y someterlas a contraste. Esto no implica que todo contexto de exclusión deba ser considerado automáticamente relevante ni que el castigo deba ser siempre excluido o atenuado. La clave está en identificar cuándo el contexto resulta normativamente significativo para la formulación del reproche. Así entendida, la abducción ofrece una vía intermedia entre dos posiciones igualmente insatisfactorias: por un lado, la aplicación rígida de categorías penales abstractas que ignoran el contexto; por otro, una individualización puramente casuística que carece de criterios normativos claros. El razonamiento abductivo permite introducir el contexto sin disolver la normatividad y ofrece un punto de partida racional para evaluar la coherencia del reproche en el caso concreto.

En términos mínimos, el análisis debe identificar la anomalía interna, formular varias hipótesis –incluida la irrelevancia jurídica del contexto–, contrastarlas con los hechos y con los

[62] DOUGLAS, «Rejecting the Ideal of Value-Free Science», en KINCAID/DUPRÉ/WYLIE (eds.), *Value-Free Science? Ideals and Illusions*, 2007, p. 123.

[63] CHIFFI/PIETARINEN, «Risk and Values in Science: A Peircean View», *Axiomathes*, (29-4), 2019, pp. 329-346.

presupuestos del sistema, traducir la hipótesis mejor fundada a argumentación dogmática y justificar la decisión. La explicación elegida será la que dé mejor cuenta de los hechos y de las razones.

El uso de hipótesis contextuales permanecería sometido a las garantías ordinarias del juicio penal. Ninguna hipótesis puede ampliar la punibilidad o crear una carga desfavorable por analogía. El contexto debe acreditarse, las partes deben poder discutir tanto los hechos como su significado normativo y la decisión debe formular un criterio aplicable a casos comparables. La investigación tampoco puede extenderse a toda la biografía del acusado: debe limitarse a la información necesaria para resolver la cuestión jurídica. La contextualización solo podría reducir la arbitrariedad haciendo transparentes sus premisas y estableciendo mecanismos de control.

En esencia, la incorporación del razonamiento abductivo al análisis del castigo del excluido social no pretende sustituir las categorías dogmáticas ni debilitar las garantías del sistema. Su función podría consistir en hacer revisables las premisas de la categoría cuando el caso presenta una anomalía que la aplicación ordinaria no consigue explicar. Frente a situaciones que desbordan el paradigma de categorías ideales, la abducción permite formular hipótesis sobre la relación entre el contexto, la categoría y el fundamento del reproche. La abducción no es el criterio de coherencia, ni la única lógica capaz de incorporar el contexto. Su utilidad reside en posibilitar el cuestionamiento de las premisas cuando la aplicación ordinaria de una categoría produce anomalías en la justificación del reproche.

6. Posibles objeciones a la contextualización

Las propuestas que introducen el contexto en la atribución de responsabilidad se enfrentan a objeciones conocidas: el riesgo de convertir la explicación en excusa, la ubicuidad de los condicionamientos, la pérdida de generalidad, los problemas de prueba y el peligro de representar a determinados sujetos como agentes disminuidos. Estas objeciones son anteriores al debate reciente sobre el castigo del excluido social y aparecen, con formulaciones distintas, en la discusión sobre privación ambiental severa, socialización e individualización de la responsabilidad[64]. PUENTE RODRÍGUEZ ha sistematizado cinco de ellas en la discusión sobre la atemperación del castigo del excluido. A continuación, examinaré su posible alcance frente a la propuesta contextual defendida en este trabajo.

6.1. «Comprenderlo todo es perdonarlo todo»[65]

Una primera objeción sostiene que, si se atiende excesivamente a las circunstancias individuales, se corre el riesgo de diluir el reproche hasta el punto de vaciarlo de contenido normativo. Bajo esta premisa, comprender las razones contextuales del delito equivaldría a excusarlo sistemáticamente, lo que haría imposible sostener una práctica penal coherente.

[64] Sobre los antecedentes de esta discusión, BAZELON, «The Morality of the Criminal Law», *Southern California Law Review*, (49), 1976, pp. 385-405; MORSE, «The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon», *Southern California Law Review*, (49), 1976, pp. 1247-1268; DELGADO, *Law & Inequality*, (3-1), 1985, pp. 9 ss.; ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and "Rotten Social Background"», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 53-77; MORSE, «Severe Environmental Deprivation (aka RSB): A Tragedy, Not a Defense», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 147-173.

[65] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 380; remitiéndose a un argumento similar en MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 180.

En mi opinión, esta crítica se fundamenta en una concepción excesivamente amplia y poco precisa del perdón. Esta objeción mezcla tres cuestiones diferentes: comprender, excusar y perdonar. Comprender no equivale a perdonar, y la introducción del contexto tampoco implica la renuncia al reproche[66]. El reproche penal puede mantenerse cuando resulte coherente. La cuestión no es si el contexto explica la conducta, sino si afecta a alguna de las condiciones que permiten atribuirla y reprocharla conforme a los criterios del sistema penal. Como ha sostenido ZAIBERT, el perdón posee una estructura moral específica y no puede confundirse con la mera comprensión causal o contextual de una acción[67]. Como afirma el autor, no todo puede ni debe ser perdonado, y del mismo modo, no todo contexto resulta normativamente relevante para excluir o atenuar el reproche. No todo lo comprensible es excusable y no todo lo excusable queda perdonado. El contexto puede explicar una conducta y no afectar en absoluto a la capacidad de cumplir la norma.

6.2. «Lo ubicuo no puede disculpar»[68]

Una segunda objeción afirma que, dado que toda conducta ocurre en un contexto, introducir el contexto como criterio relevante conduciría a una excusa universal. Si todos los sujetos actúan condicionados por circunstancias sociales, psicológicas o culturales, entonces ninguna conducta sería plenamente reprochable.

Estoy de acuerdo en que la mera existencia de un contexto no basta para disculpar. Precisamente por eso, introducir el contexto exige romper con la ubicuidad y determinar qué aspecto concreto del caso puede alterar el juicio normativo. La crítica pierde fuerza si se distingue entre contexto ubicuo y contexto normativamente significativo. Lo verdaderamente ubicuo carece de capacidad diferenciadora y, por ello, tampoco puede justificar una consecuencia jurídica.

La propuesta contextual defendida aquí no considera todo contexto relevante. Exige identificar aquellos hechos que afectan de manera directa a una condición normativa de la categoría o del reproche. El contexto debe ser evaluado críticamente y no aceptado de forma automática como eximente o atenuante[69].

El contexto ubicuo carece de fuerza diferenciadora. Lo relevante es el contexto normativamente significativo: aquel que afecta a una condición concreta de significado normativo. La abducción puede contribuir a formular hipótesis sobre esa relación específica entre los hechos y las premisas normativas, pero no decide por sí sola si el contexto tiene consecuencias penales.

6.3. La defensa de la ficción igualitaria

Se ha defendido que ciertas ficciones igualitarias cumplen una función normativa valiosa en el Derecho, aunque no reflejen la realidad social. Un ejemplo es el del sufragio universal. Desde esta

---

[66] Sobre la distinción entre explicación contextual y excusa en el debate sobre privación ambiental e indoctrinación, MORSE, *Southern California Law Review*, (49), 1976, pp. 1247 ss.; ROBINSON, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 53 ss.; DELGADO, *Law & Inequality*, (3-1), 1985, pp. 9 ss.

[67] ZAIBERT, «The Paradox of Forgiveness», *Journal of Moral Philosophy*, (6-3), 2009, pp. 365-393, especialmente pp. 369 s.

[68] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 380.

[69] Sobre la necesidad de distinguir el condicionamiento causal general de una circunstancia con relevancia para la responsabilidad: MORSE, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 147-163, rechaza que la privación severa sea, por sí misma, una condición exculpatoria; ROBINSON, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 53-77; EWING, *Law and Philosophy*, (37-1), 2018, pp. 29-68.

perspectiva, la ficción igualitaria del castigo podría cumplir una función similar, al tratar a todos los sujetos como igualmente responsables ante la ley penal[70].

Sin embargo, no todas las ficciones cumplen la misma función ni tienen el mismo valor normativo. Cabe distinguir entre ficciones inclusivas, que amplían el reconocimiento y la participación (como el sufragio), y ficciones excluyentes, que legitiman la imposición de cargas (como la pena). Uno podría argumentar que el castigo también es inclusivo y, de hecho, PUENTE RODRÍGUEZ lo hace argumentando que es una forma de respeto o de «autonormación»[71]. Sin entrar a cuestionar esta realidad, esa dimensión simbólica de la pena no resolvería el problema planteado aquí. La pena no puede justificarse como reconocimiento cuando el reproche contradice los presupuestos que el propio sistema utiliza para atribuir responsabilidad.

6.4. El riesgo de invasión de la intimidad

Otra objeción apunta al peligro de que la consideración del contexto derive en prácticas intrusivas, en las que el acusado sea interrogado sobre aspectos íntimos de su biografía (traumas, abusos, historia familiar) como condición para evaluar su responsabilidad penal. En este sentido, PUENTE RODRÍGUEZ plantea: «¿es inocuo, por ejemplo, preguntar a alguien cuánto le condicionaron los abusos sexuales a los que fue sometido en su infancia por su padre?»[72].

Esta preocupación es comprensible, pero no invalida toda contextualización. El sistema penal ya incorpora valoraciones personales en múltiples ámbitos (culpabilidad, imputabilidad, individualización de la pena) sin que ello se considere, por sí mismo, ilegítimo. La respuesta debe consistir en límites procesales: pertinencia, necesidad, consentimiento cuando corresponda, protección de datos, prohibición de inferencias estereotipadas y utilización de información objetivable.

Reconocer la relevancia normativa del contexto no obliga al acusado a exponer toda su biografía ni autoriza indagaciones invasivas. La investigación debe restringirse a la información necesaria para resolver la cuestión jurídica y apoyarse, cuando sea posible, en datos objetivables o aportados voluntariamente. La posibilidad de hacer valer una circunstancia no puede transformarse en un deber de narrar la propia vida para obtener un trato justo.

6.5. El riesgo de etiquetación moral del excluido

Por último, atender a la exclusión podría llevar a caracterizar al autor del delito como «desfavorecido moral» o «espiritual»[73], con el problema que eso supone de etiquetar a alguien como inferior en estos aspectos, reforzando estigmas incompatibles con la igualdad y la dignidad personal.

[70] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 380.

[71] La idea de la responsabilidad penal como forma de reconocimiento de la dignidad se encuentra ya en HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse», en KOCH (ed.), *Ausgewählte Werke*, t. III, 2015 (ed. orig. 1970), § 99 obs. y 100: «La lesión que afecta al delincuente no es solo justa en sí; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su derecho». Siguiendo esta idea: MORRIS, «Persons and Punishment», *The Monist*, (52-4), 1968, pp. 475-501; DUFF, *Answering for Crime*, 2009, pp. 23 ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 97 ss. Véanse también PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 377; CIGÜELA SOLA, *Polít. Crim.*, (15-29), 2020, pp. 221 ss.

[72] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 380. La objeción concreta relativa a la intimidad se relaciona con problemas más amplios de prueba y administrabilidad presentes en el debate sobre privación ambiental severa e indoctrinación. Véanse MORSE, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011; ROBINSON, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011; DELGADO, *Law & Inequality*, (3-1), 1985.

[73] PUENTE RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2023, p. 380.

Sin embargo, no creo que esto sea necesario. De hecho, hablar en términos de «favorecido» o «desfavorecido» es de nuevo recurrir a un lenguaje economicista o materialista. Toda desventaja en algunos aspectos puede implicar ventajas en otros. Lo esencial aquí es comprender cómo el contexto transforma el significado de las categorías penales, que están pensadas para un sujeto ideal y abstracto. Cuando cambian las condiciones en las que el sujeto conoce, decide y actúa, también puede cambiar el significado normativo de la categoría aplicada. No es necesario hablar de desfavorecidos morales. El problema no es quién es el autor, sino si el sistema penal puede formular coherentemente un reproche dadas las condiciones normativas que él mismo presupone.

En conjunto, las objeciones formuladas no impiden introducir el contexto, pero sí fomentan la limitación de la contextualización. Su relevancia debe vincularse con una premisa concreta de la categoría o del reproche, acreditarse sin recurrir a estereotipos y traducirse a una consecuencia jurídica revisable. Sin esas condiciones, la contextualización correría el riesgo de convertirse en una individualización arbitraria.

7. Conclusión. Categorías, contexto y coherencia del reproche penal

La discusión sobre la imposición de la pena en contextos de exclusión social aúna problemas distintos. Uno se refiere a la autoridad del Estado para castigar cuando ha contribuido a producir una injusticia o ha incumplido sus deberes básicos. Otro, a la responsabilidad del autor y a si el contexto afectó a las capacidades o alternativas que permiten reprocharle el hecho. Este trabajo se ha concentrado en la coherencia justificativa del juicio penal. Esto es, en cuestionar si las categorías aplicadas y las posibles penas que derivan de su aplicación pueden sostenerse mediante los presupuestos normativos que el propio sistema reconoce. La falta de *standing*, la disminución de responsabilidad y la incoherencia pueden concurrir, pero afectan a cuestiones distintas y no producen necesariamente las mismas consecuencias.

El punto de partida es la idea de que las categorías penales no son simplemente descripciones. La imputabilidad presupone una determinada concepción de la capacidad; el dolo, un determinado concepto de conocimiento y voluntad; la culpabilidad, una determinada noción de autonomía. La dificultad aparece cuando los indicadores formales de una categoría concurren, pero el contexto debilita la capacidad o la valoración que justifica el reproche. La aplicación formalmente correcta de una categoría no agota, por ello, la justificación de sus consecuencias.

El Derecho penal ya incorpora el contexto a través de la imputabilidad, el error, el estado de necesidad, la inexigibilidad, las circunstancias modificativas o la individualización de la pena. Sin embargo, la relevancia de una circunstancia depende de que pueda reconducirse a alguna de esas categorías. Queda así una zona intermedia: el contexto puede afectar al fundamento del reproche sin alcanzar el umbral previsto para una excepción. No encajar en una excepción no demuestra que concurran plenamente las condiciones de la regla. En esos casos, la consecuencia penal puede mantenerse aunque permanezca abierta la pregunta sobre la razón normativa que permitía extraerla.

La incoherencia adquiere relevancia cuando afecta a esa razón. Su identificación exige un presupuesto normativo reconocible; una aplicación categorial, una decisión o una posición institucional incompatible con él; una conexión concreta con el hecho; y la ausencia de una razón suficiente que explique la incompatibilidad. La contradicción no se torna relevante simplemente porque sea una contradicción. Importa cuando compromete una premisa que el sistema utiliza

para imputar, reprochar y castigar. Esta es también la respuesta a la objeción según la cual apelar a la incoherencia sería tautológico: la conclusión crítica no deriva de la palabra «incoherencia», sino del fracaso de la estructura justificativa.

El análisis desplaza así la cuestión hacia el interior del propio sistema penal. La objeción no depende de que el Estado haya incumplido un contrato social ideal, de que sea moralmente peor que el autor o de que haya perdido toda autoridad política para castigarlo. El Estado puede conservar su competencia jurídica y el autor puede seguir siendo responsable. Aun así, la razón concreta utilizada para formular el reproche puede ser insuficiente. Del mismo modo, una actuación estatal injusta no basta para afirmar una incoherencia penalmente relevante: debe demostrarse su conexión con la categoría, la valoración o la finalidad que fundamenta la respuesta penal.

La exclusión social constituye un caso de prueba especialmente claro. Muestra la distancia que puede existir entre el sujeto ideal presupuesto por las categorías y las condiciones reales. La pobreza, la marginación, la extranjería o la distancia cultural no determinan por sí mismas una consecuencia penal. Pueden carecer de relevancia para el hecho concreto o incidir en la comprensión de la norma, las alternativas disponibles, la competencia normativa, el sentido del hecho o la necesidad de pena. Esa incidencia debe demostrarse. Por eso, la propuesta no propone una gradación del sujeto ni apoya la existencia de categorías de ciudadanos con distinta responsabilidad; contextualiza el juicio.

La incoherencia afecta de manera distinta a las finalidades de la pena. Desde una perspectiva retributiva, pone en cuestión la idea de merecimiento cuando el sistema no puede explicar por qué atribuye responsabilidad conforme a sus propios valores. En las teorías expresivas o comunicativas, puede afectar tanto al contenido de la censura como a la posición desde la que el Estado la formula. La responsabilidad del autor puede subsistir, pero el reproche estatal pierde fuerza cuando expresa una valoración incompatible con la que sus propias instituciones sostienen o cuando atribuye al sujeto una capacidad que la categoría ya no representa adecuadamente. El problema de la incoherencia normativa no afecta solo a una concepción retributiva del castigo. Aunque en ese marco compromete directamente el merecimiento, también afecta a las justificaciones preventivas. Las teorías preventivas contemporáneas no justifican cualquier pena capaz de producir un efecto útil, sino que incorporan límites vinculados a la culpabilidad, el merecimiento y la proporcionalidad. Estos límites cumplen también una función preventiva: reducen la arbitrariedad, hacen previsible la respuesta penal y sostienen la confianza en la norma y en las instituciones que la aplican. Cuando el sistema afirma esos límites y después formula un reproche incompatible con ellos, debilita la confianza en el sistema y reduce su eficacia preventiva. Puede seguir produciendo obediencia o intimidación, pero debilita la prevención estable y predecible.

El razonamiento abductivo se propone como una posible herramienta para incorporar este control contextual. Su función consistiría en formular hipótesis cuando la aplicación ordinaria de una categoría produce una anomalía justificativa y en hacer revisables las premisas con las que se ha construido el caso. La abducción no es la única herramienta disponible y posiblemente tampoco resuelva todas las dimensiones del problema. Las lógicas derrotables permiten revisar conclusiones ante nueva información; las lógicas graduales pueden representar capacidades que no aparecen simplemente presentes o ausentes; y las lógicas paraconsistentes permiten localizar contradicciones sin hacer colapsar el sistema. La utilidad específica de la abducción está en abrir la posibilidad de cuestionamiento y ordenar hipótesis alternativas.

La contextualización tampoco autoriza una valoración libre de la biografía del autor. La circunstancia debe acreditarse, vincularse con una premisa concreta del reproche y traducirse a una consecuencia jurídica revisable. El criterio utilizado debe poder aplicarse a casos comparables, incluidos aquellos que generan menor simpatía. Estos límites evitan que el contexto se transforme en una presunción favorable a ciertos grupos, en una investigación ilimitada de la intimidad o en una nueva forma de etiquetación.

La coherencia podría funcionar, en definitiva, como un meta control o un control de segundo orden. No proporcionaría por sí misma los valores del Derecho penal y tampoco convertiría en legítimo cualquier sistema que sea internamente consistente. Un ordenamiento coherente podría seguir siendo injusto. Sin embargo, una pena no podría justificarse mediante razones que el propio sistema niega o deja de reconocer en el caso concreto sin ofrecer una explicación suficiente. La coherencia no legitima por sí sola la pena, pero puede disminuir la arbitrariedad y ser acorde a la justificación que pretende fundamentarla.

Las implicaciones de este trabajo exceden el castigo del excluido social. El problema alcanza a cualquier supuesto en el que exista una distancia entre los indicadores formales de una categoría y las capacidades o valoraciones que justifican su aplicación. Las categorías penales siguen siendo necesarias, pero no pueden operar como ficciones autosuficientes. Mantener las garantías del sistema exige que sigan respondiendo a las razones por las que fueron construidas. El sistema puede clasificar correctamente según sus reglas y, aun así, reprochar incorrectamente según las razones que justifican esas reglas.

8. Bibliografía

ALISEDA, *Abductive Reasoning: Logical Investigations into Discovery and Explanation*, Springer, Dordrecht, 2006.

ALONSO ÁLAMO, «Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva», en BASSO/CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 1291-1307.

AMAYA, «Legal Justification by Optimal Coherence», *Ratio Juris*, (24-3), 2011, pp. 304-329.

ASHWORTH/ZEDNER, «Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 279-303.

ASKELAND, «The Potential of Abductive Legal Reasoning», *Ratio Juris*, (33-1), 2020, pp. 66-81.

BAZELON, «The Morality of the Criminal Law», *Southern California Law Review*, (49), 1976, pp. 385-405.

BEADE/LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», *Isonomía*, (47), 2017, pp. 135-164.

BRANDARIZ GARCÍA, *La economía política de la pena: una introducción*, Iustel, Madrid, 2019.

BROWN, «How to Be Realistic about Inconsistency in Science», *Studies in History and Philosophy of Science*, (21-2), 1990, pp. 281-294.

CASTELLVÍ MONTSERRAT, «Filosofía moral, exclusión social y legitimidad del castigo estatal», *Política Criminal*, (18-36), 2023, pp. 538-563.

———, *Provocar y castigar: el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CHIFFI/PIETARINEN, «Risk and Values in Science: A Peircean View», *Axiomathes*, (29-4), 2019, pp. 329-346.

CIGÜELA SOLA, «Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudio introductorio», en CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 15-50.

———, «Lo moral y lo político en la legitimidad del castigo del excluido social: la discusión en cinco problemas», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 219-238.

———, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-29), 2020, pp. 202-228.

———, *Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

———, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal: los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017, pp. 1-34.

CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, Atelier, Barcelona, 2025.

COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el Derecho penal del ciudadano*, Atelier, Barcelona, 2023.

COCA VILA/IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, «Derecho penal de semi-ciudadanos», en COCA VILA (ed.), *Pena y vínculo político. Sobre el castigo no-paradigmático en el Derecho penal del ciudadano*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 93-140.

———, «A Criminal Law for Semicitizens», *Journal of Applied Philosophy*, (39-1), 2022, pp. 56-72.

COHEN, «Casting the First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn the Terrorists?», *Royal Institute of Philosophy Supplement*, (58), 2006, pp. 113-136.

DA COSTA/FRENCH, *Science and Partial Truth: A Unitary Approach to Models and Scientific Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

DAGGER, «Punishment as Fair Play», *Res Publica*, (14-4), 2008, pp. 259-275.

DARIAN-SMITH, «Legal Pluralism in Postcolonial, Postnational, and Postdemocratic Times», en FOBLETS/GOODALE/SAPIGNOLI/ZENKER (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 899-916.

DELGADO, «"Rotten Social Background": Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?», *Law & Inequality*, (3-1), 1985, pp. 9-90.

DOUGLAS, «Rejecting the Ideal of Value-Free Science», en KINCAID/DUPRÉ/WYLIE (eds.), *Value-Free Science? Ideals and Illusions*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 120-140.

DUFF, «Punishment and the Duties of Offenders», *Law and Philosophy*, (32-1), 2013, pp. 109-127.

———, «Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial», *Ratio*, (23-2), 2010, pp. 123-140.

———, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

———, «Punishment, Communication, and Community», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 48-68.

EWING, «Criminal Responsibility and Fair Moral Opportunity», *Criminal Law and Philosophy*, (17-2), 2023, pp. 291-316.

———, «Recent Work on Punishment and Criminogenic Disadvantage», *Law and Philosophy*, (37-1), 2018, pp. 29-68.

FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal: un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014.

———, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires, 2014.

———, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007.

FRITZ/MILLER, «Hypocrisy and the Standing to Blame», *Pacific Philosophical Quarterly*, (99-1), 2018, pp. 118-139.

GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012.

GARVEY, *Guilty Acts, Guilty Minds*, Oxford University Press, New York, 2020.

GREEN, «Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders», *University of Chicago Legal Forum*, (1), 2010, pp. 43-71.

HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, trad. por Muñoz Conde/Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse», en KOCH (ed.), *Ausgewählte Werke*, t. III, Wissen verbindet, Berlin, 2015 (ed. orig. 1970).

HINTIKKA, «What Is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology», *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, (34-3), 1998, pp. 503-533.

HÖRNLE, «Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung», en BUBLITZ/BUNG/GRÜNEWALD *et al.* (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, t. I, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 511-528.

IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, *Revision der Grundlagen des Strafanwendungsrechts. Der Umfang der staatlichen Strafgewalt im Lichte eines Bürgerstrafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024.

ISSEROW/KLEIN, «Hypocrisy and Moral Authority», *Journal of Ethics and Social Philosophy*, (12-2), 2017, pp. 191-222.

IVISON, «Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 88-107.

JAŚKOWSKI, «Propositional Calculus for Inconsistent Deductive Systems», *Logic and Logical Philosophy*, (7), 1999, pp. 35-56.

KLIMCHUK, «State Estoppel», *Law and Philosophy*, (39-3), 2020, pp. 297-323.

KLOSKO, «Contemporary Anglo-American Political Philosophy», en KLOSKO (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 456-479.

LACEY, «Criminal Justice and Social (In)Justice», en MANTOUVALOU/WOLFF (eds.), *Structural Injustice and the Law*, UCL Press, London, 2024, pp. 168-201.

LOPERA VIÑÉ, «El problema de la libertad condicionada por el deber de cooperación en la teoría de la pena de Pawlik y una entrevista con el autor», *Política Criminal*, (20-40), 2025, pp. 680-704.

———, «Adaptabilidad del sistema penal y colectivos vulnerables: la exclusión como problema lógico», en DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS *et al.* (coords.), *Estudios actuales de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 43-61.

LORCA, «Excusing Unjustified Punishment: On Doing Criminal Justice in Unjust Societies», *Modern Criminal Law Review*, (1-1), 2024, pp. 50-63.

MACCORMICK, «Coherence in Legal Justification», en PECZENIK/LINDAHL/VAN ROERMUND (eds.), *Theory of Legal Science*, D. Reidel, Dordrecht, 1984, pp. 235-251.

MAGNANI, «The Eco-Cognitive Model of Abduction», *Journal of Applied Logic*, (13-3), 2015, pp. 285-315.

MAÑALICH RAFFO, «Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal», en MARAVER GÓMEZ/POZUELO PÉREZ (coords.), *La culpabilidad*, B de F, Montevideo, 2019, pp. 201-228.

MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal: bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014, pp. 1-77.

———, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MATRAVERS, «What to Say?: The Communicative Element in Punishment and Moral Theory», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 108-123.

MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.

———, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, pp. 57-137.

MORRIS, «Persons and Punishment», *The Monist*, (52-4), 1968, pp. 475-501.

MORSE, «Severe Environmental Deprivation (aka RSB): A Tragedy, Not a Defense», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 147-173.

———, «The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon», *Southern California Law Review*, (49), 1976, pp. 1247-1268.

MURPHY, «Marxism and Retribution», *Philosophy & Public Affairs*, (2-3), 1973, pp. 217-243.

NAFFINE, *Criminal Law and the Man Problem*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

NORRIE, «Albert Speer, Guilt and the Space Between», en MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 133-151.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de personas con privación socioeconómica grave: lo que se puede aprender de las (verdaderas) propuestas de Bazelon y Delgado», en CIGÜELA SOLA/MARTÍN LORENZO (dirs.), *Exclusión social, delito y responsabilidad penal. Estudios desde los fundamentos y la teoría del delito*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 61-89.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

———, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

PEIRCE, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, t. VII, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1966.

PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.

PRIEST, *In Contradiction: A Study of the Transconsistent*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido», *InDret*, (2), 2023, pp. 357-396.

———, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

RAWLS, «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, (64-1), 1955, pp. 3-32.

ROBINSON, «Are We Responsible for Who We Are? The Challenge for Criminal Law Theory in the Defenses of Coercive Indoctrination and "Rotten Social Background"», *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, (2-1), 2011, pp. 53-77.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROSSI, «Hypocrisy Is Vicious, Value-Expressing Inconsistency», *The Journal of Ethics*, (25-1), 2021, pp. 57-80.

SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Atelier, Barcelona, 2016.

SCANLON, *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2008.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2025.

———————, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

———————, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

———————, «Poverty and Criminal Responsibility», *The Journal of Value Inquiry*, (43-3), 2009, pp. 391-413.

TODD, «A Unified Account of the Moral Standing to Blame», *Noûs*, (53-2), 2019, pp. 347-374.

TUZET, «Legal Abductions», en BOURCIER (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2003: The Sixteenth Annual Conference*, IOS Press, Amsterdam, 2003, pp. 41-50.

WHITE, «Contemporary Continental Political Thought», en KLOSKO (ed.), *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 480-500.

ZADEH, «Fuzzy Sets», *Information and Control*, (8-3), 1965, pp. 338-353.

ZAFFARONI, «Culpabilidad por la vulnerabilidad», *Anthropos*, (204), 2004, pp. 136-151.

ZAIBERT, «The Paradox of Forgiveness», *Journal of Moral Philosophy*, (6-3), 2009, pp. 365-393.

InDret
4.2026

José M. López Riba
Universitat de Girona

Charlie Lloyd
University of York

Control policial del cannabis en España: entre la hiperactividad sancionadora y la escasez de investigación empírica

Sumario

El cannabis ocupa un lugar central en la persecución policial de las drogas en España, tanto en el ámbito penal como, sobre todo, en el administrativo. Sin embargo, esta realidad ha recibido escasa atención por parte de la criminología. Este artículo analiza, en primer lugar, el marco regulador aplicable al tráfico, consumo y posesión de cannabis, haciendo especial énfasis en el ámbito administrativo. En segundo lugar, presenta los datos disponibles sobre detenciones por tráfico de drogas, denuncias administrativas e incautaciones, que muestran de forma consistente el papel predominante del cannabis. En tercer lugar, contrasta la situación española con la investigación desarrollada en Inglaterra y Gales, donde el carácter accidental de los descubrimientos, la discrecionalidad policial y las disparidades raciales en la aplicación de la ley han sido documentados. A partir de este diagnóstico, el artículo propone una agenda de investigación criminológica centrada en las infracciones administrativas por consumo y tenencia en espacios públicos.

Abstract

Cannabis occupies a central role in drug law enforcement in Spain, both in the criminal sphere and, above all, in the administrative one. Yet this reality has received little attention from criminology. This article analyses, first, the regulatory framework governing cannabis trafficking, consumption and possession, with particular emphasis on administrative sanctions. Second, it presents the available data on drug trafficking arrests, administrative sanctions and seizures, which consistently point to the predominant role of cannabis. Third, it contrasts the Spanish situation with the research conducted in England and Wales, where the accidental nature of cannabis discoveries, police discretion and racial disparities in enforcement have been documented. Drawing on this diagnosis, the article proposes a criminological research agenda focused on administrative offences involving cannabis consumption and possession in public spaces.

Title: *Cannabis policing in Spain: between enforcement hyperactivity and the scarcity of empirical research.*

Palabras clave: cannabis, persecución policial de las drogas, discrecionalidad policial, infracciones administrativas.
Keywords**:** *cannabis, drug law enforcement, police discretion, administrative sanctions.*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.13

InDret

4.2026

Recepción
24/03/2026
-
Aceptación
17/09/2026
-

Índice

-

1. ¿Por qué es importante prestar atención a la persecución policial del cannabis?
2. Regulación del tráfico, consumo y posesión de cannabis
2.1. Regulación penal: el tráfico de drogas
2.2. Regulación administrativa: el consumo y la posesión de drogas en espacios públicos
2.3. Notas sobre los Clubes Sociales de Cannabis
3. Datos sobre la persecución policial del tráfico, consumo y posesión de cannabis
3.1. Tráfico de drogas
3.2. Denuncias por consumo y posesión en espacios públicos
3.3. Incautaciones y decomisos
3.4. Las perspectivas de los implicados
4. La situación en Inglaterra y Gales
4.1. La regulación en Inglaterra y Gales
4.2. Tendencias en las infracciones por posesión de cannabis
4.3. El papel de la policía en la aplicación de la ley
5. Una agenda para la investigación criminológica de la persecución policial del cannabis
6. Bibliografía

-

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

1. ¿Por qué es importante prestar atención a la persecución policial del cannabis? *

Desde su adhesión en 1967[1] a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, materializada en la reforma del Código Penal introducida por la Ley 44/1971, España se integró en la corriente internacional prohibicionista en materia de drogas ilegales[2] (Cerezo Domínguez y Arenas García, 2016; Díez Ripollés, 1987; Reverendo Garau, 2020). Aunque no fue hasta finales de los años setenta y ochenta, con la irrupción de la heroína y su tratamiento mediático, cuando las drogas pasaron a ocupar un lugar destacado entre las preocupaciones sociales (Arana y Germán, 2008; Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004; Romaní, 2010).

A pesar de su relevancia en la configuración del sistema penal[3] (ver Brandariz García, 2021; Díez Ripollés, 2005; González Sánchez, 2021), la persecución policial de estas infracciones ha recibido escasa atención por parte de la criminología en España (con algunas excepciones como, por ejemplo, Arana y Germán, 2008; o Cerezo Domínguez y Arenas García, 2016). Y conviene recordar que el control de las drogas no es siempre penal, antes de 1971, se regulaban a través de normas farmacéuticas y, más tarde, por la Ley de Vagos y Maleantes (Marks, 2019; Reverendo Garau, 2020; Romaní, 2010). En la actualidad, el consumo y posesión en espacios públicos se sanciona administrativamente bajo la LO 4/2015. Siendo las sanciones relacionadas con las drogas una parte muy significativa de las sanciones impuestas por esta ley (en 2023 representaron cerca del 70 % del total[4]).

En este contexto, el cannabis[5] ocupa un lugar central, tanto en el ámbito penal como, sobre todo, en el administrativo. La actuación policial se enfoca mayoritariamente en esta sustancia, lo que contrasta con la imagen mediática tradicional del narcotráfico centrada en otras drogas como la

---

* Autor/a de contacto: José M. López Riba (josemaria.lopez@udg.edu). Este autor agradece al profesor Gonzalo Escobar el estímulo para emprender esta línea de investigación.

[1] Año en que se crea la Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes (Romaní, 2010, p. 92).

[2] Con esta expresión se hace alusión a los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, de la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 de la Organización de las Naciones Unidas. Pueden encontrarse en: https://www.un.org/es/conferences/drug

[3] Como muestra el significativo aumento del registro de delitos, relacionados directa o indirectamente con las drogas, y la población penitenciaria condenada por estos desde mediados de los setenta hasta la década de los noventa (Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004). Con posterioridad, el peso de estos delitos en la población penitenciaria ha seguido una tendencia decreciente. El porcentaje de personas que cumplían condena por un delito contra la salud pública, sin considerar la relación de las drogas con otros delitos, pasó del 34 % en 2000 (Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2001) al 17 % en 2020 (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, s. f.). Cabe destacar, además, que estos porcentajes son notablemente más elevados en el caso de las mujeres: el 55 % en 2000 frente al 29 % en 2020.

[4] Cálculo realizado con los datos disponibles en el portal estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos?type=jaxi&title=Infracciones%20LOPSC&path=/Datos10/

[5] Cuando se habla de cannabis se está haciendo referencia a la droga que se extrae de la planta *Cannabis sativa* en diferentes preparados: marihuana (sustancia que se obtiene de las hojas secas, flores y tallos); hachís (resina de las flores de la planta); aceite de hachís (concentrado de la resina) (Brime et al., 2025). El cannabis se considera un estupefaciente y está incluido en la lista I anexa a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Naciones Unidas, 1972).

cocaína[6] (Arana y Germán, 2008; Cerezo Domínguez y Arenas García, 2016; Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004). Este papel clave puede explicarse por dos motivos.

El primero, es que España es uno de los principales puntos de entrada, tránsito y producción de cannabis en Europa, por razones geográficas e históricas (Brime et al., 2025; Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004). En 2023, concentró el 65 % de la resina y el 22 % de la hierba incautada en Europa (contando los países de la UE, Turquía y Noruega) (EUDA, 2025).

El segundo es que el cannabis es la droga ilegal más consumida en el mundo, se estima que la consumieron 228 millones de personas en 2022 (UNODC, 2024, p. 47), y también en España, tanto entre la población general como entre jóvenes (López Sánchez et al., 2025). Según la encuesta EDADES 2024, el 12,6 % de la población de 15 a 64 años lo había consumido en el último año, una cifra relativamente estable desde 2003 (Brime et al., 2025, p. 54).

Al mismo tiempo, la normalización del consumo de cannabis, su menor peligrosidad percibida[7] en relación con otras drogas y el cuestionamiento social de su prohibición[8] (Brandariz García, 2021; Romaní, 2020) lo convierten en lo que Romaní (2020, p. 81) denomina "el eslabón débil del prohibicionismo".

De hecho, en las últimas dos décadas se ha producido un cambio profundo en la regulación internacional del cannabis que ha erosionado los cimientos del consenso prohibicionista. Uruguay se convirtió en 2012 en el primer país en legalizar plenamente la sustancia, incluida su venta, seguido por Canadá en 2018 (EUDA, 2026). Sudáfrica despenalizó el uso y el cultivo privado por decisión de su Tribunal Constitucional en 2018 (EFE, 19 de septiembre de 2018) y aprobó una ley de uso personal del cannabis en 2024 (Sabaghi, 30 de mayo de 2024. El caso más significativo es, sin embargo, el de Estados Unidos: pese a que el cannabis permanece prohibido a nivel federal, su consumo recreativo es legal en 24 estados y el uso medicinal en 41(NCSL, 2024). Esta circunstancia resulta especialmente relevante para comprender el momento actual, en la medida en que la llamada "guerra contra las drogas" y el movimiento prohibicionista fue impulsada precisamente desde este país. Europa se ha mantenido, en lo esencial, al margen de esta transformación, aunque no del todo: Malta en 2021, Luxemburgo en 2023 y Alemania en 2024 han aprobado leyes que permiten el cultivo doméstico y el consumo privado (EUDA, 2025). En conjunto, la persecución policial del cannabis en España no puede entenderse hoy al margen

[6] Aunque en los últimos años los medios se hacen más eco de la persecución policial del cannabis (ver, por ejemplo, Carranco, 20 de abril de 2025).

[7] Lo que no quiere decir que esté libre de riesgos. En este artículo no se entra a valorar lo que implica el consumo en términos de salud porque está fuera del ámbito de especialización de los autores. Para tal fin pueden consultarse Brime et al. (2025, pp. 79-99) o López Sánchez et al. (2025, pp. 2-3).

[8] En 2021, alrededor de un 50 % de la población española estaba a favor de regularizar su consumo recreacional, mientras que en torno al 40 % estaba en contra (El Salto, 2021). Por otro lado, se deben tener en cuenta los efectos negativos del prohibicionismo que la investigación ha documentado. Como la clandestinización del consumo (y la consiguiente agravación de los problemas asociados a este) y la estigmatización de los consumidores, la obstaculización de enfoques asistenciales o de reducción de daños o la emergencia de un mercado muy lucrativo (Belackova, Tomkova y Zabransky, 2016; Díez Ripollés, 1987; Díez Ripollés, 2005; González Zorrilla, 1991; Romaní, 2010, 2020). Para una revisión más detallada ver Martínez Oró y Romaní Alfonso (2016). Por el contrario, la prohibición no ha disminuido ni la oferta ni la demanda de drogas ilegales (Cerezo Domínguez y Arenas García, 2016; Díez Ripollés, 2005).

de este movimiento internacional, que vuelve más llamativo el recrudecimiento de los mensajes de los representantes políticos, llamando por ejemplo a una (nueva) "guerra contra la droga" (Agència Catalana de Notícies, 18 de agosto de 2024), y la persistente intensidad sancionadora que este trabajo documenta sobre una sustancia cuya prohibición se halla en cuestión en buena parte del mundo.

A estas razones caben añadir las que se derivan del propio funcionamiento de la persecución policial. Como han documentado diversas investigaciones, la posesión de cannabis raramente llega a conocimiento de la policía de forma proactiva: la detección suele producirse de manera "accidental", como resultado de intervenciones motivadas inicialmente por otras razones (Grace et al., 2025; Lloyd, 2022). Ello otorga a los agentes un amplio margen de discrecionalidad sobre quién es objeto de atención policial, lo que plantea serias interrogantes sobre la equidad en la aplicación de la ley. Por ejemplo, en este sentido, la investigación disponible ha documentado de forma consistente la existencia de disparidades raciales y étnicas significativas, a pesar de que las tasas de consumo son similares entre grupos (Geller y Fagan, 2010). Estas dinámicas convierten la persecución policial del cannabis en un objeto de estudio privilegiado para el análisis criminológico de las prácticas policiales, el ejercicio de la discrecionalidad y sus posibles efectos discriminatorios.

Por todo ello, este artículo se centra en la regulación del cannabis, los datos disponibles en cuanto a la práctica policial, compara brevemente la situación de la investigación con Inglaterra y Gales, y propone una agenda de investigación criminológica de la persecución policial del cannabis.

2. Regulación del tráfico, consumo y posesión de cannabis

A la hora de exponer la regulación sobre las infracciones relacionadas con el cannabis, cabe tener en cuenta que no existe como tal una regulación específica para esta sustancia, la regulación en general se refiere a las drogas ilegales. Sin embargo, siempre que sea pertinente se tendrá en cuenta la posible particularidad que representa el cannabis.

2.1. Regulación penal: el tráfico de drogas

Aunque se tiende a utilizar la expresión de "tráfico de drogas" para hablar de los comportamientos penados en el Código Penal, lo cierto es que esta ley castiga desde el cultivo o la fabricación hasta el propio tráfico (que a su vez implica no solo el intercambio de la sustancia por dinero, sino también los actos de difusión y transmisión), o cualquier comportamiento que de alguna forma promueva o facilite el consumo ilegal[9] (De la Cuesta Arizmendi, 1999; Marks, 2019; Muñoz Conde, 2019; Reverendo Garau, 2020). Los artículos 368 al 372 del Código Penal castigan estos actos como delitos contra la salud pública. Concretamente el artículo 368 dispone que:

> "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean

[9] Cláusula que se introduce en la llamada "contrareforma" de 1988 (Arana, 2019).

> con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.
>
> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370."

En términos de las sustancias cannábicas, es importante recalcar que no se consideran sustancias que provoquen graves daños a la salud (Baeza Avallone, 2005; Marks, 2019). La jurisprudencia diferencia entre drogas "blandas", como el cannabis y sus derivados, que no son tan nocivas para la salud o que lo son en la misma medida que otras drogas legales (como el tabaco o el alcohol), frente a las drogas "duras", aquellas que sí causan grave daño a la salud, como la heroína o la cocaína (De la Cuesta Arizmendi, 1999; Muñoz Conde, 2019). Por tanto, esos actos descritos, cuando involucren cannabis, llevarán aparejadas penas de prisión de uno a tres años y multa hasta el doble del valor de la cantidad descubierta (Arana, 2019; Baeza Avallone, 2005). La reforma del año 2010 (LO 5/2010) incluyó una cláusula que permite reducir la pena en atención a la menor entidad del hecho y las circunstancias personales, además de rebajar el máximo de la pena de nueve a seis años (Arana, 2019; Reverendo Garau, 2020). Esta reforma ha permitido una reducción de personas en prisión condenadas por estos delitos (Brandariz García, 2021).

El resto de los artículos mencionados modifican la penalidad en función de circunstancias agravantes como la adulteración de las sustancias aumentando su potencial dañino (art. 369 CP), que la persona condenada pertenezca a organización delictiva (art. 369 bis CP), o que se utilice a menores en la ejecución de los actos (art. 370 CP). Otros artículos introducen penas para la fabricación, transporte, distribución y comercio de precursores y equipamiento involucrado en los actos penados por el art. 368 CP (art. 371 CP). Y el artículo 372 CP prevé penas de inhabilitación para, entre otros, empresarios o funcionarios públicos. Por último, cabe mencionar, que el art. 374 CP señala que, además de las penas mencionadas en los arts. 369-372 CP, procederá el decomiso obligatorio de las sustancias, equipos y ganancias resultado de los actos mencionados.

Sin embargo, la regulación penal no agota todas las vías de sanción de conductas relacionadas con las drogas ilegales. Pues encontramos que la posesión y el consumo, y el abandono de objetos relacionados con este, en el espacio público también son sancionados, pero en este caso por la vía administrativa.

2.2. Regulación administrativa: el consumo y la posesión de drogas en espacios públicos

El artículo 36.16 de la LO 4/2015 establece como infracción grave:

> "El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares."

Es decir, el consumo o tenencia de drogas en el espacio público[10] está sancionado por la vía administrativa por afectación a la seguridad ciudadana (no a la salud pública, que es el bien protegido por la legislación penal). Esta sanción se introduce con la LO 1/1992, anteriormente estas conductas no eran sancionables[11] (Arana y Germán, 2008; De la Cuesta Arizmendi, 1999; Marks, 2019). Y, en este caso, no se hace diferenciación en función del riesgo potencial a la salud que represente la sustancia, es decir no hay diferencia entre las llamadas drogas duras y drogas blandas. Esto se mantiene de la ley anterior (la LO 1/1992), así como la sanción a tolerancia del consumo o tráfico en establecimientos (art. 36.19 LO 4/2015). En la nueva legislación se incluyen además sanciones para quién transporte a un consumidor para facilitar su acceso a las drogas (art. 36.17 LO 4/2015) y el cultivo o plantación en lugares visibles al público (art. 36.18 LO 4/2015).

Para las infracciones graves, de acuerdo con el artículo 39.1 de la LO 4/2015, corresponden sanciones[12] de multa de entre 601 y 10.400 euros (en el grado mínimo), de entre 10.401 y 20.200 euros (en grado medio) o de entre 20.201 y 30.000 euros (en grado máximo). Además, el apartado segundo del artículo 39 establece que procederá el comiso de la droga. La sanción económica es superior a la prevista en la anterior ley de seguridad ciudadana (la LO 1/1992), cuyo límite inferior comenzaba en los 300,52 euros (art. 28.1 de la derogada LO 1/1992). En la práctica y según los datos publicados en el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior[13], esta infracción recibió 657 € de sanción de media en 2023. Según el artículo 33.1 de la LO 4/2015, la graduación de las sanciones debe seguir el principio de proporcionalidad. Así partiendo por defecto del grado mínimo, se considerará el grado medio cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias (art. 33.2 LO 4/2015): reincidencia en los próximos dos años, la concurrencia en los actos de violencia o intimidación, la ejecución del acto con algún objeto que cubra el rostro o que se involucre en el acto a personas vulnerables, menores o con discapacidad. La multa solo se pondrá en su grado máximo cuando el acto revista especial gravedad y en función del número y gravedad de las circunstancias concurrentes (art. 33.2 LO 4/2015). Para la valoración individual de la sanción se deben tener en cuenta el riesgo producido, el prejuicio económico y/o para la seguridad ciudadana ocasionado, la alteración de servicios públicos o del abastecimiento de bienes y servicios, el grado de culpabilidad, el beneficio y la capacidad económica del infractor (art. 33.2 LO 4/2015). El hecho de que la media de la sanción esté alrededor de los 600 euros puede señalar que no hay mucha individualización en la práctica o que normalmente en estos actos no concurren las circunstancias referidas.

En el caso de menores de edad, la disposición adicional quinta de la LO 4/2015, establece que la sanción puede suspenderse si el menor y sus representantes legales piden sustituirla por un tratamiento de rehabilitación o actividad reeducativa. Destaca significativamente, sin embargo,

[10] En 2025 el Ministerio del Interior dictó una instrucción para que los agentes dejaran de multar el consumo de drogas en coches estacionados (Águeda, 2025).

[11] Excepto en un breve periodo en que la aprobación del Código Penal de 1973 dejaba abierta la posibilidad del castigo penal de la posesión con cualquier fin, interpretación rechazada por el Tribunal Supremo pocos meses después, y que, en cualquier caso, se corregiría en los cambios legales posteriores (De la Cuesta Arizmendi, 1999; Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004). También merece la pena señalar que la Ley de estupefacientes de 1967 consideraba ilícito cualquier consumo no terapéutico, sin embargo, no establecía sanciones para este (De la Cuesta Arizmendi, 1999).

[12] Arana y Germán (2008, pp. 34-36) realizan una descripción detallada del procedimiento sancionador al respecto.

[13] Cálculo a partir de los datos disponible en el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos?type=jaxi&title=Infracciones%20LOPSC&path=/Datos10/

que esta posibilidad no se ofrezca a todos los denunciados independientemente de su edad, algo que sí ocurría en la anterior regulación (art. 25.2 de la derogada LO 1/1992[14]).

La realidad es que, aunque el artículo 368 CP también menciona la posesión, en este caso destinada a las conductas penadas en este precepto (cultivo, elaboración, tráfico, etc.), en la legislación penal (y administrativa) se excluyen tanto el consumo privado o compartido como la tenencia para estos fines[15] (Arana y Germán, 2008; Marks, 2019; Reverendo Garau, 2020). Sin embargo, como señalan algunos autores, como Muñoz Conde (2019) o Marks (2019), es difícil establecer una línea clara entre tenencia para consumo y para tráfico. Puede entenderse, sin más referencia explícita a este aspecto en la legislación, que los criterios para establecer cuando existe posesión con intención de tráfico, y así diferenciar de la posesión para consumo, vienen fijados por la jurisprudencia. Un texto importante al respecto es el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001[16] (Muñoz Conde, 2019). En este acuerdo se remitía a un informe elaborado por el Instituto Nacional de Toxicología. En la actualidad existe una nueva versión de este informe, concretamente del 2009[17]. Este documento fija las dosis mínimas psicoactivas de cada droga (por ejemplo, para el hachís y la marihuana son de 10 mg), así como las cantidades en gramos para un consumo previsible de 3 a 5 días (que en el caso de la marihuana son 100 g y en el caso del hachís de 25 g). Así, las cantidades que superen estas previsiones constituyen un indicio relevante (pero no el único ni determinante por sí mismo) de la conducta típica de posesión para tráfico (Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004). El Tribunal Supremo ha reiterado que la cantidad de droga poseída es solo uno de los indicios a valorar, junto con otros como el lugar de ocultación, la posesión de instrumentos propios del tráfico (básculas, bolsas de dosificación), la existencia de dinero en billetes fraccionados sin justificación lícita, el fraccionamiento de la sustancia en dosis aptas para la venta, la variedad de sustancias poseídas o la condición de consumidor habitual del acusado[18].

2.3. Notas sobre los Clubes Sociales de Cannabis

Alrededor de los 90 y, en buena parte, para responder a las campañas que buscaban prohibir el consumo de cannabis en el espacio público entonces (que acabaron en la inclusión de la sanción de esta conducta en la derogada LO 1/1992), se crean asociaciones de consumidores. Estas iniciativas dieron origen a los Clubes Sociales de Cannabis[19] (CSC), que surgieron como un modelo para la producción, distribución y autoconsumo compartido dentro de un marco legal ambiguo y favorecido por la doctrina del TS sobre la atipicidad del consumo compartido[20]; y se convirtieron en actores clave en la lucha por la regulación (Arana, 2019; Gamella y Jiménez Rodrigo, 2004; Marks, 2019; Pardal et al., 2022; Romaní, 2020).

[14] Aunque parece ser que eran pocas las personas que se acogían a esta posibilidad, en parte por su desconocimiento (Arana y Germán, 2008).

[15] Para un análisis en profundidad sobre el consumo compartido ver Díez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012).

[16] Disponible en https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/1550_2001,%2019%20de%20octubre%20-%20Cant.droga_1.0.0.htm

[17] Que puede consultarse en la web del Plan Nacional sobre Drogas: https://pnsd.sanidad.gob.es/ciudadanos/legislacion/delitos/home.htm

[18] Por ejemplo, la STS 4425/2016, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4425) sistematiza los criterios jurisprudenciales para distinguir la posesión para consumo de la posesión para el tráfico.

[19] Que posteriormente se expandieron a otros países europeos (ver Pardal *et al.,* 2022).

[20] Ver STS 216/2002 (ECLI:ES:TS:2002:3325).

En los últimos años, los CSC han estado en el centro de varias polémicas jurídicas. Díez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012) señalan que estas asociaciones tienen encaje legal en la figura del consumo compartido si se limitan a usuarios adultos, garantizan un consumo responsable, evitan el tráfico ilegal y controlan todo el ciclo de producción y distribución. Sin embargo, la Instrucción 2/2013 de la Fiscalía General[21] advirtió que cultivar o poseer cannabis sin autorización es ilegal y que estas asociaciones podían considerarse organizaciones criminales. Aunque durante años algunos jueces y tribunales absolvieron a miembros de CSC, el Tribunal Supremo revocó algunas de estas sentencias alegando riesgo de expansión del consumo, imponiéndoles penas de prisión y multas[22] (Arana, 2019). Otras sentencias posteriores vinieron a confirmar esta jurisprudencia en la que la doctrina del consumo compartido no se aplicó a los CSC[23] (Marks, 2019; Muñoz Conde, 2019).

Diversas iniciativas autonómicas y municipales han intentado regular los CSC, aunque con resultados dispares. Navarra fue pionera en 2014, seguida por Cataluña en 2017 con una normativa más desarrollada, pero ambas leyes fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional por invadir competencias estatales (STC 144/2017, ECLI:ES:TC:2017:144; STC 100/2018, ECLI:ES:TC:2018:100). Euskadi, por su parte, aprobó en 2016 una ley que fue considerada constitucional (siempre que las asociaciones se limitaran a la prevención y reducción de riesgos, sin fomentar el consumo)[24] (Arana, 2019; Muñoz Conde, 2019; Romaní, 2020). A nivel municipal, ciudades como Donostia y Barcelona también trataron de ordenar la actividad de los CSC, centrando su regulación en aspectos urbanísticos y de funcionamiento. Sin embargo, la normativa de Donostia fue anulada por el Tribunal Supremo en 2019 (Arana, 2019), y el plan urbanístico de Barcelona, aprobado en 2016[25], fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en 2020 (STSJC 1627/2020, ECLI:ES:TSJCAT:2020:8664). Todo esto, junto con la aplicación de la LO 4/2015 y una mayor presión policial[26], ha reducido significativamente el margen de actuación de los CSC, obligándolos a buscar otras formas de funcionamiento (Arana, 2019).

3. Datos sobre la persecución policial del tráfico, consumo y posesión de cannabis

La policía en su trabajo diario lleva a cabo comprobaciones, tanto en personas como vehículos, para entre, otras cosas, detectar las conductas sancionables descritas anteriormente. Por ejemplo, las identificaciones (arts. 16 y 17 LO 4/2015), pero principalmente registros corporales externos o cacheos (art. 20 LO 4/2015) y otras comprobaciones en lugares públicos que afectan a personas, sus objetos o sus vehículos (art. 18 LO 4/2015). Sin embargo, en España no se publican datos sobre estas actuaciones[27]. Los únicos datos disponibles sobre las actuaciones policiales

[21] Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/instruccion_2_2013.pdf

[22] Ver, por ejemplo, STS 3981/2015 (ECLI:ES:TS:2015:3981).

[23] Como la STS 5435/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5435).

[24] Ver STC 29/2018 (ECLI:ES:TC:2018:29).

[25] Ver http://hdl.handle.net/11703/97427

[26] Ver, de nuevo, Agència Catalana de Notícies (2024).

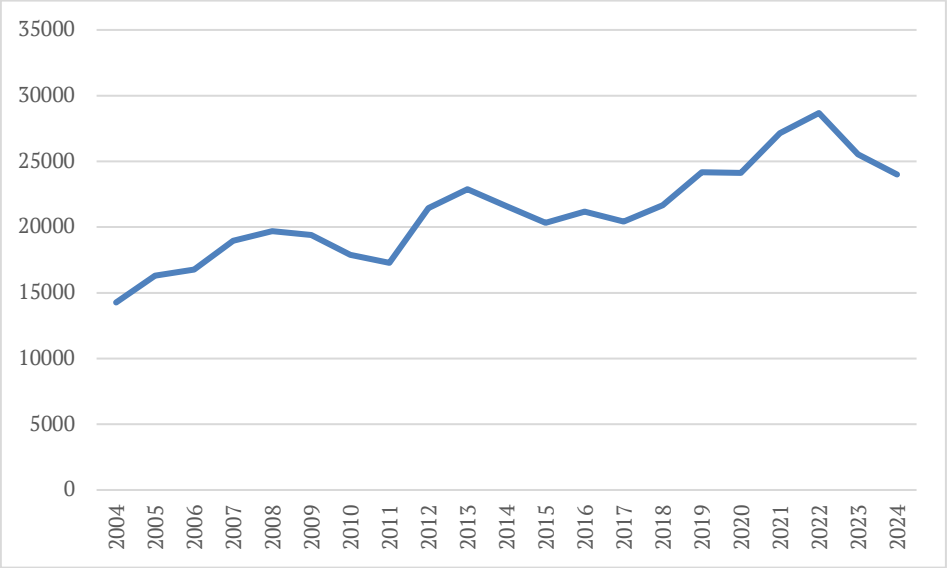
[27] Hasta 2015 el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior incluía datos sobre identificaciones realizadas en función de la LO 4/2015. Sin embargo, el nivel de agregación y poco detalle de los datos no permite realizar ningún análisis significativo (López Riba, 2021). En cuanto a los registros corporales, Requena Hidalgo (2024) afirma que,

relacionadas con las drogas son las detenciones por tráfico de drogas, las denuncias por infracciones administrativas y las incautaciones y decomisos de las sustancias. En lo que sigue se procede a exponer algunos datos disponibles al respecto. Al final del apartado, se presentan algunas perspectivas de personas implicadas en estas actuaciones recogidas por investigaciones anteriores.

3.1. Tráfico de drogas

En el Gráfico I[28] se muestra la evolución de las detenciones por tráfico de drogas en España de 2004 a 2024. Entre 2004 y 2024, los datos muestran una tendencia general ascendente, pasando de 14.267 a 24.012 detenciones, con picos en 2021 y 2022.

Gráfico I. Detenciones por tráfico de drogas en España (2004-2024).



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en los Anuarios Estadísticos[29] y los informes de Estadística anual sobre drogas[30] del Ministerio del Interior.

Los datos disponibles hasta 2012, ver Gráfico II, muestran que en muchas de esas detenciones estuvo involucrado el cannabis [31], de hecho, a partir de 2010 las detenciones relacionadas con esta sustancia superan a las detenciones relacionadas con el resto de las drogas. Según Brime *et al.* (2025, p. 121) esa tendencia se mantiene hasta 2021 y a partir de entonces empieza un ligero descenso, en 2023 el cannabis estaba presente en el 46,8 % de las detenciones realizadas.

por ejemplo, los Mossos d'Esquadra no registran formalmente estas actuaciones. Y la petición de datos que realizaron los autores a distintos cuerpos de policía parece apuntar a que el resto tampoco lo hacen.

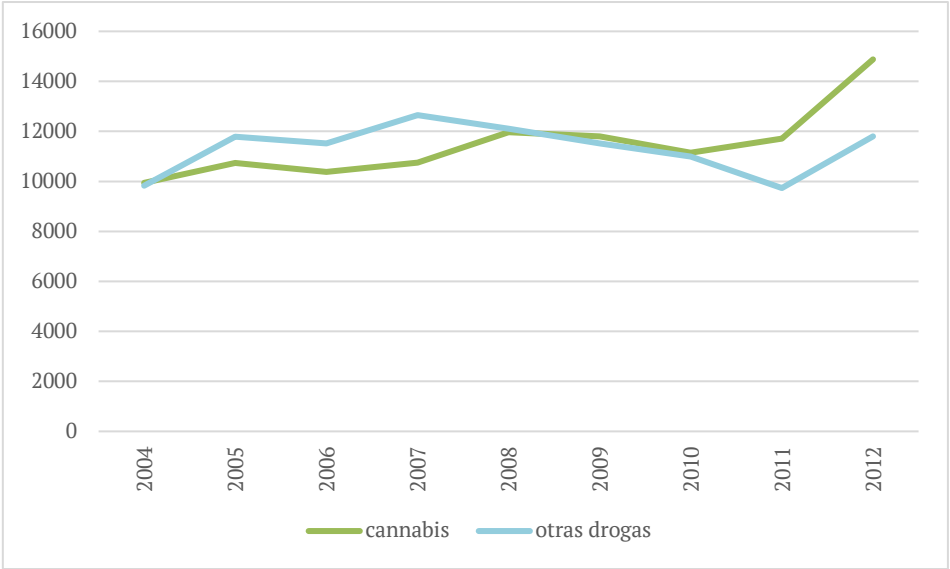
[28] Hasta 2012 solo incluyen datos de detenciones practicadas por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y el Servicio de Vigilancia Aduanera, a partir del año 2013 se incluyen los datos de detenciones de las policías autonómicas, pero desaparecen los datos de detenciones desglosados por familias de drogas. En ningún momento del período se contabilizan las detenciones realizadas por los diferentes cuerpos de policía local.

[29] Disponibles en https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-anteriores/

[30] Disponibles en https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/balances-e-informes/

[31] Debe tenerse en cuenta que en una detención puede haber más de una sustancia involucrada.

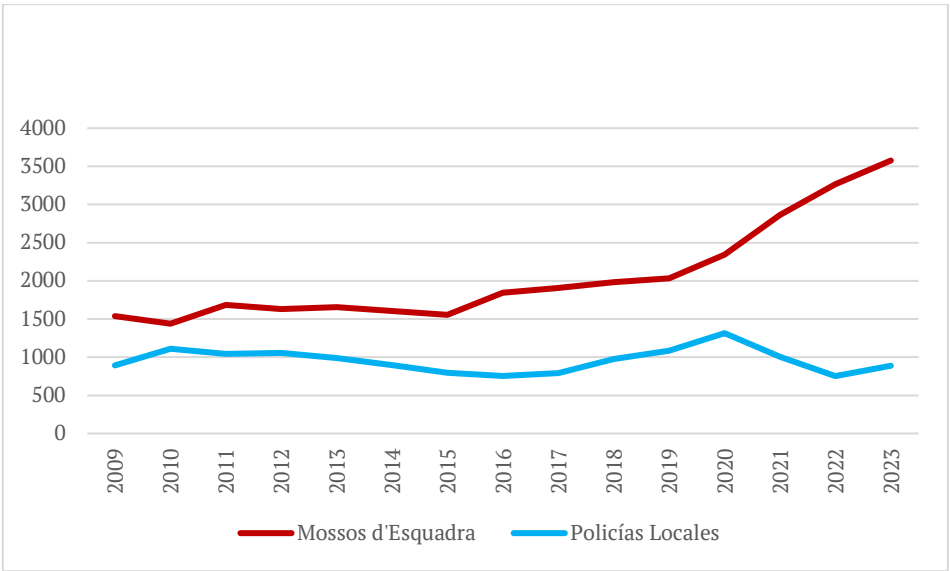
Gráfico II. Detenciones por tráfico de drogas en España (2004-2012) por tipo de droga.



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en los Anuarios Estadísticos y los informes de Estadística anual sobre drogas del Ministerio del Interior.

El Gráfico III presenta la evolución de denuncias policiales por tráfico de drogas en Cataluña de 2009 a 2023, interpuestas tanto por Mossos d'Esquadra como por los distintos cuerpos de policía local de la región. Lo primero que llama la atención es el importante volumen de denuncias realizadas por las policías locales, teniendo en cuenta que no tienen competencias directas en este ámbito (art. 53.1 LO 2/1986). En segundo lugar, cabe destacar que las tendencias son diferentes para los distintos cuerpos de policía. Entre 2009 y 2023, las denuncias realizadas por los Mossos d'Esquadra muestran una clara tendencia ascendente, pasando de 1.537 a 3.576, con un crecimiento especialmente marcado a partir de 2020. En cambio, las denuncias de las diferentes policías locales presentan una evolución más irregular, con un ligero descenso general: comienzan con 893 en 2009, alcanzan un pico en 2020 con 1.315, y luego descienden hasta 887 en 2023, regresando a niveles similares a los del inicio del período.

Gráfico III. Procedimientos policiales por tráfico de drogas en Cataluña (2009-2023).



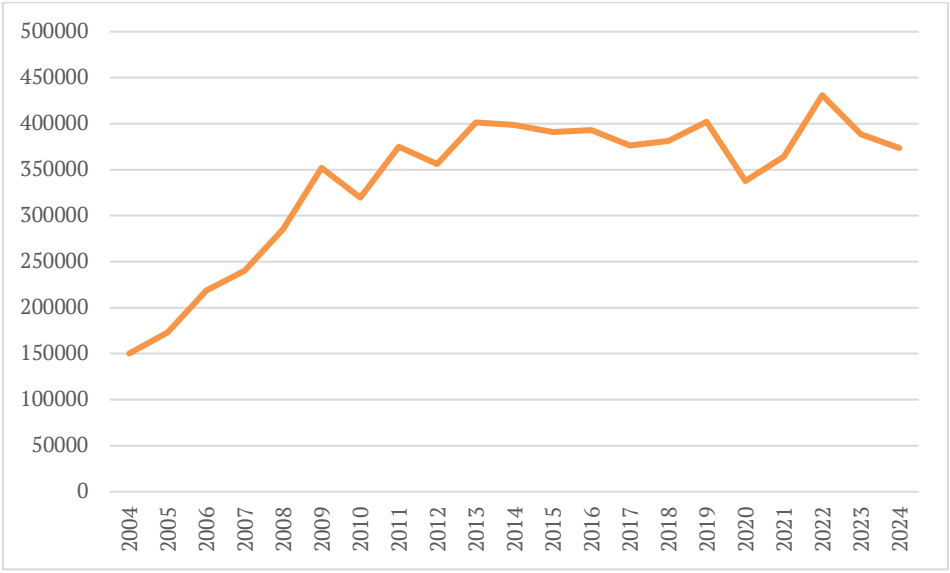
Elaborado a partir de los datos facilitados por la Dirección General de Policía de Cataluña en respuesta a una solicitud de acceso a información pública.

Entre 2016 y 2023, el 45,2 % de las 27.380 denuncias efectuadas por los Mossos d'Esquadra y las policías locales en Cataluña por tráfico de drogas estuvieron relacionadas con sustancias derivadas del cannabis[32].

3.2. Denuncias por consumo y posesión en espacios públicos

En lo que respecta a las denuncias por infracciones administrativas relacionadas con drogas, que como se ha señalado anteriormente representan la mayoría de las sanciones a la ley de seguridad ciudadana (hasta 2015 la LO 1/1992 y desde entonces la LO 4/2015), el Gráfico 4 muestra su evolución desde 2004 hasta 2024[33]. Entre 2004 y 2024, las denuncias muestran una tendencia general al alza, pasando en el periodo registrado de 150.193 a 373.567, con picos importantes en 2013, 2019 y 2022, este último con el máximo registrado (430.975). Aunque hay algunas fluctuaciones, la evolución refleja un incremento sostenido en el tiempo. Una tendencia que parece mantenerse desde 1995 (Cerezo Domínguez y Arenas García, 2016).

Gráfico IV. Denuncias relacionadas con drogas por infracción ley seguridad ciudadana en España (2004-2024).



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en los Anuarios Estadísticos y los informes de Estadística anual sobre drogas del Ministerio del Interior.

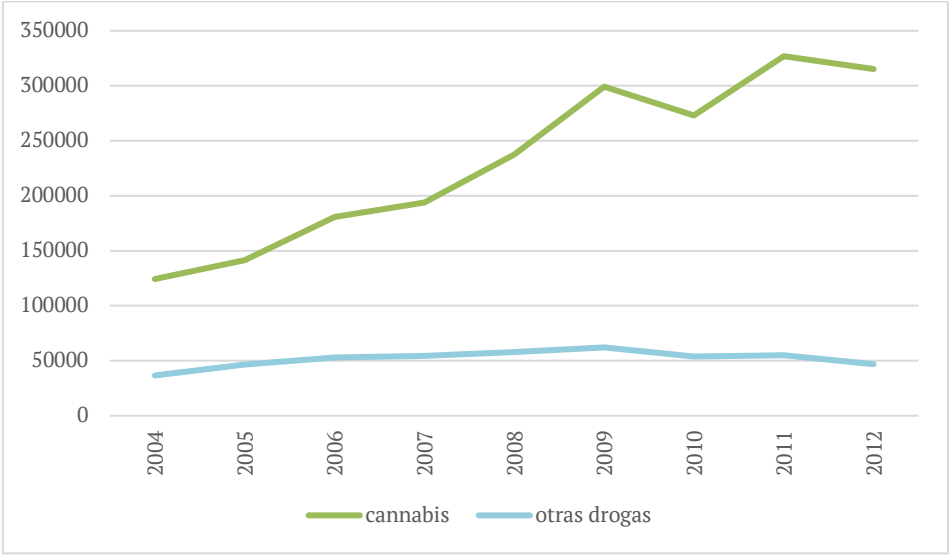
En este caso, el peso que juega el cannabis es todavía mayor. Como muestra el Gráfico 5, hasta 2012[34], las denuncias en las que está involucrado el cannabis son la gran mayoría en comparación con el resto de las drogas, y muestran una tendencia paralela a la general. Brime *et al.* (2025, p. 121) establecen que, en 2023, el 78,7 % de las denuncias por infracciones relacionadas con drogas estuvieron vinculadas al cannabis.

[32] Cálculo realizado a partir de los datos facilitados por la Dirección General de Policía de Cataluña en respuesta a una solicitud de acceso a información pública.

[33] Hasta 2012 solo incluyen datos de denuncias realizadas por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, a partir de 2013 incluyen datos de las policías autonómicas. De nuevo, no se incluyen datos de las policías locales.

[34] En los años posteriores las fuentes señaladas no muestran datos desglosados por familias de drogas.

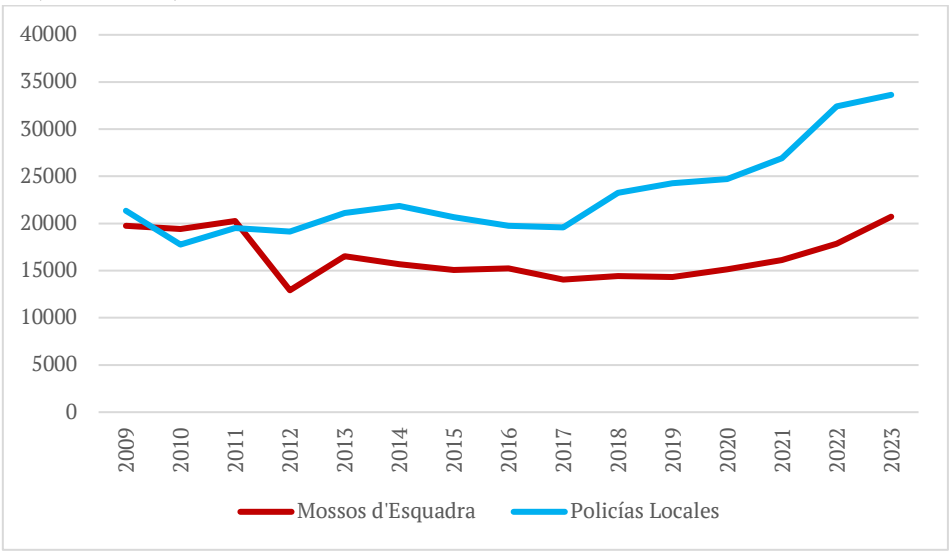
Gráfico V. Denuncias relacionadas con drogas por infracción ley seguridad ciudadana en España (2004-2012), por tipo de droga.



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en los Anuarios Estadísticos y los informes de Estadística anual sobre drogas del Ministerio del Interior.

Entre 2009 y 2023, como muestra el Gráfico 6, las denuncias por infracción administrativa en Cataluña registradas por los Mossos d'Esquadra se han mantenido relativamente estables (eran 19.758 en 2009 y 20.719 en 2023), con una leve tendencia al alza a partir de 2020. En cambio, en las policías locales catalanas se observa un crecimiento más marcado, pasando de 21.338 denuncias en 2009 a 33.639 en 2023. En este caso el cannabis también juega un papel muy relevante, puesto que del total de denuncias del 2016 al 2023, el 82,9 % estaban relacionadas con esta sustancia[35].

Gráfico VI. Denuncias relacionadas con drogas por infracción ley seguridad ciudadana en Cataluña (2009-2023).



Fuente: Elaborado a partir de los datos facilitados por la Dirección General de Policía de Cataluña en respuesta a una solicitud de acceso a información pública.

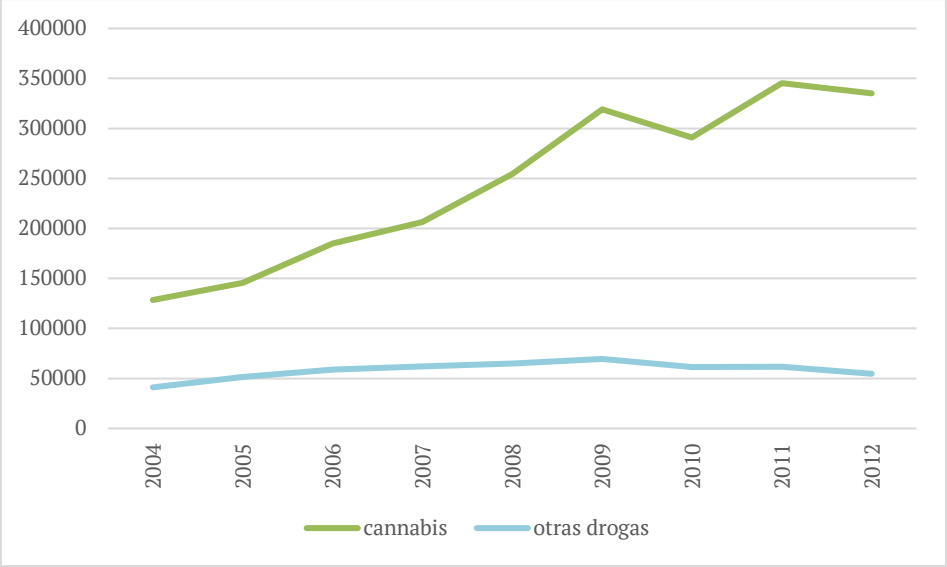
[35] Cálculo realizado a partir de los datos facilitados por la Dirección General de Policía de Cataluña en respuesta a una solicitud de acceso a información pública.

Las denuncias por infracción de la LO 4/2015 relacionadas con drogas prácticamente en su totalidad son por el artículo 36.16 (el 99,9 % de las sanciones en 2023[36]). Como se ha señalado anteriormente este artículo sanciona el consumo y la posesión en espacios públicos. Sin embargo, los datos presentados hasta ahora no distinguen entre estos dos comportamientos, aunque como afirman Arana y Germán (2008) puedan ser dos realidades distintas. Los datos facilitados por la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Vicealcaldía, Portavoz, Seguridad y Emergencias del Ayuntamiento de Madrid[37] señalan que de las 77.292 denuncias impuestas entre 2017 y mayo de 2025 por la Policía Municipal de Madrid el 80,7 % fueron por tenencia y el 19,3 % restante por consumo.

3.3. Incautaciones y decomisos

Los datos sobre incautaciones y decomisos de drogas disponibles también muestran un papel central del cannabis y derivados. Por ejemplo, el Gráfico 7 muestra la evolución entre 2004 y 2012 del número de decomisos practicados por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y el Servicio de Vigilancia Aduanera según el tipo de droga. En él puede observarse que entre 2004 y 2012, los decomisos de cannabis superan ampliamente a los de otras drogas, con diferencias que se amplían con el tiempo. Mientras el cannabis pasa de 128.450 a 335.023, los decomisos del resto de drogas aumentan de 41.104 a 54.733. En algunos años, los decomisos de cannabis llegaron a ser más de seis veces superiores, lo que evidencia su predominio en las intervenciones policiales relacionadas con drogas.

Gráfico VII. Decomisos de drogas en España (2004-2012), por tipo de droga.



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en los Anuarios Estadísticos y los informes de Estadística anual sobre drogas del Ministerio del Interior.

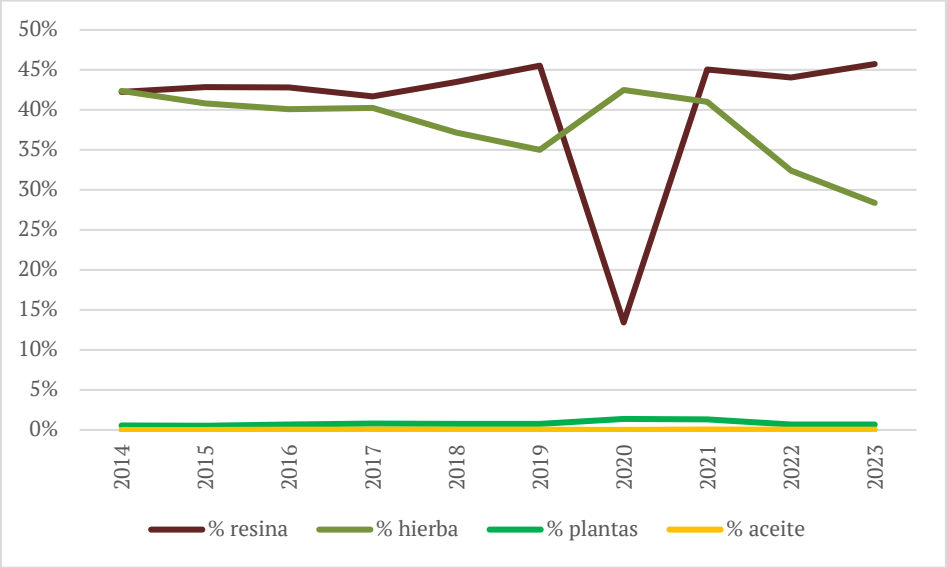
Datos más recientes de incautaciones también muestran este papel clave de los productos cannábicos. Entre 2014 y 2023, del total de incautaciones de drogas realizadas en España se

[36] Cálculo realizado con los datos disponibles en el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos?type=jaxi&title=Infracciones%20LOPSC&path=/Datos10/

[37] Facilitados en respuesta a una solicitud de acceso a la información pública.

puede ver una presencia importante de las sustancias cannábicas, especialmente de la resina y la hierba. El porcentaje de actuaciones en las que se incautó resina muestra una ligera tendencia al alza pasando del 42,3 % en 2014 al 45,7 % en 2023, con un descenso marcado en 2020, mientras que el peso de las incautaciones de hierba muestra una tendencia decreciente en el periodo, del 42,4 % al 28,4 %, con un repunte en 2020. Aunque estos porcentajes reflejan la frecuencia con la que cada tipo de sustancia aparece en las incautaciones, y no su cantidad total, es importante destacar que una misma incautación puede incluir más de una droga (o derivado del cannabis), por lo que los porcentajes no son excluyentes. Las plantas[38] y el aceite de cannabis estuvieron presentes en un número más reducido de casos, manteniéndose siempre por debajo del 1,5 % en el caso de las plantas y del 0,2 % en el caso del aceite.

Gráfico VIII. Porcentaje de incautaciones relacionadas con el cannabis sobre el total del número de incautaciones de drogas en España (2014-2023), según tipo de producto.



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en el Statistical Bulletin 2025 – seizures of drugs[39] de la European Union Drugs Agency (EUDA).

En cuanto a las cantidades incautadas, según los datos recabados por Brime et al. (2025, p. 117), entre 1998 y 2023, las incautaciones de hachís en España han experimentado fluctuaciones notables. Tras un fuerte aumento a finales de los años 90, se alcanzó un máximo histórico en 2004 con casi 797 toneladas. A partir de 2005 comenzó un descenso sostenido, con un mínimo en 2013 (319,3 t), seguido de cierta estabilización desde 2014, con volúmenes anuales generalmente entre 350 y 450 toneladas, salvo por el repunte de 2021 (676,2 t). En cuanto a la marihuana, se observa una tendencia al alza desde 2013 hasta 2022, con cifras especialmente elevadas en 2021 y 2022 (140 y 145 toneladas, respectivamente), aunque en 2023 se redujo a 59,2 toneladas, volviendo a niveles anteriores.

[38] La *European Union Drugs Agency* distingue, en sus estadísticas de incautaciones (ver siguiente nota), entre *herbal cannabis* (hierba), que designa el producto ya cosechado y listo para el consumo (las hojas y cogollos secos), y *cannabis plants* (plantas), categoría que recoge las plantas vivas intervenidas todavía en fase de cultivo, antes de su cosecha. Esta segunda categoría se emplea como indicador de la capacidad de producción.

[39] Disponible en https://www.euda.europa.eu/data/stats2025/szr_en

3.4. Las perspectivas de los implicados

Más allá de los datos presentados, que ofrecen una visión (limitada) del contexto general, para entender la problemática es imprescindible contar con las vivencias de las personas implicadas en estos procesos. Por ello, es de suma importancia contar con investigaciones como las de Arana y Germán (2008) o Belackova *et al.* (2016). En este apartado se hará un resumen de las experiencias que recogieron durante su investigación, tanto de policías o consumidores sancionados, como de algunos operadores jurídicos.

Para la policía, sus actuaciones suelen responder a programas motivados por demandas sociales, como quejas vecinales, escolares o preocupaciones sobre seguridad en espacios públicos. Además, desarrollan programas preventivos para abordar el consumo de drogas y otros problemas de seguridad (Arana y Germán, 2008, p. 26). La principal justificación es evitar el consumo en adolescentes y la vinculación del consumo con la delincuencia (Arana y Germán, 2008, p. 43).

Las personas que consumen cannabis consideran injusto ser sancionadas por conductas como la tenencia o el consumo, que perciben como de baja gravedad (Arana y Germán, 2008, pp. 32-33, 38-40). En las interacciones con la policía, en varias ocasiones se sienten tratadas como "ciudadanos de segunda" y temen represalias por exigir sus derechos (Arana y Germán, 2008, pp. 38-40). También critican la aplicación arbitraria de la ley, lo que genera inseguridad jurídica (Arana y Germán, 2008, pp. 26, 32-33, 40-41). Sin embargo, algunos valoran positivamente la flexibilidad cuando les favorece: cantidades reducidas en la denuncia o destrucción de la sustancia sin sanción (Arana y Germán, 2008, pp. 33-36). Estas prácticas "informales", según parece más frecuentes en el pasado, preocupan a jueces y fiscales (Arana y Germán, 2008, pp. 36-37, 43). Con respecto a los clientes de CSC, estos afirman que acceden a productos de mejor calidad y menor riesgo, se sienten más seguros al evitar el mercado negro y las sanciones de consumo en la vía pública, aunque experimentan inseguridad si llevan la sustancia a casa por miedo a ser sancionados y que la policía los trate como delincuentes (Belackova *et al.,* 2016, pp. 53-54).

Por lo que respecta a los operadores jurídicos entrevistados por Arana y Germán (2008, p. 46), como jueces/zas y abogados/as, coinciden en que no debería sancionarse la tenencia para consumo personal cuando no hay riesgo para terceros y ven excesivo penalizar pequeñas cantidades, pues esto genera carga innecesaria al sistema. También abogan por diferenciar entre sustancias, aplicando un enfoque más flexible al cannabis. Respecto a las actuaciones policiales, señalan que la ley no regula eficazmente prácticas como los cacheos preventivos, por lo que resaltan la necesidad de formar a la policía para actuar con criterio (Arana y Germán, 2008, pp. 26-27).

4. La situación en Inglaterra y Gales

El conocimiento sobre la persecución policial del cannabis en España presenta importantes lagunas, tanto en términos de datos disponibles como de investigación empírica. Por ello, resulta útil contrastar la situación española con la de un contexto en el que esas actuaciones policiales sí han sido objeto de estudio sistemático. Inglaterra y Gales constituyen, en este sentido, un caso especialmente adecuado, si bien conviene precisar en qué sentido lo es. No se propone aquí como

un modelo comparativo en materia de regulación o gobierno de las drogas (en este caso sería más adecuada la comparación con Portugal[40]), sino por una razón distinta: es un contexto que comparte con España algunos elementos relevantes para nuestro objeto de estudio y, al mismo tiempo, cuenta con una tradición investigadora de la que España carece. En cuanto a lo primero, Inglaterra y Gales comparten con España el marco prohibicionista derivado de la Convención Única de 1961 y mantienen el cannabis como sustancia ilegal. En cuanto a lo segundo, disponen de una tradición consolidada de investigación criminológica sobre la persecución policial de la posesión de cannabis y de un sistema de recogida de datos que permite análisis detallados de la práctica policial. Es precisamente ese contraste lo que convierte a Inglaterra y Gales en un punto de comparación fértil para iluminar, por defecto, aquello que en España permanece inexplorado. En lo que sigue se presentan, de forma breve, el marco regulador aplicable al cannabis en ese contexto, las tendencias en las infracciones por posesión y el papel de la policía en su aplicación.

4.1. La regulación en Inglaterra y Gales

En el Reino Unido, el cannabis es una droga controlada cuya posesión, cultivo, producción, suministro e importación/exportación está regulada por la Ley de Uso Indebido de Drogas de 1971 (*Misuse of Drugs Act*, en adelante MDA), que, al igual que la reforma del Código Penal español de ese mismo año, se introdujo principalmente para dar cumplimiento a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. La MDA clasifica las drogas controladas en tres categorías (A, B y C), cada una con un rango diferente de penas. Así, la posesión de drogas de clase B (entre las que se encuentra el cannabis) puede sancionarse con una pena máxima de cinco años de prisión o multa, o ambas, ante el *Crown Court*; o con tres meses de prisión o una multa de 2.500 libras, o ambas, ante el *Magistrates' Court*. Sin embargo, la gran mayoría de los casos de posesión de cannabis no llegan a juicio (Duddy y Downs, 2024). Cada vez con mayor frecuencia, estos casos se derivan del sistema penal antes incluso de que se produzca la detención, mediante lo que se denomina una "resolución extrajudicial" (*out of court resolution*), que puede incluir la remisión a un servicio de tratamiento de drogodependencias.

Desde una perspectiva histórica, el cannabis fue incluido inicialmente como droga de clase B en la MDA, pero entre 2004 y 2009 fue reclasificado a clase C. Este cambio suscitó un gran interés público, pero fue muy mal interpretado por algunos sectores de los medios de comunicación y por el público en general. En realidad, la reclasificación supuso una modificación muy menor: simplemente redujo la pena máxima por posesión de cannabis de cinco a dos años. Dado que las

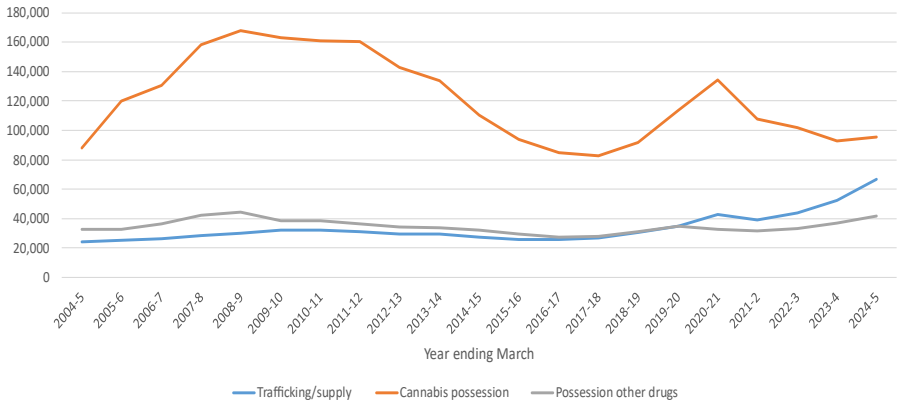
[40] Portugal comparte con España los elementos básicos de la arquitectura reguladora: el marco de la Convención de 1961, el mantenimiento del cannabis como sustancia ilegal y el tratamiento del consumo y la tenencia para consumo propio como ilícito administrativo, y no penal. La diferencia decisiva no está, pues, en la arquitectura normativa, sino en las políticas públicas que la acompañan. Desde la Ley 30/2000, en vigor desde julio de 2001, Portugal no sanciona estas conductas con una multa administrativa, sino que deriva los casos a las Comisiones para la Disuasión de la Toxicodependencia, órganos dependientes del Ministerio de Salud e integrados por profesionales del ámbito jurídico, sanitario y social, que orientan la respuesta hacia el tratamiento y la reducción de daños más que hacia el castigo (EMCDDA, 2011; Hughes y Stevens, 2010). Al igual que en España, el cannabis ocupa un lugar central en la aplicación de esta normativa: se estima que en torno al 76 % de los procedimientos tramitados por las comisiones han estado relacionados exclusivamente con esta sustancia (EMCDDA, 2011). Precisamente porque su modelo regulador es tan próximo al español, Portugal resulta menos útil para el propósito de este trabajo, que no es comparar diseños normativos, sino mostrar qué tipo de conocimiento sobre la práctica policial resulta posible allí donde existe investigación empírica y datos accesibles. Ello no obsta para que el contraste entre la respuesta sancionadora española y la orientación asistencial portuguesa constituya, por sí mismo, una línea de indagación de gran interés que excede el alcance de este artículo.

penas de prisión por posesión de cannabis son excepcionales, se trató de un cambio de escaso impacto práctico. En 2009, ante la creciente preocupación por las variedades más potentes de cannabis y su posible vinculación con la esquizofrenia, la sustancia volvió a clasificarse como clase B. Todo este proceso de cambios normativos, de escasa relevancia práctica, fue acompañado de un intenso debate mediático y de una notable instrumentalización política, lo que pone de manifiesto cómo el estatus legal del cannabis ha funcionado históricamente como símbolo de identidad tanto para quienes abogan por su legalización como para quienes defienden la prohibición. Esta experiencia en el Reino Unido ha sido descrita, no sin ironía, como "mucho ruido y pocas nueces" (Lloyd, 2022).

4.2. Tendencias en las infracciones por posesión de cannabis

A instancias del *Home Office* (el Ministerio del Interior británico), las policías de Inglaterra y Gales recogen datos sobre los delitos de tráfico (incluida la tenencia destinada a la distribución, el suministro y la importación/exportación), sobre las infracciones de posesión de drogas. Aunque es posible que en el pasado algunas infracciones de posesión no quedaran registradas en ciertos contextos, los cambios en la supervisión de los agentes y el temor a que su actuación en la vía pública sea grabada y difundida en redes sociales parecen haber contribuido a una mayor formalización de las respuestas y, con ello, a un mayor nivel de registro. El gráfico 9 muestra la evolución de estas estadísticas.

Gráfico IX. Infracciones por posesión y tráfico de drogas en Inglaterra y Gales (2004/2005 – 2024/2025), según tipo de infracción y droga.



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en Office for National Statistics - Crime in England and Wales: Appendix tables[41]

De los datos se desprende con claridad que la gran mayoría de los delitos relacionados con drogas registrados por la policía en Inglaterra y Gales son infracciones de posesión de cannabis, si bien en los últimos años se observa un aumento de los delitos de tráfico (incluida la tenencia destinada a la distribución).

[41] Datos disponibles en https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/datasets/crimeinenglandandwalesappendixtables

Existen asimismo datos desagregados por cuerpo policial que revelan una notable variación entre unidades, incluso teniendo en cuenta las diferencias de población de cada área. Así, en el período comprendido entre abril de 2024 y marzo de 2025, la tasa de infracciones de posesión de cannabis osciló entre 15 por cada 10.000 habitantes en uno de los cuerpos de mayor tamaño y 1 por cada 10.000 en uno de menor tamaño[42].

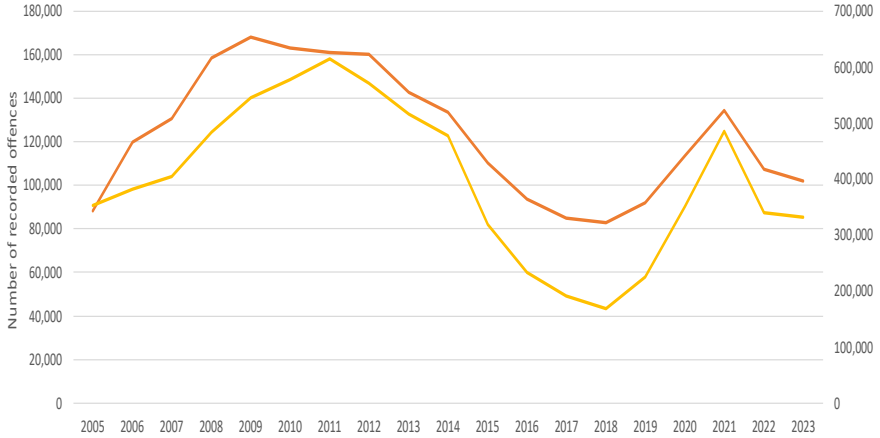
4.3. El papel de la policía en la aplicación de la ley

Una característica relevante de la persecución policial del cannabis en Inglaterra y Gales es su carácter "accidental" (Grace et al., 2025). El consumo de cannabis es extraordinariamente extendido: se estima que se producen alrededor de 140 millones de casos de consumo al año (Lloyd, 2022). Al igual que en otros países, solo una proporción muy reducida de las infracciones de posesión acaba siendo descubierta por la policía (Caulkins y Reuter, 2009; Nguyen y Reuter, 2012). Salvo en situaciones en las que el consumo tiene lugar de forma evidente en un espacio público, el motivo inicial del interés policial hacia personas o vehículos que acaba derivando en el descubrimiento de una infracción por posesión tiende a no estar relacionado directamente con este tipo de infracciones (Grace et al., 2025). La escasa proporción de consumidores sorprendidos en posesión y el hecho de que la mayoría de las infracciones que salen a la luz se produzcan en la vía pública otorgan a este tipo de intervenciones un elevado grado de discrecionalidad (Lloyd, 2022; Grace et al., 2025), incluso en un contexto como el del Reino Unido, donde existen directrices detalladas al respecto (NPCC, 2022). Las resoluciones extrajudiciales incluyen la resolución comunitaria, de naturaleza voluntaria y sin regulación específica; la amonestación comunitaria y la amonestación de derivación, ambas reguladas y sujetas a condiciones, siendo la última una respuesta de mayor gravedad. Dado el carácter accidental del descubrimiento de las infracciones de posesión de cannabis, la formación de la sospecha adquiere un papel crucial en la detección: determinados tipos de vehículo, comportamientos, perfiles de personas o ubicaciones pueden activar tanto un interrogatorio como una parada y registro. Además, a discreción del agente que tramita el caso, una misma persona puede llegar a acumular múltiples amonestaciones o detenciones a lo largo del tiempo.

Una fuente importante de descubrimientos accidentales de cannabis son precisamente las paradas y registros, una práctica que se aplica de forma desproporcionada sobre jóvenes negros en muchos países, incluido el Reino Unido, lo que la convierte en un elemento determinante de las relaciones entre la policía y las comunidades negras. El motivo más frecuente para realizar una parada y registro en el Reino Unido es la sospecha de posesión de drogas (aproximadamente el 60 % de todos los registros), y las personas negras son objeto de esta medida ocho veces más que las personas blancas (HMICFRS, 2021). Como muestra el Gráfico 10, si se representa conjuntamente la evolución del uso de las paradas y registros con el número de infracciones por posesión de cannabis registradas, se aprecia con claridad que ambas series evolucionan de forma paralela.

[42] Datos disponibles enhttps://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/datasets/crimeinenglandandwalesappendixtables

Gráfico X. Infracciones por posesión de cannabis (naranja) y paradas y registros por drogas (amarillo) en Inglaterra y Gales (2005 – 2023).



Fuente: Elaborado a partir de los datos disponibles en Office for National Statistics - Crime in England and Wales: Appendix tables[43]

Todo ello apunta a que la mayoría de las infracciones por posesión de cannabis que llegan a conocimiento de la policía lo hacen a través de las paradas y registros. Dado que esta práctica se aplica contra personas negras en una tasa cuatro veces superior a la de personas blancas en general, y ocho veces superior en el caso de los registros motivados por sospecha de posesión de drogas, su efecto sobre la criminalización de la población negra por tenencia de cannabis resulta especialmente desproporcionado (Grace *et al.,* 2025).

Un cambio significativo en la gestión policial del cannabis a lo largo de los últimos veinte o treinta años es el abandono de las respuestas informales ante los casos de posesión. En un estudio realizado en el año 2000, el 69 % de los 150 agentes entrevistados afirmaron haber gestionado de manera informal casos de posesión de cannabis, deshaciéndose (habitualmente tirándola por un desagüe) de la sustancia en el momento (May et al., 2002). En 2017, esta práctica parecía haber desaparecido prácticamente por completo: ninguno de los 37 agentes entrevistados por Grace et al. (2022) reconoció haber optado simplemente por destruir la droga en la calle. La pérdida de esta práctica es lamentada por algunos de los agentes con mayor experiencia en ese estudio. Un factor determinante en este proceso es la mayor sensación de vigilancia que perciben los agentes, tanto por el incremento del contacto por radio con las dependencias policiales como, sobre todo, por la posibilidad de que su actuación en la calle sea grabada con un teléfono móvil y difundida en línea (Campeau, 2015). Los agentes son cada vez más reacios a tomar decisiones sobre el terreno que puedan ser interpretadas como una práctica extralegal.

5. Una agenda para la investigación criminológica de la persecución policial del cannabis

Como se ha visto, tanto en las detenciones por tráfico de drogas como, sobre todo, en las denuncias administrativas y en las incautaciones, el cannabis ocupa un lugar central en la persecución policial de las drogas en España. Esta centralidad no solo se refleja en los volúmenes

[43] Datos disponibles en https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/datasets/crimeinenglandandwalesappendixtables

cuantitativos (con porcentajes muy elevados de intervenciones relacionadas con esta sustancia), sino también en el impacto social y simbólico que estas actuaciones generan.

A pesar de su relevancia, persiste una notable opacidad sobre cómo se desarrollan estas intervenciones en la práctica. No se publican datos detallados sobre actuaciones policiales como identificaciones o cacheos, a pesar de que pueden constituir el principal mecanismo mediante el cual se detectan las infracciones penales y administrativas relacionadas con el cannabis. Y los datos disponibles como ha quedado patente son insuficientes[44]. Las consecuencias de esta carencia de datos no son menores. Por un lado, la ausencia de información sobre a quién se identifica, se cachea o se denuncia impide detectar posibles sesgos discriminatorios en la aplicación de la ley. Por otro lado, esta falta de datos obstaculiza la rendición de cuentas y el control democrático de la actuación policial: sin registros sistemáticos, la discrecionalidad que caracteriza estas intervenciones queda sustraída a toda evaluación externa sobre su proporcionalidad, eficacia o conformidad con la ley. Por último, al conocerse únicamente las denuncias que llegan a formalizarse, permanece oculto todo lo que ocurre antes de ese punto (cuántas intervenciones se inician, sobre qué criterios y cuántas se resuelven de manera informal), lo que sustrae a la mirada pública la parte más discrecional, y potencialmente más problemática, del proceso. En definitiva, la falta de datos no es una mera deficiencia técnica, sino un obstáculo estructural que impide someter a escrutinio las formas de intervención policial más frecuentes y menos visibles.

En respuesta a estas lagunas, y mirando la investigación en otros contextos, como la expuesta en el apartado anterior, se propone a continuación una agenda de investigación centrada específicamente en el ámbito de las infracciones administrativas, que son la forma más habitual de control policial asociado al cannabis:

a) *Inicio y lógica del contacto policial*

Es fundamental analizar cómo comienzan los contactos que terminan en una denuncia por consumo o tenencia y qué lógicas guían la actuación de los agentes. ¿Se trata de intervenciones iniciadas a través de controles rutinarios, como paradas, identificaciones o cacheos aleatorios? ¿Se detectan estas infracciones de forma "accidental", en el marco de actuaciones motivadas inicialmente por otras razones, como sugiere la investigación en Inglaterra y Gales (Grace *et al.*, 2025; Lloyd, 2022), o se buscan de manera proactiva? ¿Responden a estrategias más amplias de control social orientadas a determinados espacios públicos o colectivos (por ejemplo, jóvenes o grupos específicos), tal como se desprende de estudios internacionales como el de Geller y Fagan (2010)? Comprender el origen y los criterios que subyacen a estas intervenciones resulta esencial, pues es en ese momento inicial donde se concentra buena parte de la discrecionalidad policial y donde pueden gestarse dinámicas de vigilancia selectiva sobre ciertos grupos sociales.

b) *Uso de prácticas informales o extralegales*

Dado el margen de discrecionalidad en el que se mueve la práctica policial en este ámbito es necesario investigar la existencia de mecanismos extralegales. Algunos indicios, como los recogidos por Arana y Germán (2008), apuntan a que algunos agentes optan en ciertas ocasiones

[44] Además, cuando se solicitan datos más detallados a las instituciones bien se remiten a los datos disponibles o los datos que facilitan no son lo suficientemente detallados para permitir análisis en mayor profundidad.

por resolver estas situaciones de manera informal, ya sea destruyendo la sustancia sin formular denuncia o emitiendo advertencias verbales sin denuncia formal. Este tipo de prácticas también han sido documentadas en contextos como el del Reino Unido (ver, por ejemplo, May, Duffy y Hough, 2006; o Warbburton, May y Hough, 2005). Investigar su frecuencia, justificación y consecuencias es clave para analizar hasta qué punto el ejercicio de la discrecionalidad policial genera inseguridad jurídica.

c) *Disparidades en la aplicación de sanciones*

Uno de los temas más urgentes es analizar si existen patrones de discriminación en la imposición de sanciones, especialmente hacia personas extranjeras, migrantes, racializadas o pertenecientes a minorías étnicas (como ha mostrado la investigación en otros lugares, ver Geller y Fagan, 2010; o Lloyd, 2022). Como apuntan Cerezo Domínguez y Arenas García (2016, p. 13), el perfil de las personas detenidas por tráfico empezó a cambiar en los 90, con un aumento significativo de detenidos procedentes del norte de África y América Latina.

d*) La desatención a las políticas de reducción de daños*

Una última línea, transversal a las anteriores, atañe al lugar que ocupa (o, más bien, que no ocupa) la perspectiva de reducción de daños en el control policial del cannabis en España. Frente a modelos como el portugués, donde la respuesta al consumo y la tenencia se canaliza hacia dispositivos de orientación asistencial y sanitaria (véase la nota 36), el modelo español mantiene el consumo y la tenencia en el espacio público fuera del ámbito penal, pero los somete a una respuesta esencialmente sancionadora, articulada en torno a la multa administrativa. La lógica de la reducción de daños, que desplaza el foco desde el castigo del individuo hacia los factores sociales, económicos y ambientales que determinan el daño asociado al consumo (Rhodes, 2002), apenas parece informar esta parcela de la intervención policial. Cabe preguntarse, por tanto, qué efectos tiene esa ausencia: si la sanción administrativa reiterada resulta contraproducente desde una óptica de salud pública, si desincentiva el acceso a servicios asistenciales o de reducción de daños, o si recae de forma desigual sobre los colectivos más vulnerables, agravando precisamente los perjuicios que las políticas de drogas dicen querer evitar (Martínez Oró y Romaní Alfonso, 2016). Investigar en qué medida el actual modelo de persecución policial del cannabis es compatible (o entra en tensión) con los objetivos de salud pública y reducción de daños constituye, a nuestro juicio, una de las preguntas más relevantes y menos exploradas.

Para abordar estas cuestiones será imprescindible el acceso y análisis cuantitativo de datos desagregados sobre las denuncias impuestas, incluyendo variables como el motivo de la intervención policial, las características de la persona denunciada (edad, género, nacionalidad, etc.) y las características del contexto (tiempo, zona, tipo de lugar, etc.). Asimismo, se requiere también del uso de métodos cualitativos que permitan captar las experiencias de las personas sancionadas, las motivaciones de los agentes policiales y las prácticas cotidianas que median la aplicación (o no) de la ley. Solo así será posible construir un diagnóstico más completo y riguroso sobre el actual modelo de persecución policial del cannabis en España y sus efectos.

6. Bibliografía

6.1. Investigaciones e informes

Arana, Xabier (2019). *Cannabis regulation in Europe: country report Spain* [Informe del Transnational Institute]. Disponible en *https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_spain_final.pdf*

Arana, Xabier, y Germán, Isabel (2008). Análisis de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre la protección de la seguridad ciudadana en relación con el fenómeno social de las drogas. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (22), 5-51. http://hdl.handle.net/10810/24992

Baeza Avallone, Vicente (2005) Tráfico de drogas blandas o que no causan grave daño a la salud. *Revista Española de Drogodependencias*, *30*(1), 7-16. https://red.aesed.com/upload/files/vol-30/n-1-2/v30n1-2_1.pdf

Belackova, Vendula, Tomkova, Alexandra, y Zabransky, Tomas (2016). Qualitative research in Spanish cannabis social clubs: "The moment you enter the door, you are minimising the risks". *International Journal of Drug Policy*, *34*, 49-57. https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2016.04.009

Brandariz García, José Ángel (2021) El lento declive del populismo penal en materia de drogas. En M. Abel Souto et al., *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado* (pp. 261-271). Tirant lo Blanch.

Brime, Begoña, Domínguez, Alberto, León, Luz Mª, López, Luisa Mª, Moreno, Patricia, Sánchez, Eva, Ramírez, Sandra, y Rodríguez, Cristina (2025). *Cannabis: consumo y consecuencias* [Informe del Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones]. Disponible en https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoPNSD/publicaciones/pdf/2025/2025_Monografia_Cannabis.pdf

Caulkins, Jonathan P. y Reuter, Peter (2009). Towards a harm-reduction approach to enforcement. *Safer Communities*, *8*(1), 9–23.

Cerezo Domínguez, Ana Isabel, y Arenas García, Lorea (2016). Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia. *InDret*, (1), 1-29. https://indret.com/estudio-longitudinal-del-trafico-de-drogas-y-de-su-impacto-en-la-delincuencia/

De la Cuesta Arizmendi, José Luis (1999). La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal. *Cuadernos de derecho judicial*, (9), 87-136. https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/CLC+46+La+politica+criminal+materia+drogas+espana.pdf

Díez Ripollés, José Luis (1987). La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: evolución reciente. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, *40*(2), 347-400. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/163

Díez Ripollés, José Luis (2005). El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal». *Revista de derecho*, *18*(1), 199-212. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000100008

Díez Ripollés, José Luis, y Muñoz Sánchez, Juan (2012). Licitud de la autoorganización del consumo de drogas. *Jueces para la democracia*, (75), 49-77. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4114061

Dirección General de Instituciones Penitenciarias (2001). *Informe general 2000*. Disponible en https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-general-de-instituciones-penitenciarias/Informe_General_IIPP_2000_126100381.pdf

Duddy, Claire, y Downs, William (2024). *Misuse of drugs: regulation and enforcement* [House of Commons Library Research Briefing]. Disponible en https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-10154/CBP-10154.pdf

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction [EMCDDA]. (2011). *Drug policy profiles: Portugal*. Disponible en: https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/642/PolicyProfile_Portugal_WEB_Final_289201.pdf

European Union Drugs Agency [EUDA] (2026). *Frequently asked questions (FAQ): Cannabis laws in Europe*. Disponible en https://www.euda.europa.eu/publications/faqs/cannabis-laws-in-europe-faq_en

European Union Drugs Agency [EUDA] (2025). *European Drug Report 2025: cannabis – the current situation in Europe*, 2025. Disponible en https://www.euda.europa.eu/publications/european-drug-report/2025/cannabis_en

Gamella, Juan F. y Jiménez Rodrigo, María Luisa (2004). A brief history of cannabis policies in Spain (1968-2003)». *Journal of Drug Issues*, *34*(3), 623-660. https://doi.org/10.1177/002204260403400308

Geller, Amanda y Fagan, Jeffrey (2010). Pot as pretext: Marijuana, race, and the new disorder in New York City street policing. *Journal of Empirical Legal Studies*, 7(4), 591-633. https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2010.01190.x

González Sánchez, Ignacio (2021). *Neoliberalismo y castigo*. Bellaterra Edicions.

González Zorrilla, Carlos (1991). Legislación simbólica y administrativización del derecho penal: la penalización del consumo de drogas. *Jueces para la democracia*, (14), 22-26. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529883

Grace, Sharon; Lloyd, Charlie y Page, Geoff (2022). *Submission to the Home Affairs Select Committee: Drug Inquiry March 2022*. Disponible en https://committees.parliament.uk/writtenevidence/107436/pdf/#:~:text=We%20also%20know%20from%20research,of%20all%20S%26Ss%20involved%20cannabis9.

Grace, Sharon; Lloyd, Charlie y Page, Geoff (2025). 'What discretion do you need?' Factors influencing police decision-making in possession of cannabis offences. *Criminology & Criminal Justice*, *25*(2), 569-590. https://doi.org/10.1177/17488958221142478

HMICFRS (2021). *Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire and Rescue Services. Disproportionate use of police powers A spotlight on stop and search and the use of force*. Disponible en https://assets-hmicfrs.justiceinspectorates.gov.uk/uploads/disproportionate-use-of-police-powers-spotlight-on-stop-search-and-use-of-force.pdf

Hughes, Caitlin Elizabeth y Stevens, Alex (2010). What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs? *British Journal of Criminology, 50*(6), 999–1022. https://doi.org/10.1093/bjc/azq038

Lloyd, Charlie (2022). More harm than good: A Review of the English-language Literature on the Policing of Drug Possession. En M. Bacon y J. Spicer (Eds.). *Drug Law Enforcement, Policing and Harm Reduction* (pp. 39-63). Routledge. https://doi.org/10.4324/9781003154136-3

López Riba, José María (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), 1-30. https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.499

López Sánchez, Luisa M.; Llorens Aleixandre, Noelia; León Muñoz, Luz; Domínguez Lázaro, Alberto y Brime, Begoña (2025). El cannabis y los adolescentes en España: consumo y consecuencias. Estado de situación. *Revista Española de Salud Pública*, *99*, e202502010. https://ojs.sanidad.gob.es/index.php/resp/article/view/634

Marks, Amber (2019). Defining 'personal consumption' in drug legislation and Spanish Cannabis Clubs. *International & Comparative Law Quarterly*, *68*(1), 193-223. https://doi.org/10.1017/S0020589318000404

Martínez Oró, David Pere y Romaní Alfonso, Oriol (2016). Els danys de les polítiques prohibicionistes en l'àmbit de les drogues. *Quaderns-e de l'Institut Català d'Antropologia*, 21(1), 33-49. https://raco.cat/index.php/QuadernseICA/article/view/317133

May, Tiggey; Warburton, Hamish; Turnbull, Paul J. y Hough, Mike (2002). *Times They Are a-Changing. Policing of Cannabis*. Joseph Rowntree Foundation.

May, Tiggey; Duffy, Martin y Hough, Mike (2006). Policing cannabis as a class C drug: An arresting change?». *Drugs and Alcohol Today*, *6*(4), 2006, pp. 30-36. https://doi.org/10.1108/17459265200600064

Muñoz Conde, Francisco (2019). *Derecho Penal Parte Especial* (22ª edición). Tirant lo Blanch.

Naciones Unidas (1972) *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*. Disponible en https://www.incb.org/incb/en/narcotic-drugs/1961_Convention.html

National Conference of State Legislatures [NCSL] (2024). *State medical cannabis laws*. Disponible en https://www.ncsl.org/health/state-medical-cannabis-laws

National Police Chiefs' Council [NPCC] (2022). *Out of Court Disposals (Resolutions). National Strategy V.2.2*. Disponible en https://www.npcc.police.uk/SysSiteAssets/media/downloads/publications/disclosure-

logs/criminal-justice-coordination-committee/2023/out-of-court-disposals-resolutions-national-strategy-2022-v.2.2---npcc-publication.pdf

Nguyen, Holly y Reuter, Peter (2012). How Risky Is Marijuana Possession? Considering the Role of Age, Race, and Gender. *Crime & Delinquency, 58*(6), 879-910. https://doi.org/10.1177/0011128712461122

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] (2024). *Informe mundial sobre las drogas 2024: principales constataciones y conclusiones*. Disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR_2024/languages/2412382S.pdf

Pardal, Mafalda; Decorte, Tom; Bone, Melissa; Parés, Òscar y Johansson, Julia (2022). Mapping cannabis social clubs in Europe. *European Journal of Criminology*, *19*(5), 1016-1039. https://doi.org/10.1177/1477370820941392

Requena Hidalgo, Jesús. (2024). Paradas policiales, identificaciones y cacheos. Su significación desde la perspectiva de la cultura policial en Cataluña. *InDret*, (2), 358-406. https://doi.org/10.31009/InDret.2024.i2.09

Reverendo Garau, Marilha Gabriela (2020). Modelo de política criminal de drogas en España: la tenencia para el consumo y el tráfico de drogas. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, *5*(2), 210-242. https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v6p211-242

Rhodes, Tim (2002). The 'risk environment': A framework for understanding and reducing drug-related harm. *International Journal of Drug Policy, 13*(2), 85–94. https://doi.org/10.1016/S0955-3959(02)00007-5

Romaní, Oriol (2010). Adicciones, drogodependencias y "problema de la droga" en España: la construcción de un problema social. *Cuicuilco*, *17*(49), 83-101. https://www.scielo.org.mx/pdf/cuicui/v17n49/v17n49a6.pdf

Romaní, Oriol (2020). Transformaciones en el control del cannabis: un modelo de regulación para España». En I. B. Flores Mendoza (Ed.*), Momento de regular la cannabis y revisar la política de drogas en México y en el Mundo* (pp. 75-94). Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (s. f.). *Fondo documental*. Disponible en https://www.institucionpenitenciaria.es/es/web/home/fondo-documental

Warburton, Hamish; May, Tiggey y Hough, Mike. (2005). Looking the other way: The impact of reclassifying cannabis on police warnings, arrests and informal action in England and Wales. *British Journal of Criminology*, *45*(2), 113-128. https://doi.org/10.1093/bjc/azh081

6.2. Legislación

Ley relativa a vagos y maleantes [derogada]. *Gaceta de Madrid*, núm. 217, 5 agosto 1933, pp. 874-877. Disponible en https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1933/217/A00874-00877.pdf

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Gaceta de Madrid*, núm. 260, 17 septiembre 1882, pp. 803-806. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. *BOE*, núm. 63, 14 marzo 1986, pp. 9604-9616. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/1986/03/13/2

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana [derogada]. *BOE*, núm. 46, 22 febrero 1992, pp. 6209-6214. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/1992/02/21/1

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 281, 24 noviembre 1995, pp. 33987-34058. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE*, núm. 152, 23 junio 2010, pp. 54811-54883. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *BOE*, núm. 77, 31 marzo 2015, pp. 27216-27243. Disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4

6.3. Noticias

Agència Catalana de Notícies. (18 de agosto de 2024). Albert Batlle: "Hem declarat la guerra a tota forma de consum i tràfic de droga". *Betevé*, Disponible en https://beteve.cat/politica/albert-batlle-guerra-consum-trafic-droga/

Águeda, Pedro. (8 de mayo de 2025). Interior ajusta la ley para que no sea multado el consumo de drogas dentro de un coche estacionado. *elDiario.es*. Disponible en https://www.eldiario.es/politica/interior-ajusta-ley-no-sea-multado-consumo-drogas-coche-estacionado_1_12282406.html

Carranco, Rebeca. (20 de abril de 2025). La lucha contra la marihuana se enquista en Cataluña: "No estamos ganando". *El País*. Disponible en https://elpais.com/espana/catalunya/2025-04-20/la-lucha-contra-la-marihuana-se-enquista-en-cataluna-no-estamos-ganando.html?ssm=BK_CM

EFE. (19 de septiembre de 2018). Sudáfrica despenaliza el consumo privado de cannabis. *Público.es*. Disponible en https://www.publico.es/internacional/sudafrica-despenaliza-consumo-privado-cannabis.html

El Salto. (19 de abril de 2021). El 90% de los españoles apoyan la legalización del cannabis medicinal». *El Salto*. Disponible en https://www.elsaltodiario.com/legalizacion-cannabis/90percent-cis-espanoles-apoyan-legalizacion-marihuana-medicinal

Sabaghi, Dario. (20 de mayo de 2024). South Africa Legalizes Cannabis For Personal Use. *Forbes*. Disponible en https://www.forbes.com/sites/dariosabaghi/2024/05/30/south-africa-legalizes-cannabis-for-personal-use/

InDret
4.2026

Rafael Valentín-Pastrana Aguilar
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Rey Juan Carlos
-

La suspensión condicional de sanciones en el Derecho disciplinario deportivo internacional.

Análisis del artículo 27 del Código Disciplinario FIFA a propósito del caso de Folarin Balogun.

Sumario
-
El artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA permite suspender total o parcialmente la ejecución de una medida disciplinaria ya impuesta, sometiendo al sancionado a un período de prueba de uno a cuatro años, con reactivación automática en caso de reincidencia similar y con exclusión de las sanciones por manipulación de partidos. Su aplicación en el caso de Folarin Balogun ha reabierto el debate sobre la discrecionalidad de los órganos judiciales de FIFA y sobre el impacto de esta facultad en la igualdad competitiva.

Este trabajo examina la naturaleza, el fundamento y los efectos de la figura desde la Lex Sportiva. Sostiene un encuadre dual: el art. 27 opera, ante todo, como técnica de suspensión de la ejecución de una sanción ya declarada —en tensión con la ejecutividad, la tutela efectiva y, en su caso, la presunción de inocencia— y solo de forma accesoria se conecta con la proporcionalidad y la individualización del quantum. A partir del caso Balogun se valora su compatibilidad con la igualdad de trato, la seguridad jurídica y la transparencia, así como las vías de reacción de terceros afectados y los límites del control federativo, arbitral y, residualmente, judicial.

Abstract
-
Article 27 of the FIFA Disciplinary Code allows judicial bodies to suspend, in whole or in part, the enforcement of a disciplinary measure already imposed, placing the offender on probation for one to four years, with automatic reactivation in the event of a similar infringement and excluding sanctions related to match manipulation. Its application in the Folarin Balogun case has renewed debate on FIFA's disciplinary discretion and on the competitive impact of such decisions.

This article analyses the legal nature, rationale and effects of the mechanism within Lex Sportiva. It advances a dual framework: Article 27 functions primarily as a technique for suspending the enforcement of a sanction already declared — linked to enforceability, effective judicial protection and, where relevant, the presumption of innocence— and only secondarily as a tool connected with proportionality and the individualisation of the sanction. Using the Balogun case, it assesses equal treatment, legal certainty and transparency, as well as third-party remedies and the limits of federative, arbitral and residual judicial review.

Title: *Conditional Suspension of Sanctions in International Sports Disciplinary Law: An Analysis of Article 27 of the FIFA Disciplinary Code in Light of the Folarin Balogun Case.*
-
Palabras clave: FIFA; derecho disciplinario deportivo; suspensión de sanciones; Lex Sportiva; proporcionalidad; Folarin Balogun.
***Keywords*:** *FIFA; sports disciplinary law; suspension of sanctions; Lex Sportiva; proportionality; Folarin Balogun.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.14

InDret

Recepción
13/07/2026
Aceptación
03/09/2026

Índice

-

1. Introducción
2. Fundamentos del Derecho Disciplinario Deportivo
2.1. Naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria deportiva
2.2. Finalidades de la sanción deportiva
2.3. Particularidades frente al Derecho administrativo sancionador
3. El Código Disciplinario FIFA y su sistema sancionador
3.1. Evolución histórica
3.2. Tipología de sanciones
3.3. Principios informadores
4. El artículo 27 del Código Disciplinario FIFA
4.1. Origen de la norma
4.2. Contenido normativo
4.3. Naturaleza jurídica
4.4. Sanción, ejecutividad, y medida cautelar
4.5. Margen discrecional de FIFA
5. Análisis comparado: el artículo 27 y las instituciones equivalentes
5.1. Derecho penal
5.2. Derecho administrativo sancionador
5.3. Derecho disciplinario deportivo
6. El Caso Folarin Balogun
7. El artículo 27 como manifestación de la Lex Sportiva
8. Valoración crítica
9. Conclusiones
10. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El Derecho disciplinario deportivo constituye uno de los ámbitos más relevantes y, al mismo tiempo, menos estudiados de la denominada *Lex Sportiva*.[1]. Especialmente, porque a través de los mecanismos disciplinarios establecidos por las federaciones deportivas internacionales, se garantiza la integridad de las competiciones, el respeto de las reglas del juego y la preservación de los valores que inspiran la práctica deportiva organizada.

En este contexto, la FIFA ha desarrollado un sistema sancionador propio que combina la necesidad de reaccionar con rapidez frente a las infracciones cometidas en competición con la obligación de respetar principios fundamentales como la proporcionalidad, la igualdad de trato y la seguridad jurídica.[2].

Dentro de este sistema, el Código Disciplinario de la FIFA prevé diversas medidas sancionadoras y mecanismos de individualización de la sanción disciplinaria, algunos de los cuales han recibido una atención doctrinal considerable, mientras que otros permanecen prácticamente inexplorados.

Entre estos últimos, destaca el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA, una disposición que faculta a los órganos judiciales de la organización para suspender total o parcialmente la ejecución de determinadas sanciones disciplinarias, sometiendo al infractor a un período de prueba durante el cual la sanción suspendida podrá reactivarse en caso de reincidencia.

Conviene anticipar un matiz dogmático. La individualización opera al imponer la sanción y se vincula a la culpabilidad/responsabilidad. El art. 27, en cambio, incide sobre la ejecución de una sanción ya declarada: no borra el injusto ni redefine el *quantum*, sino su eficacia temporal. Por ello, junto a la proporcionalidad, deben considerarse la tutela efectiva y la presunción de inocencia cuando la suspensión evita un daño irreparable.

Aunque esta institución ha formado parte del sistema disciplinario de la FIFA durante años, su aplicación práctica ha sido relativamente escasa y rara vez ha generado debate público.

Sin embargo, la decisión adoptada por la FIFA en julio de 2026 de suspender la ejecución de la sanción impuesta al futbolista estadounidense Folarin Balogun tras su expulsión en la Copa Mundial de la FIFA ha situado esta figura en el centro de la discusión jurídica y mediática internacional. Como es de dominio público, la FIFA decidió permitir la participación del jugador en el siguiente encuentro de su selección mediante la aplicación del artículo 27, sometiéndolo a un período probatorio de un año.

---

* Rafael Valentín-Pastrana Aguilar, Rafael.vpastrana@urjc.es

[1] Nafziger, James A.R., «Lex Sportiva», en Siekmann, Robert C.R. y Soek, Janwillem (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 13 ss.

[2] Mitten, Matthew J. y Opie, Hayden, «Sports Law: Implications for the Development of International, Comparative and National Law and Global Dispute Resolution», en Siekmann y Soek (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 85 ss.

La singularidad del caso Balogun no reside únicamente en la relevancia deportiva del torneo en el que se produjo la decisión, sino en las interrogantes jurídicas que plantea. En particular, surge la cuestión de hasta qué punto resulta compatible con los principios generales del Derecho disciplinario la suspensión de la ejecución de una sanción que, en principio, debía desplegar sus efectos de manera automática.

Asimismo, la amplitud de la discrecionalidad reconocida a los órganos judiciales de la FIFA resulta especialmente llamativa, dado que el propio artículo 27 no establece de forma expresa los criterios materiales que deben concurrir para justificar la suspensión de una sanción.

Estas circunstancias convierten al referido artículo 27 en un objeto de estudio especialmente interesante desde la perspectiva jurídica. La figura presenta importantes similitudes con instituciones presentes en otros sectores del ordenamiento, como la suspensión de la ejecución de las penas en Derecho penal o determinados mecanismos de remisión condicional existentes en el ámbito administrativo sancionador ordinario.

Sin embargo, su aplicación en el marco del deporte internacional plantea desafíos específicos derivados de la necesidad de preservar la igualdad competitiva entre los participantes y la credibilidad de las competiciones organizadas por la FIFA.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la naturaleza jurídica, fundamento, alcance y límites del artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA. Para ello, se examinará en primer lugar el sistema disciplinario de la organización y la función que desempeña la suspensión condicional de sanciones dentro del mismo.

Posteriormente, se estudiará el contenido de la disposición y su relación con los principios generales del Derecho sancionador. A continuación, se abordará el caso Folarin Balogun como ejemplo práctico de aplicación de la norma, evaluando críticamente la decisión adoptada por la FIFA y los problemas jurídicos que suscita.

Finalmente, se valorará si la suspensión de la ejecución opera preferentemente como técnica de modulación ejecutiva (con anclaje en ejecutividad, tutela efectiva y, en su caso, presunción de inocencia) y solo de forma accesoria como instrumento de individualización, o si, mal aplicada, genera riesgos para la seguridad jurídica, la transparencia y la igualdad de trato en el fútbol internacional.

A través de este análisis se pretende contribuir a una cuestión apenas tratada por la doctrina especializada,[3], poniendo de manifiesto la importancia creciente de los mecanismos de flexibilización sancionadora en el Derecho deportivo contemporáneo y su encaje dentro del proceso de construcción de una auténtica Lex Sportiva transnacional.

2. Fundamentos del Derecho Disciplinario Deportivo

2.1. Naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria deportiva

[3] Foster, Ken, «Is There a Global Sports Law?», *Entertainment and Sports Law Journal*, vol. 2, 2003, pp. 1 ss.

La potestad disciplinaria constituye, como es evidente, uno de los instrumentos esenciales mediante los cuales las organizaciones deportivas garantizan el cumplimiento de las normas que regulan sus competiciones y actividades.

A diferencia de la potestad sancionadora ejercida por los poderes públicos, la disciplina deportiva internacional encuentra su fundamento en la autonomía organizativa de las federaciones deportivas y en la adhesión voluntaria de los distintos sujetos, tales como las federaciones nacionales, clubes, deportistas, técnicos y demás participantes, a los reglamentos que gobiernan cada disciplina deportiva.

Desde una perspectiva jurídica, la potestad disciplinaria de las federaciones deportivas internacionales se sitúa en un espacio híbrido entre el derecho privado asociativo y el derecho regulatorio transnacional. Aunque formalmente surge de entidades privadas, su alcance material trasciende las relaciones internas de una asociación convencional.

Organizaciones como la FIFA ejercen competencias normativas, ejecutivas y disciplinarias respecto de miles de sujetos distribuidos por todo el mundo, generando un sistema jurídico autónomo dotado de reglas, órganos jurisdiccionales y mecanismos de ejecución propios.[4]. Esta realidad ha llevado a parte de la doctrina a identificar la existencia de un verdadero ordenamiento jurídico deportivo transnacional, conocido habitualmente como *Lex Sportiva*.

La legitimidad de esta potestad disciplinaria descansa fundamentalmente en dos elementos. En primer lugar, en la necesidad de garantizar la integridad de las competiciones, evitando conductas que puedan alterar la igualdad entre participantes o comprometer la credibilidad del deporte. En segundo lugar, en la existencia de una aceptación previa de las reglas por parte de quienes pretenden participar en las competiciones organizadas por la correspondiente federación. De esta manera, la disciplina deportiva se configura como un mecanismo indispensable para asegurar el correcto funcionamiento del ecosistema deportivo internacional.

Sin embargo, la naturaleza privada de las organizaciones deportivas no implica que su actividad disciplinaria quede al margen de los principios generales del derecho.[5]. Tanto el TAS/CAS como diversos tribunales estatales han reconocido que las decisiones disciplinarias de las federaciones deben respetar estándares mínimos de legalidad, proporcionalidad, igualdad de trato, audiencia y motivación. Esta proyección de estándares del ius puniendi público sobre entes privados con poder global se inserta en el debate más amplio sobre el *ius puniendi* de actores no estatales[6].

Así, entre otros, CAS 2011/A/2625, *Mohamed Bin Hammam v. FIFA*; CAS 2005/C/976 & 986, *FIFA & WADA*; y la línea del TAS sobre debido proceso disciplinario. La proyección de estos principios —propios del ius puniendi público— sobre una disciplina estatutaria privada se justifica por la aceptación de los reglamentos como condición de acceso a la competición y por el efecto útil de la tutela frente a sanciones con impacto profesional.

[4] Casini, Lorenzo, *Il diritto globale dello sport*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 1-35.

[5] Beloff, Michael; Kerr, Tim y Demetriou, Marie, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 251 ss.

[6] Nieto Martín, Adán y Garcia Moreno, Beatriz, *Ius Puniendi y Global Law*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 82–114.

También llamamos la atención sobre el CAS 2018/A/6038, *Osiris Guzmán v. FIFA*, relacionado con el control de proporcionalidad del *quantum* sancionador, con moderación de la sanción; y, en la práctica reciente, el CAS 2024/A/10384, *Luis Rubiales v. FIFA* relativo al enjuiciamiento de legalidad, proporcionalidad y garantías procedimentales de una sanción FIFA. La proyección de estos principios, propios del ius puniendi público, sobre una disciplina de base estatutaria se justifica por la aceptación de los reglamentos como condición de acceso a la competición y por el efecto útil de la tutela frente a sanciones con impacto profesional

Esto resulta particularmente relevante cuando las sanciones pueden afectar de manera significativa al ejercicio profesional de los deportistas o a la participación de clubes y selecciones en competiciones oficiales.

Por consiguiente, el Derecho disciplinario deportivo contemporáneo debe entenderse como un subsistema jurídico autónomo que, aun derivando de la autonomía privada de las organizaciones deportivas, se encuentra progresivamente influenciado por principios propios del derecho sancionador general. Esta evolución constituye una de las manifestaciones más evidentes del proceso de juridificación experimentado por el deporte profesional durante las últimas décadas.

2.2. Finalidad de la sanción deportiva

La comprensión de instituciones como la suspensión de la ejecución de sanciones prevista en el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA exige analizar previamente las finalidades que persigue la potestad disciplinaria deportiva. La razón de ser de cualquier sistema sancionador condiciona necesariamente la forma en que deben interpretarse las medidas disciplinarias y los mecanismos destinados a modular su aplicación[7].

Tradicionalmente, la doctrina[8] ha identificado cuatro grandes funciones de la sanción: la función retributiva, la prevención general, la prevención especial y la función protectora del orden jurídico. Aunque estas categorías proceden fundamentalmente del Derecho penal, también resultan útiles para comprender el funcionamiento del régimen disciplinario deportivo.

La dimensión retributiva se manifiesta en la necesidad de reaccionar frente a una conducta contraria a las reglas de la competición. La sanción expresa la desaprobación institucional frente al comportamiento infractor y reafirma la vigencia de las normas deportivas. Sin embargo, esta finalidad tiene una relevancia relativamente limitada en el ámbito deportivo, donde la protección de la competición suele prevalecer sobre cualquier consideración puramente punitiva.

Mayor importancia adquiere la prevención general. Las sanciones disciplinarias persiguen transmitir a todos los participantes que determinadas conductas tendrán consecuencias negativas, contribuyendo así al cumplimiento voluntario de las reglas.

La eficacia de una competición deportiva depende en gran medida de la percepción de que las infracciones serán detectadas y sancionadas de forma coherente. En este sentido, la disciplina deportiva cumple una función pedagógica y ejemplarizante fundamental para la estabilidad del sistema.

[7] Serby, Tom, *Sports Law*, Routledge, Londres, 2016, pp. 189 ss.

[8] Op. Cit. pp.189-195.

Junto a ello aparece la prevención especial, orientada específicamente hacia el infractor. La sanción pretende disuadirle de reincidir en el futuro, fomentando su adecuación a las reglas de la competición. Esta finalidad resulta especialmente relevante en los sistemas disciplinarios modernos, que progresivamente han incorporado mecanismos destinados a corregir comportamientos más que a castigar de forma automática.

Esta finalidad de prevención especial explica, más adelante, el sentido del período de prueba del artículo 27, en el que ahondaremos en el capítulo 4 de este artículo.

Por último, la potestad disciplinaria deportiva cumple una función protectora de la integridad competitiva. A diferencia de otros sectores jurídicos, el deporte presenta una característica singular: muchas sanciones no están dirigidas únicamente a castigar una conducta pasada, sino también a preservar el correcto desarrollo de la competición.

La suspensión de un jugador, la descalificación de un equipo o la clausura de un estadio producen efectos inmediatos destinados a proteger bienes jurídicos específicos, como la seguridad, la igualdad competitiva o la reputación de las competiciones.

La coexistencia de estas finalidades explica la complejidad inherente al régimen disciplinario deportivo y justifica la existencia de mecanismos que permitan adaptar la respuesta sancionadora a las circunstancias concretas de cada caso.

No obstante, dicha flexibilidad debe siempre compatibilizarse con las exigencias de transparencia, previsibilidad e igualdad de trato que caracterizan a cualquier sistema sancionador legítimo.

2.3. Particularidades frente al Derecho administrativo sancionador

Antes de oponer el disciplinario deportivo al Derecho administrativo sancionador general, conviene situarlo en el Derecho disciplinario y en las relaciones de especial sujeción. En el Derecho público, la posición del funcionario, del interno o del miembro de un cuerpo con estatuto reforzado ha justificado históricamente modulaciones de tipicidad y procedimiento, con los matices de la jurisprudencia constitucional y europea.

Esa lógica es, con cautelas, trasladable a la relación futbolista–FIFA/UEFA: sometimiento estatutario y a las reglas de competición como condición de acceso al mercado deportivo; potestades organizativas y sancionadoras de entes privados con efectos cuasi-públicos; e intensidad de control que desborda el puro contrato de adhesión. Ello no vacía las garantías, pero explica cierta flexibilización del estatuto garantista clásico —condicionada a legalidad, audiencia, motivación y tutela efectiva—. Solo desde este presupuesto tiene sentido el contraste que sigue.

A pesar de compartir numerosos principios con otros ámbitos del derecho sancionador, el Derecho disciplinario deportivo presenta características propias que justifican soluciones

normativas específicas. Estas singularidades resultan especialmente visibles cuando se analizan instituciones excepcionales como la suspensión de la ejecución de una sanción disciplinaria[9].

Una primera diferencia radica en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. Mientras que el Derecho administrativo sancionador busca salvaguardar intereses públicos generales vinculados a la actuación de la Administración[10], el Derecho disciplinario deportivo se orienta prioritariamente a la preservación de la integridad de las competiciones y al mantenimiento del orden interno de las organizaciones deportivas. Esta finalidad condiciona tanto el contenido de las infracciones como la intensidad y rapidez de las sanciones aplicables.

Una segunda particularidad reside en la dimensión temporal de la respuesta sancionadora. El deporte profesional se desarrolla en un contexto marcado por calendarios competitivos rígidos y de corta duración.

En numerosas ocasiones, una decisión disciplinaria adoptada semanas o meses después de la comisión de la infracción perdería gran parte de su utilidad práctica. Por este motivo, los procedimientos disciplinarios deportivos suelen caracterizarse por su celeridad y por la inmediata ejecutividad de las sanciones impuestas. Especialmente es así en competiciones cortas o estacionales, como es el caso de los Juegos Olímpicos, o, el que nos ocupa en el presente, la Copa Mundial de Fútbol.

Esta necesidad de reacción rápida explica la existencia de sanciones automáticas asociadas a determinados comportamientos. En el fútbol internacional, por ejemplo, la expulsión mediante tarjeta roja suele conllevar la suspensión automática, al menos, para el siguiente encuentro oficial.

Estos mecanismos responden a razones evidentes de eficiencia y uniformidad, pero también generan tensiones con los principios de individualización y proporcionalidad de la sanción. Es en este escenario donde adquieren relevancia figuras como la prevista en el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA, que permiten modular los efectos de sanciones inicialmente concebidas para aplicarse de forma automática.

Una tercera diferencia relevante se refiere a las fuentes normativas aplicables. Mientras que el Derecho administrativo sancionador opera dentro del marco jurídico estatal y se encuentra sometido a estrictos principios de reserva legal, el Derecho disciplinario deportivo se desarrolla en un contexto transnacional caracterizado por la coexistencia de reglamentos federativos, principios generales de la *Lex Sportiva* y mecanismos arbitrales de resolución de controversias. Esta configuración dota a los órganos disciplinarios de un margen interpretativo significativamente más amplio que el existente en otros ámbitos sancionadores.

Finalmente, el sistema deportivo internacional presenta una estructura institucional singular en la que la función normativa, disciplinaria y jurisdiccional se articula en torno a entidades privadas con vocación global.

---

[9] Gamero Casado, Eduardo «Las sanciones deportivas: régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje» *Revista de Administración Pública*, nº 163, 2004, pp. 561-563.

[10] García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 2022, pp. 161-190 ss.

El TAS desempeña en este contexto una función esencial como garante de la coherencia del sistema, contribuyendo a la construcción progresiva de principios comunes aplicables a las distintas disciplinas deportivas.

Todas estas particularidades explican que determinadas instituciones disciplinarias deportivas no tengan un equivalente exacto en otros sectores del ordenamiento jurídico. Entre ellas destaca la facultad reconocida a la FIFA para suspender la ejecución de sanciones disciplinarias ya impuestas, figura que será objeto de análisis detallado en los apartados siguientes del presente trabajo.

3. El Código Disciplinario FIFA y su sistema sancionador

3.1. Evolución histórica

El progresivo proceso de profesionalización y globalización del fútbol ha obligado a la FIFA a desarrollar un sistema disciplinario cada vez más complejo y sofisticado, con clara inspiración del Comité Olímpico Internacional.[11]. Lo que inicialmente constituía un conjunto relativamente reducido de reglas destinadas a sancionar conductas antideportivas durante la competición se ha transformado en un auténtico subsistema normativo transnacional, capaz de afrontar infracciones de naturaleza muy diversa, desde incidentes ocurridos durante los partidos hasta conductas relacionadas con la corrupción, la discriminación, la manipulación de competiciones o el incumplimiento de decisiones económicas.

Este fenómeno no puede entenderse aisladamente del proceso de expansión institucional experimentado por la FIFA durante las últimas décadas. A medida que las competiciones internacionales han adquirido una creciente relevancia económica y social, también ha aumentado la necesidad de garantizar estándares uniformes de integridad y disciplina a escala global.

Como consecuencia, la actividad sancionadora ha pasado de ocupar una posición meramente accesoria a convertirse en uno de los pilares fundamentales de la gobernanza del fútbol internacional.

La evolución del Código Disciplinario de la FIFA refleja esta transformación. Las sucesivas reformas han perseguido objetivos diversos, entre los que destacan la adaptación a nuevas formas de infracción, el fortalecimiento de los mecanismos de cumplimiento normativo y la mejora de la coherencia entre las distintas jurisdicciones deportivas.

Paralelamente, dichas reformas han incorporado progresivamente principios característicos del derecho sancionador moderno, tales como la proporcionalidad, la individualización de las sanciones y la protección de las garantías procesales de los sujetos sometidos a disciplina.[12].

[11] Chappelet, Jean-Loup y Kübler-Mabbott, Brenda, *The International Olympic Committee and the Olympic System*, Routledge, Londres, 2008, pp. 1-25 ss.

[12] Weatherill, Stephen, *Principles and Practice in EU Sports Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 17-48 y ss.

No obstante, esta evolución no ha supuesto un abandono de las particularidades propias del ámbito deportivo. La FIFA continúa operando en un entorno caracterizado por la necesidad de adoptar decisiones rápidas, asegurar la continuidad de las competiciones y reaccionar eficazmente frente a comportamientos susceptibles de alterar el equilibrio competitivo.

Esto explica la coexistencia, dentro del mismo texto normativo, de sanciones automáticas asociadas a determinadas infracciones y de mecanismos que permiten modular sus efectos en función de las circunstancias concurrentes.

En este contexto debe situarse el artículo 27 del vigente Código Disciplinario[13]. Aunque la figura de la suspensión de la ejecución de sanciones no ocupa un lugar central dentro de la arquitectura disciplinaria de la FIFA, constituye una muestra significativa de la tendencia observada en los últimos años hacia una mayor flexibilización e individualización de la respuesta sancionadora. La reforma de 2023 mantuvo esta institución dentro del Código, pasando a identificarse como artículo 27 tras la reordenación sistemática del texto normativo.[14].

La principal dificultad para analizar el artículo 27 reside en la limitada publicidad de las decisiones dictadas a su amparo. A diferencia de otros mecanismos disciplinarios de la FIFA, no existe una práctica decisional fácilmente accesible que permita reconstruir criterios consolidados de aplicación. Precisamente por ello, el caso Balogun adquiere un valor paradigmático, al constituir uno de los primeros supuestos en los que la utilización de esta facultad ha generado una atención pública y doctrinal de alcance internacional, por el momento y en la competición en la que se ha adoptado.

La evolución histórica del régimen disciplinario de la FIFA pone de manifiesto una tensión permanente entre dos objetivos potencialmente contradictorios: por un lado, la necesidad de asegurar una respuesta inmediata y uniforme frente a las infracciones y, por otro, la conveniencia de permitir que los órganos disciplinarios adapten la sanción a las circunstancias específicas de cada caso. El análisis del artículo 27 constituye, precisamente, una excelente oportunidad para estudiar cómo la FIFA trata de conciliar ambos intereses.

3.2. Tipología de sanciones

El sistema disciplinario de la FIFA se articula en torno a una amplia variedad de sanciones diseñadas para responder a la diversidad de conductas infractoras que pueden producirse en el ámbito del fútbol internacional. La elección de una u otra medida disciplinaria depende de factores tales como la gravedad de la infracción, la condición del infractor, los efectos producidos sobre la competición y la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

Desde una perspectiva general, las sanciones previstas por la FIFA pueden clasificarse en tres grandes categorías: sanciones personales, sanciones económicas y sanciones deportivas.

[13] Parrish, Richard y Miettinen, Samuli, *The Sporting Exception in European Union Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008, pp. 1-30 ss..

[14] Anteriormente se encontraba en el artículo 26 del mismo cuerpo legal.

Las sanciones personales afectan directamente a la capacidad de actuación de los individuos sometidos a la jurisdicción disciplinaria de la FIFA.[15]. Dentro de esta categoría se incluyen, entre otras medidas, las suspensiones, las prohibiciones de acceso a determinadas zonas, las inhabilitaciones para ejercer actividades relacionadas con el fútbol y las prohibiciones de participar en partidos o competiciones. Se trata de las sanciones más comunes en relación con jugadores, entrenadores y oficiales de equipo.

Entre todas ellas, la suspensión deportiva ocupa una posición especialmente relevante. Esta medida implica la imposibilidad temporal de participar en partidos oficiales y constituye la consecuencia habitual de conductas disciplinarias producidas en el contexto competitivo.
Su importancia práctica deriva de que afecta directamente a la capacidad del infractor para desarrollar la actividad deportiva que constituye, en muchos casos, el objeto principal de su carrera profesional.

Junto a las sanciones personales, el Código Disciplinario contempla sanciones económicas, fundamentalmente en forma de multas. Estas cumplen una función tanto represiva como disuasoria y suelen utilizarse de manera complementaria respecto de otras medidas disciplinarias.

La relevancia económica alcanzada por el fútbol profesional ha convertido las multas en un instrumento cada vez más frecuente dentro de la política sancionadora de las organizaciones deportivas.

Finalmente, existen sanciones que afectan directamente al desarrollo de las competiciones. Entre ellas pueden citarse la pérdida de partidos, la deducción de puntos, la celebración de encuentros a puerta cerrada, la clausura parcial o total de estadios o la exclusión de competiciones. Estas medidas presentan una especial trascendencia institucional porque su impacto se proyecta no solo sobre el infractor, sino también sobre terceros, incluidos clubes, federaciones, aficionados y patrocinadores.

La coexistencia de estas distintas tipologías sancionadoras refleja la complejidad de los objetivos perseguidos por el sistema disciplinario internacional. La FIFA no se limita a castigar comportamientos individuales, sino que aspira a proteger el buen funcionamiento de sus competiciones y preservar la confianza de todos los actores implicados en el ecosistema futbolístico.

Precisamente por ello, el legislador deportivo ha considerado necesario incorporar mecanismos que permitan ajustar la intensidad de la respuesta disciplinaria a las circunstancias concretas de cada situación. La suspensión de la ejecución de sanciones prevista en el artículo 27 constituye una manifestación paradigmática de esta lógica de individualización y flexibilización.

3.3. Principios informadores

[15] Mavromati, Despina; Reeb, Matthieu, *The Code of the Court of Arbitration for Sport. Commentary, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 521-525.

Como todo régimen disciplinario contemporáneo, el sistema sancionador de la FIFA se encuentra inspirado por una serie de principios generales destinados a garantizar la legitimidad de las decisiones adoptadas por sus órganos judiciales.[16].

Aunque el origen privado de la organización deportiva impide una traslación automática de los principios propios del Derecho penal o administrativo sancionador estatal, la consolidación de la Lex Sportiva ha favorecido la progresiva incorporación de estándares comunes de justicia material y procedimental.

Uno de los principios fundamentales es el principio de legalidad. Toda sanción debe encontrar fundamento en una norma previa que identifique de manera suficientemente precisa la conducta infractora y las consecuencias asociadas a su comisión. Este principio cumple una función esencial de previsibilidad y seguridad jurídica, permitiendo a los destinatarios de las normas conocer anticipadamente las consecuencias de sus acciones.

Junto a la legalidad debe situarse el principio de culpabilidad o responsabilidad, el más importante junto a aquél en el Derecho sancionador. La sanción presupone un juicio de reproche; la individualización del *quantum* se anuda a ese momento de imposición, no a la mera gestión posterior de la ejecución.

Junto a la legalidad aparece el principio de proporcionalidad, probablemente uno de los más relevantes dentro del ámbito disciplinario deportivo. La proporcionalidad exige que exista una relación razonable entre la gravedad de la conducta y la intensidad de la sanción impuesta.

En un contexto en el que determinadas decisiones disciplinarias pueden afectar de forma significativa a la carrera profesional de deportistas y entrenadores o a la participación de clubes y selecciones en competiciones de enorme relevancia económica, la proporcionalidad se convierte en un mecanismo esencial para evitar respuestas excesivamente gravosas.[17].

Especial importancia reviste también el principio de igualdad de trato. Los destinatarios del sistema disciplinario deben recibir respuestas equivalentes ante situaciones sustancialmente similares.

Este principio adquiere una dimensión particularmente sensible en el deporte profesional, donde las diferencias de tratamiento pueden generar percepciones de favoritismo capaces de erosionar la credibilidad de las competiciones y de las instituciones encargadas de administrarlas.

A ello se suma el principio de seguridad jurídica, íntimamente vinculado a la previsibilidad de las decisiones disciplinarias. Los sujetos sometidos a la jurisdicción de la FIFA deben poder anticipar razonablemente las consecuencias derivadas de sus actuaciones y comprender los criterios utilizados por los órganos disciplinarios para adoptar sus decisiones.

Cuanto mayor sea el margen discrecional reconocido a dichos órganos, mayor será también la necesidad de establecer mecanismos de control y motivación que eviten decisiones arbitrarias.

[16] Blackshaw, Ian, *International Sports Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017, pp. 175-198.

[17] Vieweg, Klaus y Siekmann, Robert C.R. (eds.), *FIFA and Football: The Governance of World Football*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017, pp. 135 ss.

Por último, el principio de transparencia se ha convertido en una exigencia creciente dentro de la gobernanza deportiva moderna.[18]. La legitimidad de las decisiones disciplinarias depende no solo de su corrección jurídica, sino también de la percepción pública de que han sido adoptadas mediante procedimientos objetivos, imparciales y debidamente motivados. Este aspecto resulta especialmente relevante en relación con instituciones excepcionales cuya aplicación depende de una valoración casuística por parte de los órganos disciplinarios.

Junto a los principios materiales (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, seguridad jurídica, transparencia) operan principios procedimentales: debido proceso y audiencia; motivación; presunción de inocencia; y tutela judicial o arbitral efectiva.
La suspensión de la ejecución de una sanción no firme o recurrible se configura, en buena medida, como un incidente procedimental sobre una sanción ya impuesta: no redefine el injusto ni la culpabilidad, sino la efectividad temporal del gravamen. Interpretar el art. 27 solo como "proporcionalidad en la individualización" resulta incompleto.

Todos estos principios constituyen el marco normativo dentro del cual debe interpretarse el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA. En efecto, la posibilidad de suspender la ejecución de una sanción ya impuesta plantea interrogantes directos sobre la proporcionalidad de la respuesta disciplinaria, el alcance de la discrecionalidad institucional, la igualdad de trato entre infractores y la previsibilidad del sistema sancionador, sin olvidar su encaje con la ejecutividad, la tutela efectiva y la presunción de inocencia.

Por ello, antes de examinar la aplicación concreta de esta figura en el caso Balogun, resulta imprescindible analizar detalladamente su contenido normativo y su naturaleza jurídica.

4. El artículo 27 del Código Disciplinario FIFA

4.1. Origen de la norma

La posibilidad de suspender la ejecución de una sanción disciplinaria no constituye una innovación reciente dentro del sistema sancionador de la FIFA. Sin embargo, durante muchos años esta institución ha permanecido en un segundo plano doctrinal y práctico, eclipsada por otros mecanismos disciplinarios de aplicación más frecuente.

La escasa utilización pública de la figura y la limitada difusión de las decisiones en las que se ha aplicado explican que el artículo 27 haya recibido una atención considerablemente menor que otras disposiciones del Código Disciplinario.

La regulación vigente encuentra sus antecedentes en versiones anteriores del Código Disciplinario de la FIFA. Como indicábamos anteriormente, la disposición actualmente identificada como artículo 27 se encontraba previamente recogida en el artículo 26, pasando a ocupar su numeración actual tras la reorganización sistemática del Código llevada a cabo en 2023.

[18] Geeraert, Arnout, *Sports Governance Observer 2019*, Danish Institute for Sports Studies, Copenhague, 2019, pp. 9-25.

Aunque esta modificación tuvo un carácter principalmente formal, pone de manifiesto la voluntad de la FIFA de mantener esta herramienta dentro de su arsenal disciplinario, pese a su utilización excepcional.

La permanencia de la figura resulta comprensible si se atiende a la evolución general del Derecho disciplinario deportivo internacional. Durante las últimas décadas se ha observado una tendencia progresiva hacia la individualización de las sanciones y la introducción de mecanismos de flexibilidad destinados a evitar los efectos potencialmente desproporcionados de determinadas respuestas automáticas.[19].

Esta evolución no implica una renuncia a los principios de disciplina e integridad competitiva, sino un intento de compatibilizarlos con exigencias de proporcionalidad y justicia material cada vez más presentes en la gobernanza deportiva contemporánea.

A diferencia de otras disposiciones disciplinarias que describen detalladamente los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas asociadas a su incumplimiento, el artículo 27 adopta una formulación especialmente abierta.

Esta característica responde a la intención de proporcionar a los órganos disciplinarios un instrumento flexible capaz de adaptarse a circunstancias extraordinarias que no siempre pueden ser previstas por el legislador deportivo. Sin embargo, esta misma amplitud constituye una de las principales fuentes de debate, pues genera interrogantes respecto a los límites de la discrecionalidad institucional y la previsibilidad de las decisiones adoptadas al amparo de la norma.

Desde una perspectiva histórica, por tanto, el artículo 27 puede interpretarse como la expresión de una tendencia más amplia orientada a dotar al sistema disciplinario deportivo de instrumentos que permitan modular la aplicación de las sanciones sin necesidad de eliminarlas o modificarlas sustancialmente. Esta función intermedia explica buena parte de su interés jurídico y de las dificultades interpretativas que plantea.

4.2. Contenido normativo

El artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA establece que los órganos judiciales de la organización pueden suspender total o parcialmente la ejecución de una sanción disciplinaria.
La característica esencial de esta institución reside en que la sanción no desaparece ni pierde su validez jurídica, sino que únicamente se difiere temporalmente su ejecución.[20].

El tenor literal del precepto es el siguiente: «Artículo 27. Suspensión de la ejecución de medidas disciplinarias 1. El órgano judicial podrá decidir suspender total o parcialmente la ejecución de una medida disciplinaria. 2. Al suspender la ejecución de la medida disciplinaria, el órgano judicial someterá a la persona sancionada a un período de prueba de uno a cuatro años. 3. Si la persona beneficiaria de una medida disciplinaria suspendida comete otra infracción de naturaleza y gravedad similares durante el período de prueba, la suspensión quedará

[19] Mavromati, Despina y Reeb, Matthieu, *The Code of the Court of Arbitration for Sport. Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 521-525.

[20] FIFA, FIFA Disciplinary Code: Commentary and Explanatory Notes, FIFA, Zúrich, 2023.

automáticamente revocada y se ejecutará la medida disciplinaria original, sin perjuicio de cualquier medida disciplinaria adicional que se imponga por la nueva infracción. 4. No podrán suspenderse las medidas disciplinarias relacionadas con la manipulación de partidos.»

En paralelo, el art. 26 del Reglamento Disciplinario de la UEFA dispone[21]: «Artículo 26. Suspensión de medidas disciplinarias 1. Todas las medidas disciplinarias podrán ser suspendidas, con excepción de: a) los apercibimientos; b) las reprimendas; c) las prohibiciones de toda actividad relacionada con el fútbol; d) las medidas disciplinarias relacionadas con la manipulación de partidos, el fraude, el soborno o la corrupción; e) la orden de que un partido se dé por perdido. 2. El período de prueba será de un mínimo de un año y un máximo de cinco. Este período podrá prorrogarse en circunstancias excepcionales. 3. Si durante el período de prueba se comete una nueva infracción de naturaleza similar, el órgano disciplinario competente ordenará, por regla general, la ejecución de la medida disciplinaria original. Esta podrá acumularse a la medida disciplinaria impuesta por la nueva infracción.»

Respecto del art. 27 FIFA, el art. 26 UEFA detalla un catálogo más amplio de medidas no suspendibles y permite un período de prueba de hasta cinco años (prorrogable).

Del tenor de ambos preceptos se desprende el núcleo de la institución: responsabilidad ya declarada, eficacia ejecutiva condicionada, período de prueba y reactivación ante reincidencia similar, con un límite material reforzado en materia de integridad (manipulación de partidos y, en UEFA, otras infracciones graves). No es indulto ni anulación del fallo: es modulación del *tempus* de cumplimiento.[22].

Lo que el Código no ofrece —y aquí radica buena parte de la controversia— es un elenco expreso de criterios para conceder o denegar la suspensión. Esa laguna amplía el margen de apreciación de FIFA y desplaza el control hacia la motivación del caso concreto, la igualdad de trato y, en su caso, el TAS[23]. Los límites de esa discrecionalidad se examinan *infra* (epígrafes 4.5 y 8).

4.3. Naturaleza jurídica

Uno de los aspectos más complejos del artículo 27 radica en la determinación de su verdadera naturaleza jurídica. Aunque la disposición se limita a reconocer la facultad de suspender la ejecución de una sanción, las consecuencias derivadas de esta decisión presentan una notable similitud con instituciones existentes en otros sectores del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debe descartarse que nos encontremos ante una revocación de la sanción. La declaración de responsabilidad disciplinaria permanece inalterada y la sanción continúa existiendo jurídicamente. Lo único que se suspende es su ejecución efectiva. Desde este punto de vista, la figura presenta mayores similitudes con la suspensión de la ejecución de las penas

[21] UEFA, Reglamento Disciplinario, Zurich, 2024, art. 26

[22] Blackshaw, Ian, *International Sports Law: An Introductory Guide*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017, pp. 175 y ss.

[23] Gardiner, Simon; O'Leary, John; Welch, Roger; Boyes, Simon y Naidoo, Umesh, *Sports Law*, Routledge, Londres, 2022, pp. 250-290.

existente en numerosos sistemas penales que con mecanismos de anulación o revisión de resoluciones sancionadoras.[24].

Tampoco puede calificarse como una amnistía o una medida de gracia. La sanción no es perdonada ni eliminada. Por el contrario, permanece vigente durante todo el período probatorio y puede volver a desplegar sus efectos automáticamente en caso de incumplimiento de las condiciones establecidas. La lógica que inspira el mecanismo no es la extinción de la responsabilidad, sino la concesión de una oportunidad condicionada al comportamiento futuro del infractor. Indulto y amnistía no son equiparables al art. 27, pero comparten la lógica de excepcionar la aplicación rígida de una consecuencia ya establecida. La diferencia es institucional (clemencia estatal vs. facultad del órgano disciplinario) y de garantías. Se retoma en el análisis penal comparado.

Desde una perspectiva funcional, el artículo 27 parece responder a una finalidad predominantemente preventiva. La amenaza de reactivación de la sanción suspendida genera un incentivo adicional para evitar futuras infracciones, reforzando la función de prevención especial característica de los sistemas disciplinarios modernos. Este elemento permite distinguir la institución de otras medidas orientadas exclusivamente a reducir la severidad de la respuesta sancionadora.

Asimismo, la suspensión prevista en el artículo 27 puede interpretarse como una manifestación de la progresiva humanización del Derecho disciplinario deportivo. Frente a modelos basados exclusivamente en la aplicación automática de sanciones, la norma introduce una dimensión individualizadora que permite valorar circunstancias específicas y adaptar la respuesta institucional a las características particulares del caso.

Cabe, sin embargo, una lectura concurrente, y, para parte de la dogmática del sancionador, preferente: la individualización actúa al imponer la sanción; la suspensión de la ejecución se aproxima a una medida provisional o cautelar. No altera el contenido de la sanción; se ancla en la tutela efectiva y, cuando la sanción es recurrible, en la presunción de inocencia, para evitar un daño irreparable. El art. 27 puede cumplir ambas funciones en la práctica de FIFA; lo decisivo es no confundirlas analíticamente.

No obstante, esta interpretación favorable debe ser matizada. La amplitud de la discrecionalidad reconocida a los órganos de la FIFA implica que la legitimidad de la figura dependerá en gran medida de la existencia de criterios transparentes y consistentes para su aplicación. De lo contrario, el riesgo de decisiones percibidas como arbitrarias podría comprometer los objetivos de igualdad y seguridad jurídica que inspiran cualquier sistema sancionador.

4.4. Sanción, ejecutividad, y medida cautelar

La correcta comprensión del artículo 27 exige separar tres planos que el discurso disciplinario tiende a confudir. El primero es el de la sanción como acto: declaración de responsabilidad y fijación del gravamen (partidos de suspensión, multa, etc.). El segundo es el de la ejecutividad: la aptitud de ese acto para producir efectos de inmediato. El tercero es el de la suspensión de la

[24] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 520-560.

ejecución, esto es, la decisión —condicional o cautelar— de aplazar o modular temporalmente esos efectos sin borrar el acto sancionador.

En el Derecho administrativo español, la regla general es la ejecutividad del acto (art. 98.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). La suspensión se configura como excepción, ya sea en el propio procedimiento de recurso (art. 117 LPAC) o mediante tutela cautelar cuando el cumplimiento inmediato puede hacer perder la finalidad del recurso o irrogar daños de difícil reparación. La doctrina ha insistido en que ejecutividad y garantía no son términos antagónicos, sino un par en tensión permanente que el ordenamiento resuelve con contrapesos procedimentales[25].

Trasladada esta parrilla al disciplinario de FIFA, el artículo 27 no "reindividualiza" la sanción en el sentido de recalcular el reproche ni de sustituir el juicio de culpabilidad. Mantiene la sanción y condiciona su implementación a un período de prueba. Por eso su parentesco más riguroso no es solo la suspensión de la ejecución de la pena del Código Penal, sino también el régimen de medidas cautelares y de ejecutoriedad de las sanciones deportivas del Derecho español del deporte[26] (arts. 102 y 103 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte), sin perjuicio de la cláusula de proporcionalidad del art. 104, ya aludida en el análisis comparado.

Desde esta perspectiva, la lectura del artículo 27 como mera "herramienta de individualización" resulta incompleta. La individualización, en sentido estricto, opera cuando el órgano impone la sanción y gradúa su contenido conforme a la gravedad del hecho y a la responsabilidad del autor.

La suspensión de la ejecución opera después: no redefine el injusto; decide si el gravamen debe consumirse de inmediato o puede aplazarse bajo condición. En clave garantista, ese aplazamiento puede servir a la tutela efectiva y, cuando la sanción aún es controvertida o recurrible, a evitar un daño irreparable (pérdida de competición, de elegibilidad, de derechos federativos) en línea con exigencias próximas a la presunción de inocencia. Nada de ello impide que, en la práctica decisional de FIFA, la facultad se use también con una finalidad equitativa o "humanizadora"; lo decisivo es no confundir el plano del *quantum* sancionador con el plano de la *eficacia ejecutiva*.

Esta distinción tiene consecuencias prácticas. Primera: la motivación del art. 27 debería explicitar por qué se suspende la ejecución y no por qué se "rebaja" una sanción que, en realidad, permanece idéntica. Segunda: el control del TAS, si se activa, habrá de verificar no solo la proporcionalidad del gravamen original, sino la racionalidad de la suspensión y su compatibilidad con la igualdad de trato. Tercera: el régimen de reactivación automática por reincidencia similar confirma que la sanción nunca dejó de existir; solo se diferió su cumplimiento.

En suma, el artículo 27 se sitúa en el cruce entre Derecho sancionador y Derecho de la ejecución de actos gravosos. Su análisis dogmático gana nitidez cuando se le ubica —también— en el estatuto de la ejecutividad y de las medidas provisionales, y no únicamente en el catálogo de circunstancias moduladoras de la pena.

[25] Martín Fernández, Carmen, «La ejecutividad de las sanciones administrativas», Gabilex, nº 22, 2020, pp. 91-198.

[26] Palomar Olmeda, Alberto, *Comentarios a la Ley 39/2022, del Deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 263-370

4.5. Margen discrecional de FIFA

La característica más controvertida del artículo 27 es, probablemente, el amplio margen de discrecionalidad que confiere a los órganos judiciales de la FIFA. A diferencia de otras disposiciones disciplinarias que describen con precisión las circunstancias que permiten atenuar o agravar una sanción, el precepto no identifica criterios materiales concretos para decidir cuándo resulta apropiado suspender su ejecución.

Esta situación plantea una tensión evidente entre flexibilidad y seguridad jurídica. Desde una perspectiva institucional, la ausencia de requisitos rígidos permite a los órganos disciplinarios responder a situaciones excepcionales que difícilmente podrían ser previstas por una regulación exhaustiva. Sin embargo, desde el punto de vista de los sujetos sometidos a disciplina, dicha amplitud dificulta anticipar los supuestos en los que la suspensión podrá ser concedida.

La discrecionalidad disciplinaria, no obstante, no debe confundirse con arbitrariedad.[27]. Incluso en ausencia de criterios expresamente codificados, las decisiones adoptadas al amparo del artículo 27 deben respetar los principios generales del sistema sancionador de la FIFA. La proporcionalidad, la igualdad de trato, la coherencia decisional y la obligación de motivar adecuadamente las resoluciones actúan como límites jurídicos indispensables al ejercicio de esta facultad.

Especial relevancia adquiere en este contexto el principio de igualdad. La legitimidad de la suspensión de sanciones dependerá en gran medida de que situaciones comparables reciban respuestas equivalentes. Si la aplicación del artículo 27 se percibe como reservada a determinados actores o utilizada de manera inconsistente, la confianza en la imparcialidad del sistema disciplinario podría verse seriamente afectada.

La cuestión de la transparencia resulta igualmente significativa.[28]. Cuanto mayor sea la discrecionalidad atribuida al órgano decisor, mayor será también la necesidad de ofrecer explicaciones claras respecto a las razones que justifican la aplicación de la medida. La publicación de criterios interpretativos o el desarrollo de una práctica decisional consistente contribuirían notablemente a reforzar la previsibilidad del sistema.

El caso Balogun ha puesto de relieve precisamente estas cuestiones. Más allá de los méritos específicos de la decisión adoptada, la controversia generada evidencia la necesidad de analizar con mayor profundidad los fundamentos jurídicos de una institución que, pese a ocupar una posición periférica dentro del Código Disciplinario de la FIFA, puede llegar a producir efectos de enorme relevancia deportiva y competitiva.

En definitiva, el artículo 27 representa uno de los ejemplos más claros de la tensión existente entre disciplina y flexibilidad dentro del Derecho deportivo internacional. Su estudio permite comprender cómo la FIFA intenta compatibilizar la necesidad de preservar la integridad de las

[27] Casini, Lorenzo, «The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport», *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011, pp. 1317 ss.

[28] Foster, Ken, «Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence», en Siekmann y Soek (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 123 ss.

competiciones con la conveniencia de disponer de mecanismos capaces de evitar respuestas sancionadoras excesivamente rígidas.

Precisamente por ello, resulta imprescindible examinar su aplicación práctica a través del análisis del caso que ha devuelto esta institución al centro del debate jurídico internacional: el caso Folarin Balogun.

5. Análisis comparado: el artículo 27 y las instituciones equivalentes

5.1. Derecho penal

La institución prevista en el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA presenta evidentes similitudes con la suspensión de la ejecución de la pena existente en numerosos ordenamientos penales contemporáneos. Aunque ambos mecanismos operan en ámbitos jurídicos diferentes y responden a finalidades específicas, comparten una estructura funcional prácticamente idéntica: la sanción se mantiene jurídicamente vigente, pero su ejecución queda condicionada al comportamiento futuro del infractor durante un determinado período de prueba.

La suspensión de la ejecución de la pena constituye una de las principales manifestaciones de la humanización del Derecho penal moderno. Frente a modelos tradicionales basados exclusivamente en la imposición y cumplimiento automático de castigos, los sistemas contemporáneos han incorporado mecanismos que permiten modular los efectos de la condena cuando concurren circunstancias que permiten prever una baja probabilidad de reincidencia. Esta lógica responde a la progresiva sustitución de concepciones puramente retributivas por modelos orientados hacia la prevención especial y la reinserción del infractor.

En el ordenamiento jurídico español, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se regula actualmente en los artículos 80 y siguientes del Código Penal[29]. La concesión de esta medida exige una valoración individualizada de factores como la peligrosidad criminal del condenado, sus circunstancias personales, sus antecedentes y la expectativa razonable de que no volverá a delinquir. La pena no desaparece, sino que permanece latente durante un plazo determinado, pudiendo ejecutarse posteriormente si el beneficiario incumple las condiciones impuestas.

La similitud conceptual con el artículo 27 del Código Disciplinario FIFA resulta evidente. En ambos casos existe una declaración previa de responsabilidad, una sanción válida, un período de prueba y una eventual reactivación automática de las consecuencias inicialmente suspendidas. También se aprecia una finalidad esencialmente preventiva, dirigida a incentivar el cumplimiento futuro de las normas mediante la amenaza de ejecución diferida.

No obstante, las diferencias resultan igualmente significativas. Mientras que la suspensión penal suele apoyarse en criterios legales relativamente precisos, el artículo 27 otorga a los órganos disciplinarios de la FIFA un margen de discrecionalidad considerablemente más amplio.

[29] Quintero Olivares, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, comentario a los arts. 80 y ss, 2023, pp. 214 y ss.

La regulación disciplinaria internacional carece de parámetros detallados sobre cuándo debe concederse la suspensión, lo que incrementa la importancia de la motivación de las decisiones y de la construcción de criterios interpretativos consistentes.

Asimismo, mientras la suspensión penal persigue prioritariamente favorecer la reinserción social del condenado, en el ámbito deportivo la finalidad principal parece estar vinculada a la prevención especial y a la adecuada gestión de la integridad competitiva. La FIFA no pretende reinsertar al infractor en la sociedad, sino incentivar el respeto futuro a las normas deportivas sin alterar innecesariamente el equilibrio de la competición[30].

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el artículo 27 representa una adaptación deportiva de una institución consolidada en el Derecho penal, aunque desprovista de muchas de las garantías normativas y jurisprudenciales que tradicionalmente acompañan a la suspensión de la ejecución de las penas en los sistemas estatales.

En cuanto al indulto y la amnistía, su finalidad —excepcionar la aplicación automática de una consecuencia jurídica— se aproxima funcionalmente al art. 27, aunque el título competencial y el control sean distintos. El art. 27 no es clemencia del soberano: es facultad del órgano disciplinario, con período de prueba y reactivación. Esa proximidad funcional refuerza la exigencia de motivación reforzada e igualdad de trato cuando se suspende, por ejemplo, una expulsión en fase eliminatoria.

5.2. Derecho administrativo sancionador

Aunque el Derecho administrativo sancionador, y especialmente el español, se caracteriza por la inmediata ejecutividad de las sanciones una vez alcanzan firmeza en vía administrativa, el ordenamiento prevé diversos mecanismos que permiten modular o diferir temporalmente sus efectos. Ello demuestra que la idea subyacente al artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA no resulta completamente ajena a las categorías tradicionales del derecho sancionador público.

El punto de partida se encuentra en el artículo 98.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), según el cual los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos salvo que concurra alguna de las circunstancias legalmente previstas[31]. La ejecutividad constituye, por tanto, la regla general. Sin embargo, dicha regla admite excepciones que permiten suspender o diferir temporalmente la eficacia de determinadas decisiones sancionadoras.

Especialmente relevante resulta el artículo 117 de la LPAC, que regula la suspensión de la ejecución del acto impugnado durante la tramitación de recursos administrativos. Aunque esta suspensión responde a una finalidad cautelar, totalmente distinta de la prevista en el artículo 27 FIFA, ambas instituciones comparten un elemento común: la decisión sancionadora mantiene su existencia jurídica, pero sus efectos prácticos quedan temporalmente paralizados.

[30] Alzina Lozano, Álvaro, «El equilibrio entre la sanción administrativa y el delito de odio en los casos relacionados con el deporte», *Diario La Ley,* 2022.

[31] Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2022, pp. 85-120.

De mayor interés comparativo son determinados mecanismos presentes en sectores regulatorios específicos. Así ocurre, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia, donde el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, permite la terminación convencional de determinados procedimientos sancionadores mediante la asunción de compromisos por parte del infractor[32].

Aunque la figura no supone técnicamente una suspensión de la sanción, responde a una lógica similar: incentivar el cumplimiento futuro de las normas mediante instrumentos alternativos a la aplicación inmediata de todas las consecuencias sancionadoras disponibles.

También pueden encontrarse paralelismos en el ámbito de la protección de datos. El artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) y el artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2018 permiten a las autoridades de control adoptar medidas correctivas distintas de la imposición directa de multas económicas, incluyendo apercibimientos y requerimientos de conformidad. Nuevamente, se aprecia una tendencia moderna del Derecho sancionador hacia la utilización de mecanismos preventivos y correctivos, en lugar de respuestas exclusivamente represivas.

Desde un punto de vista dogmático, la comparación más relevante radica en la progresiva consolidación del principio de proporcionalidad como criterio rector de la actividad sancionadora administrativa. El artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece expresamente que en la determinación normativa del régimen sancionador debe observarse la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer.

Esta exigencia de proporcionalidad ofrece un fundamento teórico especialmente útil para comprender la razón de ser del artículo 27 FIFA: permitir que la autoridad disciplinaria adapte la respuesta sancionadora a las circunstancias concretas del caso cuando la ejecución inmediata pudiera resultar excesivamente gravosa o poco adecuada para alcanzar los fines perseguidos por el sistema.

No obstante, existe una diferencia esencial entre ambos modelos. Mientras que las autoridades administrativas actúan dentro de un marco normativo fuertemente reglado y plenamente sometido al control jurisdiccional, el artículo 27 confiere a los órganos judiciales de la FIFA un margen de apreciación considerablemente más amplio. Precisamente por ello, la exigencia de motivación y la necesidad de criterios interpretativos uniformes adquieren una importancia aún mayor en el contexto deportivo internacional.

5.3. Derecho disciplinario deportivo

Las instituciones comparables al artículo 27 no solo pueden encontrarse en el ámbito penal o administrativo, sino también dentro del propio Derecho disciplinario deportivo. De hecho, la suspensión condicional de sanciones constituye una figura relativamente habitual en numerosas federaciones deportivas internacionales y nacionales, lo que demuestra que la solución adoptada por la FIFA responde a una tendencia más amplia de flexibilización del régimen disciplinario deportivo.

[32] Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 340-389.

En el ámbito europeo, uno de los ejemplos más significativos se encuentra en el Reglamento Disciplinario de la UEFA[33]. El artículo 26 de las *UEFA Disciplinary Regulations* regula expresamente las suspended sanctions, permitiendo que determinadas sanciones disciplinarias queden suspendidas durante un período de prueba.

Resulta especialmente frecuente la utilización de esta técnica respecto de sanciones impuestas a clubes por el comportamiento de sus aficionados, donde los órganos disciplinarios de la UEFA acuerdan cierres parciales o totales de estadios cuya ejecución queda condicionada a la ausencia de nuevas infracciones durante un plazo determinado. En caso de reincidencia, la sanción suspendida se ejecuta automáticamente junto con las nuevas medidas disciplinarias.

La estructura jurídica de dicha institución es extraordinariamente similar a la prevista en el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA. En ambos casos existe una declaración previa de responsabilidad, una sanción válida, una suspensión temporal de su ejecución y un mecanismo de reactivación vinculado al incumplimiento de determinadas condiciones. La principal diferencia radica en la relevancia competitiva del contexto en que la FIFA ha utilizado recientemente esta facultad, permitiendo la participación de un futbolista en una fase decisiva de una Copa Mundial.

En el ámbito español, la legislación deportiva vigente no contempla expresamente una institución equivalente a la regulada por el artículo 27 FIFA. No obstante, el artículo 104 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, establece que el ejercicio de la potestad disciplinaria deberá respetar, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, responsabilidad y seguridad jurídica[34]. En la misma línea, el régimen disciplinario del fútbol español ha sido objeto de monografías que sistematizan infracciones, sanciones y garantías federativas[35].

Más cercanos al problema de la ejecución son los arts. 102 y 103 de la Ley 39/2022 del Deporte, relativos a las medidas cautelares y a la ejecutoriedad de las sanciones deportivas. Su comparación con el art. 27 FIFA permite observar: quién acuerda la medida; en qué momento procedimental; qué bienes se protegen (competición, integridad, derechos del expedientado); y qué recursos caben. A diferencia del art. 27 (suspensión condicional con período de prueba), los arts. 102-103 se sitúan en la lógica clásica cautelar/ejecutiva del disciplinario estatal-federativo español.

Estos principios actúan como límites materiales a la actividad sancionadora de las federaciones deportivas españolas y ofrecen parámetros interpretativos útiles para analizar la legitimidad de mecanismos de flexibilización como la suspensión condicional de sanciones.

Asimismo, diversos reglamentos disciplinarios federativos españoles permiten una cierta modulación en la ejecución de las sanciones mediante la apreciación de circunstancias atenuantes, la graduación de las consecuencias disciplinarias o la adopción de medidas alternativas orientadas a la corrección de conductas.

[33] UEFA, *UEFA Disciplinary Regulations*, edición vigente, 2026.

[34] Palomar Olmeda, Alberto, *Comentarios a la Ley 39/2022, del Deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 263-370.

[35] Rodríguez Ten, Javier, *Derecho disciplinario del fútbol español. Infracciones y sanciones en el fútbol español a la luz de la normativa federativa estatal y de la legislación deportiva general*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 13 y ss.

Aunque dichas técnicas no reproducen exactamente el modelo FIFA, responden a la misma lógica subyacente: evitar que la aplicación automática de una determinada sanción produzca resultados incompatibles con los principios de proporcionalidad y justicia material.

La existencia de instituciones semejantes también puede observarse en otros organismos deportivos internacionales. World Athletics, por ejemplo, contempla mecanismos que permiten modular determinadas sanciones disciplinarias en función del grado de colaboración del infractor, la existencia de circunstancias excepcionales o la concurrencia de factores atenuantes[36].

Igualmente, diversos reglamentos disciplinarios de World Rugby[37] incorporan sistemas de reducción o suspensión parcial de sanciones cuando concurren circunstancias que justifican un tratamiento individualizado del caso.

Desde una perspectiva comparada, todas estas instituciones reflejan una evolución común del Derecho disciplinario deportivo moderno. Frente a los modelos históricos caracterizados por el automatismo sancionador, las organizaciones deportivas han ido incorporando gradualmente mecanismos orientados a individualizar la respuesta disciplinaria, aproximándose así a categorías tradicionalmente desarrolladas en el Derecho penal y administrativo sancionador. La proporcionalidad ha dejado de ser un mero criterio abstracto para convertirse en un auténtico principio rector de la actividad disciplinaria deportiva.

Precisamente en este contexto adquiere especial relevancia la jurisprudencia del TAS. El artículo R58 del Código de Arbitraje en Materia Deportiva establece que los paneles arbitrales resolverán las controversias de conformidad con las normas aplicables de la federación correspondiente y, subsidiariamente, con las reglas de derecho que consideren pertinentes. Esta disposición ha permitido al Tribunal desarrollar progresivamente un conjunto de principios generales de alcance transnacional que constituyen el núcleo de la *Lex Sportiva*.

Entre dichos principios ocupa una posición central el principio de proporcionalidad. Numerosos laudos arbitrales han reconocido que incluso cuando una sanción se encuentra formalmente prevista por la normativa aplicable, su imposición debe mantener una relación razonable con la gravedad objetiva de la conducta sancionada y con los objetivos legítimos perseguidos por la organización deportiva[38]. El TAS ha reiterado en múltiples ocasiones que las sanciones manifiestamente excesivas pueden resultar incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento deportivo internacional.

Desde esta perspectiva, la verdadera relevancia jurídica del artículo 27 no reside únicamente en la posibilidad de suspender una sanción, sino en su potencial función como instrumento de proporcionalidad.

[36] La norma 10 de las normas antidoping de Worlds Athletics tiene una previsión similar.

[37] Concretamente, la Regla 17 de las normas de World Rugby.

[38] Duval, Antoine, «The Court of Arbitration for Sport and EU Law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, 2018, pp. 224 ss.

Dicho de otro modo, la institución podría interpretarse como una herramienta destinada a evitar que la aplicación automática de determinadas sanciones produzca resultados incompatibles con los principios generales de la *Lex Sportiva*. Bajo esta óptica, la suspensión de la ejecución de una sanción no constituiría una excepción al sistema disciplinario, sino una manifestación de los principios que inspiran dicho sistema.

Sin embargo, esta interpretación plantea una cuestión particularmente relevante: si el artículo 27 debe entenderse como una herramienta de individualización sancionadora basada en el principio de proporcionalidad, resulta imprescindible que los órganos disciplinarios de la FIFA desarrollen criterios objetivos y transparentes sobre las circunstancias que justifican su utilización.

De lo contrario, la amplitud de la discrecionalidad reconocida por la norma podría entrar en tensión con otros principios igualmente protegidos por la Lex Sportiva, especialmente la igualdad de trato y la seguridad jurídica. Estas tensiones entre autonomía federativa, proporcionalidad y control externo se proyectan también en el Derecho de la UE. La STJUE, asunto C-333/21, *European Superleague Company*, de 21 de diciembre de 2023, ha recordado que las reglas de federaciones con posición dominante deben respetar límites de proporcionalidad y no discriminar de forma injustificada el acceso a la competición. Sin ser un laudo disciplinario, el fallo refuerza que la discrecionalidad organizativa —incluida la disciplinaria— no es un espacio inmune al control de principios.

Por tanto, el estudio comparado permite concluir que el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA no constituye una institución aislada ni excepcional. Se integra dentro de una tendencia general del Derecho sancionador contemporáneo, tanto estatal como deportivo, orientada hacia la individualización de las consecuencias disciplinarias.

La cuestión verdaderamente relevante no es la legitimidad abstracta de la figura, ampliamente respaldada por el Derecho comparado, sino los criterios concretos que deben regir su aplicación para garantizar su compatibilidad con los principios generales de la Lex Sportiva. Esa cuestión resulta especialmente visible en el caso Balogun y constituye el punto de partida necesario para la valoración crítica que se desarrollará en el apartado siguiente.

6. El Caso Folarin Balogun

La escasa atención doctrinal que tradicionalmente había recibido el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA cambió radicalmente durante la Copa Mundial de la FIFA de 2026[39]. Por primera vez en muchos años, la institución adquirió una visibilidad internacional extraordinaria como consecuencia de su aplicación a un futbolista que debía afrontar una suspensión automática derivada de una expulsión producida en plena fase eliminatoria de la competición.

La decisión convirtió una disposición prácticamente desconocida para el gran público en objeto de debate entre medios de comunicación, juristas deportivos y especialistas en gobernanza del deporte internacional.

[39] Mavromati, Despina, *FIFA Dispute Resolution and Arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2022, pp. 301 ss.

Los hechos que dieron origen a la controversia fueron relativamente simples. Folarin Balogun, delantero de la selección de los Estados Unidos, fue expulsado durante un encuentro de la fase eliminatoria del torneo frente a Bosnia y Herzegovina, que terminó con victoria del equipo norteamericano por 2 a 0.

Como consecuencia de dicha expulsión, debía aplicarse la suspensión automática prevista por la normativa disciplinaria de la FIFA para el siguiente partido oficial de la competición. De acuerdo con las reglas habituales del fútbol internacional, una tarjeta roja implica normalmente la imposibilidad de participar en el encuentro inmediatamente posterior, garantizando así una respuesta rápida y uniforme frente a determinadas infracciones cometidas durante el juego.

Sin embargo, antes de la disputa del siguiente encuentro, la Comisión Disciplinaria de la FIFA decidió acudir a una herramienta excepcional prevista en el artículo 27 del Código Disciplinario. Con fundamento en dicha norma, acordó suspender la ejecución de la sanción disciplinaria impuesta al jugador, permitiéndole participar en el partido de octavos de final que enfrentaba a Estados Unidos con Bélgica.

La suspensión fue acordada por un período probatorio de un año, durante el cual cualquier infracción similar podría provocar la reactivación automática de la sanción inicialmente suspendida.

Una cuestión relevante, y evidente, es que la suspensión no solo beneficia al sancionado, dado que puede perjudicar de inmediato a la selección o club rival. El equipo afectado dispuso, en primer término, de los cauces internos de FIFA y, en su caso, del recurso ante el TAS, para cuestionar la legalidad, la motivación y el impacto de la medida sobre la igualdad competitiva.

Más residual, y jurídicamente más abierto, sería un ulterior recorrido ante la jurisdicción ordinaria si se alegara un ejercicio desviado de la potestad estatutaria (lógica próxima a la desviación de poder, aun en el ámbito privado). En el entorno mediático del caso se aludió, además, a presiones políticas de alto nivel, incluida la figura de Donald Trump respecto de la presidencia de FIFA, sin que conste en la resolución pública un razonamiento que despeje esa sospecha; precisamente por ello, la opacidad motivacional alimenta tanto el debate sobre terceros afectados como la exigencia de un control efectivo de la decisión.

Desde una perspectiva jurídica, la decisión resulta especialmente interesante porque pone de manifiesto la diferencia existente entre la imposición de una sanción y su ejecución efectiva. La FIFA no anuló la expulsión ni cuestionó la existencia de la infracción cometida por el jugador.

Tampoco modificó formalmente la sanción impuesta. La responsabilidad disciplinaria permaneció intacta y la consecuencia jurídica seguía siendo plenamente válida. Lo único que se alteró fue el momento de su ejecución, que quedó condicionada al comportamiento futuro del futbolista durante el período de prueba establecido por la propia FIFA.

Precisamente esta circunstancia permite comprender la verdadera función del artículo 27 dentro del sistema disciplinario internacional. La disposición no pretende suprimir sanciones ni corregir errores arbitrales, sino proporcionar a los órganos disciplinarios una herramienta de modulación de la ejecución que les permita adaptar las consecuencias de una infracción a las circunstancias específicas del caso.

Se trata, por tanto, de un mecanismo de flexibilización sancionadora que introduce elementos de prevención especial dentro de un sistema caracterizado históricamente por el predominio de sanciones automáticas y de aplicación inmediata.

No obstante, la utilización de esta facultad en el caso Balogun suscitó importantes interrogantes. La principal cuestión jurídica no era si el artículo 27 habilitaba formalmente a la FIFA para suspender la ejecución de la sanción, extremo que parece indiscutible a la vista del tenor literal de la norma, sino cuáles habían sido los criterios empleados para justificar dicha decisión y si esos criterios resultaban compatibles con los principios de igualdad de trato, proporcionalidad y seguridad jurídica que inspiran el conjunto del sistema disciplinario deportivo.

La información pública disponible[40] indicaba que la FIFA había aplicado una facultad expresamente reconocida en su normativa interna, pero no ofrecía un desarrollo exhaustivo de las razones materiales que justificaban su utilización en este supuesto concreto. Parecía ir en línea con lo señalado en el capítulo anterior, y con la jurisprudencia arbitral desarrollada por el TAS que ha destacado la importancia del principio de proporcionalidad como límite al ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva[41].

Bajo esta óptica, la suspensión de la ejecución de una sanción podría entenderse como una manifestación de dicho principio, permitiendo evitar resultados excesivamente rígidos derivados de la aplicación automática de determinadas consecuencias disciplinarias. Sin embargo, esa misma interpretación exige que la utilización del artículo 27 se encuentre guiada por parámetros objetivos y suficientemente previsibles, de modo que los destinatarios de las normas puedan anticipar razonablemente las circunstancias en las que una medida excepcional de esta naturaleza puede ser concedida.

El caso Balogun constituye, por tanto, el ejemplo más visible hasta la fecha del potencial alcance práctico del artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA. La decisión adoptada demuestra que la institución posee una enorme capacidad para influir en el desarrollo de competiciones de máxima relevancia internacional y confirma que su aplicación puede generar consecuencias deportivas inmediatas de gran trascendencia.

Dogmáticamente, la decisión admite al menos dos lecturas: (a) cautelar/ejecutiva (evitar un perjuicio competitivo irreparable sin borrar la sanción); (b) de proporcionalidad/individualización en sentido amplio. La opacidad motivacional dificulta saber cuál prevaleció.

Queda abierta la posición de terceros afectados (selección rival, competición): qué recursos federativos/TAS cabrían y, en hipótesis límite, qué recorrido ante la jurisdicción ordinaria frente a un eventual ejercicio desviado de la potestad. Convendría, *de lege ferenda*, que FIFA publicara unas guías o interpretaciones sobre el art. 27, como precisamente ya hace la propia institución respecto a otros preceptos, o cuerpos normativos, como ocurre con el Reglamento y Estatuto sobre la Transferencia de Jugadores.

[40] Reuters, «FIFA suspends sanction of Folarin Balogun under Article 27 FIFA Disciplinary Code», julio de 2026.

[41] Mavromati, Despina, «The Principle of Proportionality before CAS», *CAS Bulletin*, 2025.

Al mismo tiempo, revela la necesidad de reflexionar sobre los límites de la discrecionalidad disciplinaria y sobre la conveniencia de desarrollar criterios interpretativos más precisos que permitan reforzar la transparencia, la coherencia y la previsibilidad del sistema sancionador internacional. En definitiva, lejos de constituir una mera anécdota deportiva, el caso Balogun ofrece una oportunidad excepcional para analizar las tensiones existentes entre disciplina, proporcionalidad y flexibilidad dentro del ordenamiento jurídico global del fútbol.

7. El artículo 27 como manifestación de la Lex Sportiva

El análisis del artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA, como decíamos anteriormente, trasciende la mera interpretación de una disposición reglamentaria concreta. En realidad, la institución constituye un ejemplo especialmente ilustrativo de la evolución experimentada por la *Lex Sportiva* durante las últimas décadas y de la progresiva sofisticación del ordenamiento jurídico deportivo internacional[42].

Lejos de limitarse a reproducir soluciones propias del derecho estatal, la regulación deportiva transnacional ha ido desarrollando mecanismos autónomos destinados a responder a las particularidades del fenómeno deportivo, generando un sistema normativo cada vez más complejo y dotado de principios propios.

La recientísima utilización del artículo 27 en el caso Balogun ha puesto de manifiesto precisamente esta capacidad del Derecho deportivo internacional para elaborar soluciones jurídicas específicas a problemas que difícilmente encuentran respuesta satisfactoria en otros ámbitos del ordenamiento.

La existencia misma de una facultad que permite suspender la ejecución de una sanción válidamente impuesta evidencia una concepción del Derecho disciplinario deportivo que trasciende la lógica puramente automática o mecanicista de la sanción.

Históricamente, las federaciones deportivas internacionales construyeron sus sistemas disciplinarios sobre la base de reglas rígidas y consecuencias predeterminadas, buscando garantizar la uniformidad y la rapidez de las decisiones.

Sin embargo, la creciente influencia de los principios generales del derecho, de la jurisprudencia arbitral y de las exigencias derivadas de la buena gobernanza deportiva ha impulsado una evolución hacia modelos más flexibles, en los que la individualización de la respuesta disciplinaria ocupa un lugar cada vez más relevante.

En este contexto, el artículo 27 puede interpretarse como una manifestación concreta de uno de los principios nucleares de la *Lex Sportiva* contemporánea: la proporcionalidad. Como ha reconocido reiteradamente el TAS, la legitimidad de una sanción no depende únicamente de que se encuentre formalmente prevista por la normativa aplicable, sino también de que exista una relación razonable entre la gravedad de la conducta y las consecuencias jurídicas derivadas de la misma[43].

[42] Latty, Franck, La Lex Sportiva. Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 1-40.

[43] Mitten, Matthew J., «Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 10, 2010, pp. 1- 24.

La proporcionalidad opera así como un principio estructural del ordenamiento deportivo transnacional, destinado a evitar respuestas excesivamente rígidas o injustificadamente gravosas. La posibilidad de suspender la ejecución de una sanción constituye, precisamente, una herramienta que permite materializar dicho principio cuando la aplicación inmediata de la consecuencia disciplinaria pudiera resultar desproporcionada atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Además, la figura objeto de estudio refleja otra de las características esenciales de la *Lex Sportiva*: su creciente autonomía respecto de las categorías tradicionales del derecho estatal. Aunque el artículo 27 presenta evidentes semejanzas con instituciones existentes en el Derecho penal o en el Derecho administrativo sancionador, su configuración concreta responde a necesidades específicamente deportivas.

La finalidad perseguida no es la reinserción social del infractor ni la protección directa del interés público, sino la preservación de la integridad competitiva mediante mecanismos que permitan equilibrar disciplina, prevención y proporcionalidad. Nos encontramos, por tanto, ante una institución genuinamente deportiva, cuyo fundamento último debe buscarse en los principios y objetivos propios del ordenamiento futbolístico internacional.

Esta autonomía no implica, sin embargo, aislamiento. Una de las notas distintivas de la *Lex Sportiva* moderna consiste en su capacidad para incorporar principios procedentes de distintos sectores jurídicos y adaptarlos a las particularidades del deporte. El artículo 27 constituye una buena muestra de este fenómeno.

La estructura de la institución recuerda a las suspensiones condicionales propias del Derecho penal; su lógica preventiva encuentra paralelismos en determinados sectores del Derecho administrativo sancionador; y su aplicación práctica se aproxima a mecanismos utilizados por otras organizaciones deportivas internacionales. La singularidad de la norma reside en la forma en que todos estos elementos confluyen dentro de un marco jurídico transnacional orientado específicamente a la regulación de las competiciones deportivas.

La centralidad del TAS en el desarrollo de la Lex Sportiva permite comprender mejor esta dinámica. El artículo R58 del Código de Arbitraje en Materia Deportiva ha favorecido la construcción progresiva de un conjunto de principios generales aplicables a las distintas disciplinas deportivas, configurando un verdadero derecho transnacional del deporte[44].

En este contexto, instituciones como la prevista en el artículo 27 no deben analizarse únicamente desde una perspectiva reglamentaria, sino también como instrumentos sujetos a los principios generales desarrollados por la jurisprudencia arbitral internacional. La proporcionalidad, la igualdad de trato, la buena fe, la seguridad jurídica o la protección de los derechos procedimentales constituyen parámetros interpretativos que necesariamente condicionan la aplicación de la norma y delimitan el alcance de la discrecionalidad reconocida a los órganos disciplinarios de la FIFA.

[44] Casini, Lorenzo, «The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport», *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011, pp. 1317 ss.

Aun con todo, la verdadera importancia del asunto radica en que ha obligado a la comunidad jurídica deportiva a reflexionar sobre el papel que deben desempeñar la discrecionalidad y la flexibilidad dentro del sistema disciplinario internacional.

El debate generado no gira en torno a una simple suspensión de partido, sino alrededor de cuestiones mucho más profundas relacionadas con la naturaleza misma de la *Lex Sportiva* y con la forma en que esta debe equilibrar valores potencialmente contrapuestos, como la uniformidad de las reglas, la proporcionalidad de las sanciones, la seguridad jurídica y la justicia material.

En última instancia, el artículo 27 puede entenderse como una muestra particularmente significativa de la madurez alcanzada por el ordenamiento jurídico deportivo internacional. La existencia de mecanismos de individualización sancionadora, sometidos al control de principios generales y susceptibles de revisión arbitral, refleja un grado de desarrollo normativo difícilmente imaginable décadas atrás[45].

La cuestión ya no es si el deporte internacional dispone de un derecho propio, sino cómo dicho derecho debe evolucionar para responder a los desafíos que plantea una industria globalizada, profesionalizada y sometida a crecientes exigencias de legitimidad institucional. Por ello, más allá de la controversia concreta suscitada por el caso Balogun, el artículo 27 representa una valiosa oportunidad para observar el funcionamiento práctico de la *Lex Sportiva* contemporánea.

A través de esta disposición puede apreciarse cómo los principios generales, la autonomía regulatoria de las federaciones internacionales y la función armonizadora del TAS interactúan para construir un sistema jurídico transnacional cada vez más sofisticado.

En este sentido, la suspensión de la ejecución de sanciones no constituye únicamente una herramienta disciplinaria, sino también una expresión de la capacidad de la *Lex Sportiva* para generar soluciones jurídicas propias y adaptadas a las necesidades específicas del deporte internacional.

8. Valoración crítica

El caso Balogun constituye probablemente la aplicación más relevante y visible del artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA desde la incorporación de esta institución al sistema disciplinario internacional.

Precisamente por ello, ofrece una oportunidad excepcional para valorar no solo la corrección formal de la decisión adoptada por la FIFA, sino también la adecuación del propio diseño normativo de la figura y su compatibilidad con los principios que inspiran el Derecho disciplinario deportivo contemporáneo.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, resulta difícil cuestionar la legalidad formal de la actuación de la FIFA. El artículo 27 reconoce expresamente a los órganos judiciales de la organización la facultad de suspender total o parcialmente la ejecución de determinadas

[45] Parrish, Richard, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2003, pp. 1-25.

sanciones disciplinarias y la decisión adoptada en el caso Balogun se encuadra, al menos formalmente, dentro de dicha habilitación normativa.

La sanción no fue anulada ni modificada, sino simplemente suspendida durante un período probatorio de un año, manteniéndose intacta la declaración de responsabilidad del jugador. En consecuencia, no puede afirmarse que la FIFA actuara fuera de las competencias que le atribuye su propio ordenamiento disciplinario.

Sin embargo, la verdadera cuestión jurídica no reside en la existencia de una habilitación formal, sino en la forma en que dicha facultad es ejercida. Como se ha expuesto anteriormente, una de las principales singularidades del artículo 27 radica en la ausencia de criterios normativos que orienten la decisión de suspender o no la ejecución de una sanción.

El Código Disciplinario permite la utilización de esta herramienta, pero no especifica las circunstancias que deben concurrir para justificar su aplicación, ni establece parámetros objetivos que permitan distinguir los supuestos ordinarios de aquellos que merecen un tratamiento excepcional.

Esta indeterminación normativa plantea dificultades desde la perspectiva de la seguridad jurídica[46]. Uno de los principios esenciales de cualquier sistema disciplinario consiste en que los destinatarios de las normas puedan prever razonablemente las consecuencias jurídicas derivadas de sus actos.

No se trata únicamente de conocer qué conductas son sancionables, sino también de comprender las condiciones bajo las cuales dichas sanciones pueden ser atenuadas, suspendidas o moduladas. Cuando una institución concede un amplio margen de apreciación sin proporcionar criterios suficientemente definidos para su ejercicio, el riesgo de imprevisibilidad se incrementa de forma considerable.

A ello se añade una segunda cuestión relacionada con la igualdad de trato. La legitimidad de los sistemas disciplinarios depende en gran medida de la confianza de los participantes en que situaciones equivalentes recibirán respuestas semejantes[47]. Adicionalmente, la acción que conllevó la expulsión de Balogun, no dejaba de ser un lance del juego, que en situaciones parecidas no conlleva expulsión[48], o solo tarjeta amarilla. Si Balogun reincidiese accidentalmente en el periodo de un año, ya fuese con su selección o con su club, ¿se le castigaría con más severidad?

La existencia de facultades discrecionales no es incompatible con este principio, pero exige que las autoridades disciplinarias desarrollen una práctica coherente y suficientemente transparente. De lo contrario, surge inevitablemente la percepción de que determinadas decisiones pueden depender más de las circunstancias particulares del caso o de la relevancia del infractor que de criterios jurídicos objetivamente verificables.

[46] Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969, pp. 33-94.

[47] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 111-157.

[48] Nos referimos, sin animo de exhaustividad, a la acción de Lionel Messi con Aissa Mandi en el Argentina – Argelia de la misma Copa del Mundo, 15 días antes.

Precisamente en este punto el caso Balogun presenta especial interés. La decisión fue adoptada en el contexto de la competición más importante organizada por la FIFA y afectaba a un jugador llamado a desempeñar un papel relevante en una eliminatoria decisiva para uno de los países anfitriones de la Copa del Mundo.

Aunque estas circunstancias no invalidan jurídicamente la utilización del artículo 27, sí refuerzan la necesidad de una motivación especialmente rigurosa. Cuanto mayor es la trascendencia deportiva de la decisión, mayor debe ser también el esfuerzo institucional destinado para justificar las razones que han conducido a la adopción de una medida excepcional. No ha sido así en este caso.

No obstante, reducir el análisis a una mera crítica de la discrecionalidad reconocida a la FIFA sería igualmente incorrecto. El Derecho disciplinario moderno ha evolucionado precisamente en la dirección contraria a los sistemas excesivamente rígidos.

La experiencia comparada demuestra que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador han incorporado progresivamente instrumentos orientados a individualizar las consecuencias jurídicas derivadas de una infracción[49].

La suspensión condicional de las penas, la terminación convencional de procedimientos administrativos o las sanciones suspendidas existentes en diversas organizaciones deportivas internacionales responden a una lógica común: la idea de que la justicia material requiere, en determinadas circunstancias, algo más que la aplicación automática de las reglas.

Desde esta perspectiva, el artículo 27 puede interpretarse como una manifestación de los principios de proporcionalidad que inspiran la moderna Lex Sportiva. La función de la disciplina deportiva no consiste exclusivamente en castigar conductas antirreglamentarias, sino también en proteger la integridad de la competición mediante respuestas adecuadas y razonables.

Una aplicación absolutamente mecánica de las sanciones podría conducir, en determinados supuestos, a consecuencias más perjudiciales para los fines del sistema que la utilización prudente de mecanismos de flexibilización como el previsto en el artículo 27.

En este sentido, la verdadera fortaleza de la institución no radica en su carácter excepcional, sino en su capacidad para introducir elementos de individualización dentro de un régimen disciplinario tradicionalmente dominado por el automatismo.

Desde una óptica estrictamente teórica, esta función resulta plenamente coherente con la evolución general del Derecho sancionador contemporáneo y con los principios desarrollados por la jurisprudencia arbitral internacional.

Ahora bien, precisamente porque el artículo 27 persigue objetivos legítimos, su utilización exige mecanismos adicionales de control y transparencia. La flexibilidad disciplinaria solo puede coexistir con la seguridad jurídica cuando los criterios de aplicación son suficientemente conocidos y previsibles.

[49] Cane, Peter, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 139-180.

La consolidación de una práctica decisional estable, la publicación de resoluciones motivadas y el progresivo desarrollo de estándares interpretativos por parte de la FIFA y del TAS contribuirían de forma decisiva a reforzar la legitimidad de la institución.

Por todo ello, la principal conclusión que se extrae del caso Balogun, no es que el artículo 27 constituya una anomalía dentro del sistema disciplinario internacional ni que su aplicación resulte necesariamente problemática. Más bien al contrario, el análisis comparado demuestra que figuras semejantes existen en múltiples sectores del ordenamiento y responden a necesidades jurídicas perfectamente reconocibles.

El verdadero desafío consiste en garantizar que dicha facultad extraordinaria sea ejercida de manera compatible con los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica que caracterizan a la *Lex Sportiva* contemporánea.

El caso Balogun pone de manifiesto tanto la utilidad práctica de la institución como las incertidumbres que todavía rodean su aplicación. Precisamente por ello, puede afirmarse que la decisión de la FIFA ha transformado una disposición tradicionalmente marginal del Código Disciplinario en un elemento central del debate sobre los límites y posibilidades de la discrecionalidad sancionadora en el deporte internacional.

9. Conclusiones

El estudio del artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA permite concluir que nos encontramos ante una de las instituciones más singulares y menos analizadas hasta el momento del Derecho disciplinario deportivo internacional. A pesar de haber permanecido durante años en un segundo plano dentro de la arquitectura normativa de la FIFA, su reciente aplicación en el caso Folarin Balogun ha puesto de manifiesto su extraordinaria relevancia práctica y su capacidad para influir directamente en el desarrollo de competiciones de máxima trascendencia deportiva.

En primer lugar, puede afirmarse que el artículo 27 constituye un mecanismo de suspensión de la ejecución de la sanción y no una forma de extinción o anulación de la responsabilidad disciplinaria. La sanción continúa existiendo jurídicamente, pero su efectividad queda condicionada al comportamiento futuro del infractor durante un período de prueba.

Esta configuración aproxima la figura a instituciones consolidadas en otros sectores del ordenamiento, especialmente a la suspensión de la ejecución de las penas en el ámbito penal y a determinados mecanismos de flexibilización presentes en el Derecho administrativo sancionador.

En segundo lugar, el análisis comparado realizado demuestra que la institución no constituye una anomalía dentro del panorama jurídico contemporáneo. Tanto en los sistemas estatales como en otras organizaciones deportivas internacionales existen mecanismos orientados a modular la ejecución de las sanciones cuando concurren circunstancias que justifican una respuesta individualizada.

La tendencia general observada en los últimos años apunta hacia una progresiva superación de los modelos sancionadores rígidos y automáticos en favor de soluciones que permitan ponderar las particularidades de cada caso.

En tercer lugar, la justificación del art. 27 es plural. En el plano estructural es una técnica de suspensión de la ejecución (ejecutividad, y en su caso tutela cautelar y presunción de inocencia). En el plano axiológico puede servir a la proporcionalidad y a la equidad competitiva, pero reducir la institución a "individualización proporcional" confunde el momento de imponer la sanción con el de gestionar su eficacia. La Lex Sportiva contemporánea exige mantener ambos planos analíticamente separados, aunque en la práctica decisional de FIFA puedan converger.

Desde esta perspectiva, la institución puede interpretarse como una manifestación concreta de los principios generales que inspiran la *Lex Sportiva* contemporánea y, en particular, de la exigencia de mantener una relación razonable entre la gravedad de la infracción y la intensidad de la respuesta sancionadora.

Sin embargo, la principal debilidad de la regulación vigente radica en la amplitud de la discrecionalidad reconocida a los órganos judiciales de la FIFA, y así ha sido en este caso. El artículo 27 habilita la suspensión de la ejecución de sanciones, pero no establece criterios materiales claros que permitan determinar cuándo procede acudir a esta medida excepcional.

Esta ausencia de parámetros objetivos genera inevitables tensiones con los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato, dificultando que los destinatarios de las normas puedan prever razonablemente las circunstancias en las que la institución será aplicada.

Asimismo, el caso Balogun pone de manifiesto la necesidad de reforzar la transparencia de las decisiones adoptadas al amparo del artículo 27. La legitimidad de cualquier facultad discrecional depende en gran medida de la calidad de la motivación que acompaña a su ejercicio.

Cuanto mayor es el margen de apreciación reconocido a la autoridad disciplinaria, mayor debe ser también la exigencia de justificación de las razones que conducen a la adopción de una determinada decisión. En el contexto del deporte internacional, donde las consecuencias competitivas pueden ser extraordinariamente relevantes, esta exigencia adquiere una importancia todavía mayor.

Por otra parte, el análisis desarrollado permite considerar que el Tribunal Arbitral del Deporte está llamado a desempeñar un papel fundamental en la futura evolución de esta institución.

A través de la aplicación del artículo R58 del Código de Arbitraje y del desarrollo progresivo de la *Lex Sportiva*, el TAS puede contribuir a la construcción de criterios interpretativos que permitan delimitar con mayor precisión el alcance del artículo 27 y garantizar una aplicación coherente con los principios generales del ordenamiento deportivo internacional.

Finalmente, el caso Balogun permite constatar que el debate suscitado por la suspensión de la ejecución de una sanción trasciende ampliamente las circunstancias concretas del futbolista afectado. En realidad, la controversia refleja una cuestión mucho más profunda: la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado entre disciplina y flexibilidad dentro de los sistemas sancionadores deportivos.

El deporte internacional exige reglas claras y uniformes, pero también mecanismos que permitan evitar respuestas manifiestamente desproporcionadas cuando concurren circunstancias excepcionales.

En definitiva, el artículo 27 del Código Disciplinario de la FIFA representa una manifestación paradigmática de la madurez alcanzada por la *Lex Sportiva*. Su existencia demuestra que el Derecho deportivo internacional ya no se limita a reproducir modelos sancionadores rígidos, sino que ha desarrollado instrumentos propios destinados a compatibilizar la integridad de las competiciones con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y justicia material. Quedan pendientes sin embargo una motivación y guidelines como hemos referenciado, y que sería especialmente coherente con el proceder de la FIFA con otros textos legales con diversas interpretaciones posibles.

No obstante, para que dicha institución alcance plenamente sus objetivos, resultará necesario avanzar hacia una mayor transparencia, previsibilidad y sistematización de los criterios que deben regir su aplicación futura. Sólo así será posible garantizar que la flexibilidad disciplinaria se convierta en un instrumento de justicia deportiva y no en una fuente de incertidumbre dentro del sistema jurídico global del fútbol.

10. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALZINA LOZANO, Álvaro, «El equilibrio entre la sanción administrativa y el delito de odio en los casos relacionados con el deporte», *Diario La Ley*, 2022.

BELOFF, Michael; KERR, Tim y DEMETRIOU, Marie, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 251 ss.

BLACKSHAW, Ian, *International Sports Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017.

BLACKSHAW, Ian, *International Sports Law: An Introductory Guide*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017, pp. 175 ss.

CANE, Peter, *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

CASINI, Lorenzo, «The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport», *German Law Journal*, vol. 12, núm. 5, 2011, pp. 1317 ss.

CASINI, Lorenzo, *Il diritto globale dello sport*, Giuffrè, Milán, 2010.

CHAPPELET, Jean-Loup y Kübler-Mabbott, Brenda, *The International Olympic Committee and the Olympic System*, Routledge, Londres, 2008.

CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2026.

DUVAL, Antoine, «The Court of Arbitration for Sport and EU Law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, 2018, pp. 224 ss.

FOSTER, Ken, «Is There a Global Sports Law?», *Entertainment and Sports Law Journal*, vol. 2, 2003, pp. 1 ss.

FOSTER, Ken, «Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence», en SIEKMANN, Robert C.R. y SOEK, Janwillem (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 123 ss.

GAMERO CASADO, Eduardo «Las sanciones deportivas: régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje» Revista de Administración Pública, nº 163, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2022.

GARDINER, Simon; O'LEARY, John; WELCH, Roger; BOYES, Simon y NAIDOO, Umesh, *Sports Law*, Routledge, Londres, 2022.

GEERAERT, Arnout, *Sports Governance Observer 2019*, Danish Institute for Sports Studies, Copenhague, 2019.

LATTY, Franck, *La Lex Sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.

MAVROMATI, Despina, «The Principle of Proportionality before CAS», *CAS Bulletin*, 2025.

MAVROMATI, Despina, *FIFA Dispute Resolution and Arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2022, pp. 301 ss.

MAVROMATI, Despina y REEB, Matthieu, *The Code of the Court of Arbitration for Sport. Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015.

MITTEN, Matthew J., «Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 10, 2010, pp. 1 ss.

MITTEN, Matthew J. y OPIE, Hayden, «Sports Law: Implications for the Development of International, Comparative and National Law and Global Dispute Resolution», en SIEKMANN, Robert C.R. y SOEK, Janwillem (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 85 ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NAFZIGER, James A.R., «Lex Sportiva», en Siekmann, Robert C.R. y Soek, Janwillem (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2012, pp. 13 ss.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán y GARCIA MORENO, Beatriz, *Ius Puniendi y Global Law*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Comentarios a la Ley 39/2022, del Deporte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

PARRISH, Richard, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2003.

PARRISH, Richard y MIETTINEN, Samuli, *The Sporting Exception in European Union Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

RODRÍGUEZ TEN, Javier, *Derecho disciplinario del fútbol español. Infracciones y sanciones en el fútbol español a la luz de la normativa federativa estatal y de la legislación deportiva general*, Bosch, Barcelona, 2007.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2022.

SERBY, Tom, *Sports Law*, Routledge, Londres, 2016, pp. 189 ss.

VIEWEG, Klaus y SIEKMANN, Robert C.R. (eds.), *FIFA and Football: The Governance of World Football*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2017, pp. 135 ss.

WEATHERILL, Stephen, *Principles and Practice in EU Sports Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

InDret
4.2026

Acción pauliana y responsabilidad tributaria de los menores

Aproximación crítica a la tutela del crédito público

Santos Manuel Cavero López
Universidad Complutense de Madrid /
Hugo Sánchez-Alcalde y Cebrián
Uría Menéndez Abogados, S.L.P.

Sumario

El trabajo analiza las limitaciones de la derivación de responsabilidad tributaria cuando intervienen menores de edad, poniendo de manifiesto la imposibilidad de imputarles elementos subjetivos de culpabilidad conforme a la doctrina del Tribunal Supremo. A partir de un enfoque dogmático y jurisprudencial, se examina la acción pauliana como instrumento alternativo para la protección del crédito tributario frente a transmisiones patrimoniales fraudulentas. El estudio concluye que la acción revocatoria, al basarse en presupuestos objetivos y no depender de la capacidad del adquirente, constituye una vía eficaz y compatible con el ordenamiento para combatir la elusión patrimonial en estos supuestos.

Abstract

This paper analyses the limitations of tax liability attribution when minors are involved, highlighting the impossibility of imputing subjective elements of fault under Spanish Supreme Court doctrine. Through a doctrinal and case-law approach, it examines the actio pauliana as an alternative mechanism to protect public claims against fraudulent asset transfers. The study concludes that this civil remedy, based on objective requirements and independent of the acquirer's legal capacity, provides an effective and legally sound solution to tackle patrimonial evasion involving minors.

Title: *Actio Pauliana in Tax Liability Attribution to Minors: An Alternative to Patrimonial Impunity*

Palabras clave: acción pauliana, responsabilidad tributaria, menores de edad, fraude de ley, AEAT, capacidad de obrar.
Keywords**:** *actio pauliana; tax liability; minors; fraudulent conveyance; tax administration; legal capacity.*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.15

InDret

4.2026

Recepción
27/08/2026
-
Aceptación
15/09/2026
-

Índice

-

1. Introducción
2. Aproximación a los caracteres de la responsabilidad tributaria derivada y de la acción pauliana en el ordenamiento español
3. Estatuto jurídico de los menores en sus relaciones con la AEAT
3.1. La imposibilidad de apreciar una conducta propia del menor
3.2. La ausencia de imputación subjetiva
3.3. La imposibilidad de apreciar *consilium fraudis*
3.4. La prohibición de hacer responder al patrimonio por sí mismo
3.5. La imposibilidad de trasladar al menor la voluntad fraudulenta de sus representantes
4. Recurso de la Administración tributaria al Derecho privado: aplicación de la acción pauliana en supuestos de fraude en materia tributaria
5. Valoración crítica: ¿alternativa real a la impunidad patrimonial de los menores?
5.1. La legitimación procesal de la Administración tributaria en el ejercicio de la acción pauliana y la prelación entre la acción revocatoria y los instrumentos específicos previstos en la LGT
5.2. Los límites derivados de la protección del interés superior del menor
5.3. Los problemas procesales y probatorios asociados al ejercicio de la acción pauliana por parte de la AEAT
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción

El fenómeno de la elusión patrimonial en el ámbito tributario constituye una de las principales preocupaciones de los sistemas fiscales contemporáneos, en la medida en que compromete la efectividad del principio de capacidad económica y erosiona la suficiencia financiera del sector público. En este contexto, la Administración tributaria ha venido desarrollando un conjunto cada vez más sofisticado de instrumentos jurídicos orientados a garantizar la efectividad del crédito tributario, entre los que ocupa un lugar destacado la figura de la derivación de responsabilidad prevista en los artículos 41 a 43 de la Ley General Tributaria[1]. Sin embargo, la práctica administrativa reciente ha puesto de manifiesto la existencia de determinados supuestos en los que dichos mecanismos resultan insuficientes, especialmente cuando las estrategias de ocultación patrimonial se articulan mediante la interposición de personas menores de edad como titulares formales de bienes y derechos.

La utilización de personas menores como instrumentos de planificación patrimonial fraudulenta no es un fenómeno nuevo, pero sí ha adquirido en los últimos años una relevancia creciente, favorecida por la consolidación de una doctrina jurisprudencial que limita significativamente la posibilidad de imputarles responsabilidad tributaria derivada. En efecto, la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo en relación con el artículo 42.2.a) de la Ley General Tributaria ha establecido de forma reiterada que la exigencia de elementos subjetivos como el dolo, la intencionalidad defraudatoria o el conocimiento del perjuicio al acreedor resulta incompatible con la capacidad de obrar limitada de las personas menores de edad. Esta circunstancia ha dado lugar a lo que puede calificarse como una situación de «impunidad patrimonial objetiva»[2], en la que determinados actos de disposición realizados por los deudores tributarios quedan sustraídos, en la práctica, de la acción recaudatoria de la Administración.

Esta problemática se sitúa en la intersección de dos grandes ámbitos del ordenamiento jurídico: por un lado, el Derecho tributario, con su lógica propia basada en la autotutela administrativa, la ejecutividad de los actos administrativos y la protección reforzada del crédito público; y por otro, el Derecho civil, que articula los principios generales de responsabilidad patrimonial y regula los mecanismos de protección de los acreedores frente a actos fraudulentos del deudor. La tensión entre ambos sectores normativos se hace especialmente visible en aquellos supuestos

[1] Si bien esta figura jurídica ha adquirido una gran notoriedad durante los últimos años, su origen se encuentra en la Ley General Tributaria franquista de 1963, en cuyos artículos 37 a 40 ya se preveía la derivación de responsabilidad a determinados sujetos. Aunque, al igual que en la actualidad, se establecía la subsidiariedad como regla general, llama la atención que la solidaridad se aplicaba de forma mucho más restringida y solo para actos de defraudación. Así se aprecia en la redacción del art. 38 de la derogada LGT: «*Responderán solidariamente de las obligaciones tributarias todas las personas que dolosamente sean causantes o de igual modo colaboren de manera directa y principal con el sujeto pasivo, en las infracciones tributarias calificadas de defraudación, aun cuando no le afectaren directamente las respectivas obligaciones*».

[2] PÉREZ ARIAS, La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Universidad de Almería, (21), 2019, pp. 25-43. DOI: http://dx.doi.org/10.25115/ridj.v0i21.2940. Téngase en cuenta que este autor se refiere a la impunidad patrimonial en referencia a la excusa absolutoria establecida por el art. 268 del Código Penal, para con ciertos delitos cometidos contra determinados familiares. Sin embargo y pese a tratarse de un concepto eminentemente penológico, entendemos que tiene cabida en el contexto del presente estudio, habida cuenta de que describe de manera concisa y con bastante precisión el resultado que tiene a efectos de derivación de la responsabilidad tributaria, el hecho de utilizar a menores de manera interpuesta.

en los que la Administración, pese a disponer de amplias prerrogativas, se ve impedida de actuar eficazmente debido a las limitaciones estructurales de los instrumentos de Derecho público.

En este escenario, cobra especial relevancia la acción pauliana o revocatoria, regulada en el artículo 1111 del Código Civil, como mecanismo de reacción frente a actos de disposición realizados en fraude de acreedores. Tradicionalmente concebida como una institución propia del Derecho privado, su eventual utilización por parte de la Administración tributaria plantea cuestiones de notable interés dogmático y práctico, en particular en lo que respecta a su compatibilidad con la naturaleza pública del crédito tributario y a su idoneidad para suplir las carencias del régimen de responsabilidad derivada. La progresiva apertura de la Administración a este tipo de instrumentos, reflejada tanto en la práctica reciente como en las líneas estratégicas de actuación, pone de manifiesto una tendencia hacia la integración funcional de los distintos sectores del ordenamiento jurídico en la lucha contra el fraude.

El presente trabajo se inserta en este contexto y tiene por objeto analizar la viabilidad de la acción pauliana como alternativa a la derivación de responsabilidad tributaria en supuestos en los que intervienen personas menores de edad. La hipótesis de partida es que la acción revocatoria, al fundamentarse en presupuestos de carácter objetivo y no depender de la capacidad de obrar del adquirente, permite superar las limitaciones derivadas de la inimputabilidad de los menores, ofreciendo una vía eficaz para la protección del crédito tributario sin vulnerar los principios que rigen su estatuto jurídico. Esta hipótesis se apoya en la constatación de que los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción pauliana (existencia de un crédito previo, realización de un acto dispositivo perjudicial, intención defraudatoria del deudor y carácter subsidiario de la acción) no requieren, en términos estrictos, la concurrencia de elementos subjetivos en la persona del adquirente[3].

Desde el punto de vista metodológico, la investigación se articula mediante un enfoque dogmático-jurídico, basado en el análisis sistemático de las normas aplicables y de la jurisprudencia relevante. En particular, se examinan los preceptos de la Ley General Tributaria relativos a la derivación de responsabilidad, así como la regulación civil de la acción pauliana y las principales construcciones doctrinales en torno a la misma. Este análisis se complementa con el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en el ámbito tributario como en el civil, así como de las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de garantías sancionadoras. Asimismo, se adopta una perspectiva funcional, orientada a valorar la eficacia práctica de los distintos instrumentos jurídicos en la consecución de los objetivos recaudatorios de la Administración.

El artículo presenta, además, una dimensión crítica, en la medida en que no se limita a describir el estado actual del ordenamiento, sino que pretende evaluar la adecuación de los mecanismos existentes a la realidad de las prácticas de fraude contemporáneas. En este sentido, se analizan no solo las ventajas de la acción pauliana como instrumento antifraude, sino también sus

[3] Cfr. GUTIÉRREZ PÉREZ, La acción pauliana vs. el delito de alzamiento de bienes: ¿Una cuestión de «indignación» del acreedor? *InDret*. Universitat Pompeu Fabra, (1), 2024, pp. 175-209. Resulta muy interesante que, para esta autora, la acción de rescisión puede ejercerse legítimamente incluso de forma preventiva, lo cual implica que no resulta preciso constatar de manera previa el grado de implicación, así como de dolo y/o culpabilidad de la persona contra la que se dirige la misma. Ello evidencia que, como afirmamos, no se requiere de cualidades subjetivas específicas en el adquirente para entablar la acción satisfactoriamente.

limitaciones, tanto desde el punto de vista procesal como en relación con la protección de otros intereses jurídicos dignos de tutela, como el interés superior de la persona menor de edad. Esta aproximación permite ofrecer una visión equilibrada de la cuestión, evitando tanto el formalismo excesivo como el pragmatismo acrítico.

La estructura del trabajo responde a esta lógica analítica. Tras esta introducción, en el segundo apartado se examinan los caracteres fundamentales de la responsabilidad tributaria derivada y de la acción pauliana en el ordenamiento español, con el fin de delimitar el marco conceptual de la investigación. En el tercer apartado se aborda el estatuto jurídico de las personas menores en sus relaciones con la Administración tributaria, poniendo de relieve las limitaciones derivadas de su capacidad de obrar y su incidencia en la imputación de responsabilidad. El cuarto apartado se dedica al análisis del recurso de la Administración al Derecho privado, centrándose en la aplicación de la acción pauliana en supuestos de fraude tributario. A continuación, en el quinto apartado, se realiza una valoración crítica de la viabilidad de esta acción como alternativa a la impunidad patrimonial de las personas menores, atendiendo tanto a sus potencialidades como a sus límites. Finalmente, el trabajo se cierra con un apartado de conclusiones en el que se sintetizan los principales resultados de la investigación.

En definitiva, el objetivo último de este estudio es contribuir al debate doctrinal sobre la eficacia de los instrumentos jurídicos disponibles para la protección del crédito tributario, poniendo de relieve la necesidad de adoptar enfoques integradores que permitan superar las rigideces de los distintos sectores del ordenamiento. La acción pauliana, en este sentido, no se presenta como un recurso meramente residual, sino como una manifestación de la capacidad del sistema jurídico para adaptarse a las nuevas formas de fraude, articulando soluciones que, sin menoscabar las garantías fundamentales, permitan asegurar la efectividad de los principios que sustentan el sistema tributario.

En este contexto, la aportación del presente estudio no debe entenderse únicamente en términos de sistematización de materiales ya ampliamente consolidados en la doctrina y la jurisprudencia. Si bien la labor de recopilación y análisis de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales constituye, en este sentido, el presupuesto necesario sobre el que se construye la investigación, lo cierto es que su valor añadido se sitúa especialmente en la forma en que dichos elementos se combinan y se proyectan conjuntamente sobre problemas tradicionalmente tratados de manera separada. Así pues, la contribución del trabajo se identifica sobre todo con la propuesta de una conexión funcional entre instituciones jurídicas que permite ofrecer una comprensión más estructurada de su eventual interacción en contextos de fraude patrimonial.

2. Aproximación a los caracteres de la responsabilidad tributaria derivada y de la acción pauliana en el ordenamiento español

El sistema tributario no solo se fundamenta en la autoliquidación, sino en un robusto sistema de garantías. Es bien sabido que el cumplimiento del ordenamiento tributario se garantiza de diversas formas, configurándose un amplio catálogo de infracciones y sanciones tanto de carácter administrativo como penal[4]. No obstante, lo que aquí se pretende no es analizar las reacciones

[4] El más claro ejemplo de ello es el art. 305 CP, que tipifica ciertos actos de defraudación como delito contra la Hacienda Pública. No obstante, debe tenerse presente que, en virtud del principio de *ultima ratio*, la reacción jurídico-penal se reserva para las conductas dignas de mayor reproche social. Por ello, el propio precepto establece

concretas contra la defraudación previstas en el sistema, sino la naturaleza de la responsabilidad que puede hacer nacer el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes. Para ello, debemos acudir a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), específicamente a sus artículos 41 a 43.

Esta delimitación conceptual es esencial para comprender cómo la Administración traslada cargas a terceros que no son el sujeto pasivo originario. Antes de entrar en materia, debemos tener presente que no nos estamos refiriendo al deudor de la obligación principal, sino a un sujeto que, sin ser el verdadero contribuyente, se considera por la Agencia Tributaria prácticamente tan responsable como el propio obligado tributario.

En la operatividad diaria del fisco, esta situación se produce sobre todo en los casos en los que el sujeto pasivo es una sociedad, de manera que lo que se pretende realmente es hacer extensible su responsabilidad a los administradores y/o socios de esta. El marco legal es claro, pues así se deriva del art. 41.1 LGT cuando dispone que *«La ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades»*[5].

La responsabilidad tributaria derivada puede clasificarse, con carácter general, en dos grandes categorías: la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad solidaria, siendo la primera la solución ordinaria por la que opta el legislador tributario. Esta dualidad responde a la distinta intensidad del vínculo que une al responsable con la deuda tributaria y, sobre todo, al diferente grado de participación que se le atribuye respecto del incumplimiento de las obligaciones fiscales.

Asimismo, conviene destacar que la responsabilidad derivada no se proyecta automáticamente sobre todos los elementos de la deuda tributaria. Como regla general, el responsable responderá del importe correspondiente a la obligación tributaria principal, quedando excluidas las sanciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 LGT. Se trata de una limitación especialmente relevante, pues pone de manifiesto el carácter excepcional de la transmisión de las consecuencias punitivas a sujetos distintos del infractor originario.

Por otro lado, la delimitación conceptual entre responsabilidad solidaria y subsidiaria ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales. En este sentido, algunos autores han señalado que la regulación contenida en los artículos 42 y 43 LGT presenta importantes problemas de sistemática y claridad[6]. Sin embargo, pese a estas objeciones, una interpretación literal de ambos preceptos permite apreciar ciertos criterios diferenciadores que facilitan su aplicación práctica.

---

una condición objetiva de punibilidad, que previene la persecución de infracciones que no superen el umbral dispuesto en el tipo. Art. 305 CP: *«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo […]»*.

[5] Cfr. ESEVERRI MARTÍNEZ, La acción pauliana y la protección del crédito tributario: STS, sala de lo civil, de 5 de marzo de 2025, rec. núm. 648/2020. *Revista Técnica Tributaria*, *2*(149), 2025, pp. 203-212. https://doi.org/10.48297/gxgahc61

[6] Cfr. MERINO JARA, Acerca de la responsabilidad tributaria. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, (24), 2006, pp. 13-35.

En términos generales, la responsabilidad solidaria suele vincularse a la realización de conductas concretas que contribuyen, facilitan o participan de manera activa en el incumplimiento de las obligaciones tributarias. Por el contrario, la responsabilidad subsidiaria se conecta habitualmente con la posición jurídica que ocupa el sujeto dentro de la estructura organizativa de la entidad deudora, especialmente cuando se trata de administradores sociales cuya actuación u omisión haya resultado determinante para la producción de la infracción tributaria. De este modo, mientras la responsabilidad solidaria parece descansar sobre un criterio de colaboración material en el ilícito, la subsidiaria se fundamenta más bien en la especial posición de garantía o control atribuida al responsable.

Esta distinción, aunque imprecisa, resulta operativa en la práctica administrativa. No obstante, el problema que surge aquí es que lo más probable es que el administrador, que en principio sería responsable subsidiario, haya causado o colaborado activamente en la comisión de la infracción, lo que le convertiría a su vez en responsable solidario. De ahí que se haya criticado tanto por la doctrina la inconcreción de estos preceptos[7].

Es precisamente en este contexto en el que surge la barrera de la edad: sin perjuicio de lo anterior y, pese a existir muchas y muy diversas formas mediante las que puede tener lugar la derivación de la responsabilidad tributaria, ha de tenerse presente que los menores (salvo que estén emancipados) tienen una capacidad jurídica y de obrar limitada, de modo que solo en algunos casos serán susceptibles de ser responsables indirectos. Por ello, podemos entender que se trata prácticamente de una *fictio iuris* elaborada para dotar de mayores recursos o posibilidades de cobro a la Administración tributaria, como tantos otros instrumentos de Derecho público con tintes recaudatorios.

Frente a la rigidez del derecho tributario, la acción pauliana es una vía de impugnación puramente civil y que, como su propio nombre indica, tiene su origen en el Derecho romano. Esta institución jurídica, también conocida como acción revocatoria, encuentra su razón de ser en evitar que una interpretación literal del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC pueda favorecer la realización de negocios jurídicos fraudulentos con el propósito de que los deudores se coloquen en una situación de insolvencia irreal frente a sus acreedores[8].

Su ejercicio no busca castigar al menor, sino restaurar el patrimonio del deudor original: si este debe responder con todos sus bienes presentes y futuros, eludir sus deudas sería tan fácil como

[7] Cfr. TOVILLAS MORÁN,¿Responsabilidad solidaria o responsabilidad subsidiaria? Principio de especialidad. *Món Jurídic*. Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, (353), 2024, p. 17. Para este autor, no existe una libre fungibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad, sino que la calificación jurídica del supuesto de hecho debe realizarse de manera estricta y conforme a sus elementos estructurales propios. Así, mientras la responsabilidad solidaria del artículo 42.1.c) LGT se vincula a supuestos de sucesión en la actividad económica, incluso de hecho, caracterizados por la continuidad funcional de la explotación empresarial, la responsabilidad subsidiaria del artículo 43.1.h) LGT responde a una lógica distinta, basada en técnicas de levantamiento del velo y en la concurrencia de estructuras abusivas o fraudulentas. Asimismo, sostiene que, de acuerdo con el criterio sentado por el TEAC el recurso a esta última figura debe ser excepcional y no puede utilizarse como alternativa general frente a supuestos que encajan de manera más precisa en la responsabilidad solidaria, reforzando así una interpretación sistemática y restrictiva del régimen de derivación de responsabilidad tributaria.

[8] Cfr. JUÁREZ TORREJÓN, La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial. *Anuario de Derecho Civil*, *71*(4), 2018, pp. 1277-1350. DOI: https://doi.org/10.53054/adc.v71i4.3815

modificar la titularidad de su patrimonio en favor de personas de su confianza o de sus hijos menores de edad, en cuyo caso incluso conservarían la administración del mismo. La regulación concreta de esta figura la encontramos en el art. 1111 CC, que reza lo siguiente:

> *«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».*

El precepto citado en el párrafo anterior recoge en realidad dos vías de reclamación diferentes, la acción pauliana y la subrogatoria. La parte que aquí nos interesa es la última oración del artículo, que permite impugnar los actos de naturaleza fraudulenta llevados a cabo por el deudor. Existe reiterada jurisprudencia en la materia, sirviendo como ejemplo la aclamada STS n.º 510/2012, de 7 de septiembre[9] o, más recientemente, la STS n.º 1628/2023, de 23 de noviembre[10].

Una interpretación minuciosa del artículo 1111 CC, completada con la doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo, permite identificar una serie de presupuestos indispensables para el ejercicio de la acción pauliana. En primer lugar, es necesario que quien realiza el acto de disposición tenga efectivamente la condición de deudor respecto de quien pretende impugnar dicho acto. Esta exigencia implica, aunque el precepto no lo indique expresamente, que el crédito invocado sea líquido, vencido y exigible, pues únicamente en tales circunstancias puede afirmarse que existe una auténtica relación obligacional susceptible de tutela judicial.

En segundo término, la acción revocatoria posee un carácter marcadamente subsidiario. El ordenamiento no permite acudir directamente a esta vía, sino que exige que el acreedor haya intentado previamente satisfacer su crédito mediante la persecución de los bienes del deudor. Solo cuando tales actuaciones resultan infructuosas y se constata una situación efectiva de insuficiencia patrimonial cobra sentido la utilización de la acción pauliana como mecanismo extraordinario de protección del crédito.

Por último, el acto de disposición cuya impugnación se pretende debe estar presidido por una finalidad defraudatoria. No basta, por tanto, con que la operación produzca una disminución

[9] En esta resolución, el Tribunal Supremo abandona la construcción subjetivista del fraude (centrada en la exigencia de un *consilium fraudis* como elemento nuclear) y avanza hacia una concepción predominantemente objetiva, en la que el eje estructural pasa a ser el *eventus damni*, entendido como lesión efectiva del derecho de crédito mediante la disminución de la garantía patrimonial del deudor. Desde esta perspectiva, la acción rescisoria se inserta plenamente en la función de tutela del crédito derivada del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, reforzando su carácter funcional y sistemático dentro del Derecho de obligaciones. Asimismo, la sentencia reinterpreta la insolvencia no como mera cuestión fáctica, sino como presupuesto jurídico tipificado, lo que permite flexibilizar tanto la exigencia del perjuicio como la propia nota de subsidiariedad de la acción. En este sentido, el Tribunal declara que no es necesario acreditar una insolvencia absoluta ni la inexistencia total de bienes, bastando una situación de insuficiencia patrimonial relevante que frustre o dificulte de forma significativa la satisfacción del crédito. Finalmente, se matiza el requisito de subsidiariedad, que deja de concebirse como agotamiento previo de acciones en sentido estricto para configurarse como situación material de indefensión del acreedor en el momento del acto impugnado, lo que amplía su operatividad práctica.

[10] En esta sentencia, el TS parte el análisis de la impugnación de una resolución firme por supuesta maquinación fraudulenta en el marco de una acción pauliana. No obstante, contiene pronunciamientos relevantes para el presente estudio, en la medida en que la Sala aclara que la «maquinación fraudulenta» exige una conducta activa, maliciosa y determinante de una grave irregularidad. Asimismo, se refuerza la distinción entre la eficacia relativa de la cosa juzgada y la eventual afectación indirecta de terceros.

patrimonial del deudor, sino que debe acreditarse que dicha actuación se orientó a frustrar o dificultar la satisfacción de los derechos de sus acreedores. La ilicitud relevante a estos efectos no deriva necesariamente de la forma externa del negocio jurídico celebrado, que puede ser perfectamente válido desde una perspectiva civil, sino de su función económica real y de su capacidad para generar una apariencia artificial de insolvencia en perjuicio de terceros.

La concurrencia de estos presupuestos es la que justifica la intervención correctora del ordenamiento mediante la acción pauliana, permitiendo dejar sin efecto aquellos actos que, aun revestidos de apariencia lícita, persiguen vaciar el patrimonio del deudor y frustrar la efectividad de la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1911 CC.

Es crucial entender que, *a priori*, siempre que se den las circunstancias anteriores podrá ejercerse este tipo de reclamación, no especificándose en ningún momento que el acreedor y la deuda deban o no tener naturaleza privada. Esta neutralidad ontológica abre la puerta a su aplicación por parte de la Administración tributaria como acreedora pública. Y esta apertura no es solo procesal, sino constitucional: el recurso a la vía civil permite que la Administración tutele el principio de capacidad económica[11] frente a titulares formales que carecen de ella, evitando que la minoría de edad se convierta en un «paraguas» contra el deber de contribuir.

3. Estatuto jurídico de los menores en sus relaciones con la AEAT

Resulta bastante obvio que en el supuesto de que efectivamente los menores pudieran llegar a ser responsables al amparo de los arts. 41 a 43 de la LGT, lo serían solidariamente, puesto que no tienen la capacidad de obrar necesaria para llevar a cabo las relaciones jurídicas cuya existencia se exige por el art. 43 LGT para que se les pueda imputar una responsabilidad de tipo subsidiario. Por ejemplo, en ningún caso un menor (al menos si no está emancipado) podría ser administrador de una empresa, liquidador concursal, agente aduanero, contratista en una obra o empleador de otras personas. En realidad, en el único escenario en el que sí que podríamos llegar a admitir la presencia de un menor como posible responsable subsidiario es cuando adquiera un bien gravado con una deuda frente a Hacienda, pues es posible que al fallecimiento de uno de sus progenitores herede algún inmueble u otra clase de objeto afecto a este tipo de cargas. Esta hipótesis hereditaria, aunque teóricamente plausible, rara vez prospera en la práctica administrativa.

Como adelantábamos, sí que es bastante más común encontrar a menores implicados en los casos de responsabilidad solidaria regulados en el apartado segundo del art. 42 de la LGT. Nótese que descartamos de manera prácticamente directa los supuestos de derivación del art. 42.1 LGT, puesto que la colaboración activa en la conducta infractora muy seguramente requeriría acciones de disposición patrimonial que, precisamente por la limitada capacidad de obrar de los menores, no podrían ser realizadas por estos. En cambio, en el segundo apartado estamos ante una situación bastante diferente.

Concretamente, nos llama la atención que la letra a) considera responsables solidariamente a aquellas personas *«que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración*

[11] Recuérdese el contenido del art. 31.1 CE: *«1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»*.

tributaria». Al hilo de dicho precepto nos surge la siguiente pregunta: ¿El hecho de que un familiar ponga una sociedad o una serie de bienes a nombre de un menor aprovechando su irresponsabilidad tributaria lo convertiría en colaborador? En tal caso y suponiendo que la presunta colaboración descartase su impunidad, ¿tendría el menor la capacidad jurídica y de obrar necesaria para asumir solidariamente la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones tributarias de sus representantes legales? Esta tesitura revela la tensión central del problema: el menor como pantalla patrimonial involuntaria.
Aunque hemos indicado *supra* que según la LGT la responsabilidad solo puede derivarse respecto de la obligación tributaria principal, esta es simplemente una regla general susceptible de ser excepcionada y precisamente la colaboración en la suerte de alzamiento de bienes prevista en el art. 42.2.a) LGT es uno de los casos en los que la derivación de responsabilidad sí que puede alcanzar también a las sanciones. A este punto, conviene recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia Engel y otros c. Países Bajos de 1976 estableció que las sanciones administrativas podían ser consideradas de naturaleza penal cuando así fuese aconsejable en atención a determinados criterios.

En concreto, el TEDH consideró que para determinar si una sanción formalmente administrativa posee una verdadera naturaleza penal deben valorarse tres elementos fundamentales: en primer lugar, la calificación que el propio ordenamiento jurídico nacional atribuye a la infracción; en segundo término, la naturaleza material de la conducta sancionada; y, finalmente, la gravedad de la sanción susceptible de imponerse. La ponderación conjunta de estos criterios permite superar la mera denominación legal de la institución y atender a su auténtica función punitiva.

Pues bien, está claro que si las sanciones a imponer por este concepto efectivamente tienen una esencia que pueda entenderse penal, habrán de aplicarse las garantías de dicho orden, entre las que debemos destacar la inimputabilidad de los menores de edad ex art. 19 CP. De hecho, a pesar de que exista un régimen penal para los menores regulado en la LO 5/2000, de 12 de enero, en dicha norma se reconoce, por un lado, la plena impunidad de los menores con una edad inferior a los catorce años (sin perjuicio de la responsabilidad civil *ex delicto*) y, por otro lado, que la responsabilidad penal de aquellos con una edad de entre catorce y dieciocho años es una especialidad. Por ello, es indubitado que esta especie de régimen especial no se puede aplicar analógicamente al orden tributario.

Es muy clarificadora a este respecto la doctrina fijada por el Tribunal Supremo. No resulta pertinente remontarse demasiado atrás en el tiempo para encontrar resoluciones de nuestro Alto Tribunal en las que se recuerda la imposibilidad de derivar la responsabilidad tributaria a los menores de edad, dado que, a pesar de las pocas posibilidades de éxito, la AEAT no ha dejado de intentarlo. Basta con revisar el contenido de la STS n.º 440/2021, de 25 de marzo, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se argumenta con bastante acierto por parte de la Sala Tercera, que:

> *«no responden los patrimonios como universitas rerum, sino las personas que observan determinadas conductas ilícitas […] pero cuando les sea imputable y reprochable la actividad que la ley establece como presupuesto habilitante o justificante de la derivación o traslación de la responsabilidad, haciéndola solidaria»* y que *«se sigue requiriendo una conducta maliciosa y, por tanto, conocedora y voluntaria, atributos que cabe negar, ex lege, a los menores que, como tales, carecen de capacidad de obrar»*.

Esta doctrina fue posteriormente reiterada por las SSTS n.º 487/2021, de 8 de abril (rec. 1107/2020)[12], n.º 1204/2021, de 5 de octubre (rec. 8115/2019)[13], y n.º 1640/2022, de 13 de diciembre (rec. 404/2021)[14], consolidando una línea jurisprudencial inequívoca según la cual la responsabilidad por ocultación patrimonial exige necesariamente una conducta subjetivamente reprochable que no puede imputarse a los menores.

Como consecuencia de lo anterior, puede concluirse que no importa que se cumpla con el elemento objetivo del art. 42.2.a) LGT, esto es, que el menor colabore (mediante la adquisición de la titularidad de determinados bienes o derechos) en la ocultación de recursos susceptibles de ser embargados para satisfacer una deuda tributaria, pues en ningún caso se cumpliría con el elemento subjetivo. Por su propio estatus jurídico, nunca podrá predicarse de un menor el *consilium fraudis*, ya que son sus progenitores o tutores legales quienes actúan en su nombre (no siendo lícito entender que hubo algún concierto entre ambos) y, debido a esta misma razón, tampoco podrá acusársele de tener un *animus nocendi* para con la Hacienda Pública. Esta doctrina casacional cierra definitivamente la vía de la responsabilidad solidaria tributaria contra menores.

Queda ya claro que existen argumentos jurídicos suficientes para descartar una responsabilidad solidaria ex art. 42.2.a) LGT. Sin embargo, eso no nos aclara por qué los menores se encuentran sujetos a una relación especial con la AEAT, ni los motivos por los que la Administración no ha cejado en su empeño de atacar el patrimonio de los menores cuando sus representantes los utilizan con el propósito de ocultar sus bienes. Para entender los razonamientos que han provocado esta situación, debemos tener presente que la LGT amplía las facultades jurídicas de los menores de edad en el art. 44, otorgándoles capacidad de obrar en el ámbito tributario. Podría

[12] En esta STS se establece una doctrina de especial relevancia en relación con la delimitación subjetiva de dicha figura, al afirmar de manera expresa que no cabe exigir responsabilidad solidaria a un menor de edad en ningún caso cuando la imputación se fundamenta en su condición de causante o colaborador en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado tributario.

El Alto Tribunal fundamenta esta conclusión en la naturaleza intrínsecamente dolosa del presupuesto de hecho del artículo 42.2.a) LGT, que exige la concurrencia de «actividades, conductas e intenciones dolosas» orientadas a impedir la actuación recaudatoria de la Administración tributaria. Dicho elemento subjetivo, según la Sala, no puede predicarse de quien carece de capacidad de obrar y es jurídicamente inimputable por razón de edad, incluso cuando formalmente figure como titular de los bienes transmitidos.

La sentencia precisa, además, que la eventual atribución patrimonial derivada de negocios jurídicos realizados por los representantes legales del menor no permite trasladar a este último el juicio de culpabilidad exigido por la norma, pues ello supondría una indebida extensión de la responsabilidad por hecho ajeno. En consecuencia, el Tribunal rechaza cualquier interpretación del precepto que conduzca a hacer responder al menor por la actuación de sus representantes, consolidando así un criterio de imputación estrictamente personal en la responsabilidad solidaria tributaria.

[13] En esta resolución, el Tribunal Supremo reitera la argumentación esgrimida en la STS n.º 487/2021, de 8 de abril (rec. 1107/2020). No obstante, a la hora de enunciar los elementos subjetivos que deberían darse para que procediese la derivación de la responsabilidad tributaria, no se limita simplemente a aducir la necesidad de causación o colaboración. A diferencia de la sentencia precedente, en este caso nuestro Alto Tribunal reconoce explícitamente que el sujeto al que se dirija la derivación debe tener la «finalidad de impedir la actuación de la Administración». Es decir, se condiciona la utilización de esta vía por parte de la Administración a la existencia de un *animus* defraudatorio claro que, habida cuenta de las limitaciones que el ordenamiento jurídico establece respecto de su capacidad de obrar, muy difícilmente podrá reputarse de un menor de edad.

[14] En este caso, el Alto Tribunal no introduce modificaciones sustanciales a la doctrina sentada por las sentencias recaídas anteriormente sobre la cuestión, sino que confirma la misma y realiza algunas precisiones bastante sutiles. Sin ánimo de desmerecer el resto de los argumentos expuestos por la resolución, podría decirse que la aportación más interesante que realiza es que, atendiendo a la especial situación jurídica de los menores de edad, el incremento del patrimonio de estos no puede considerarse una presunción (ni siquiera *iuris tantum*) de una conducta causante o colaborativa del perjuicio sufrido por la AEAT.

decirse que «*hay, pues, una extensión de la capacidad de obrar de estos sujetos, hay un enriquecimiento de sus facultades operativas en el campo jurídico*»[15].

Esto vendría a significar que, en la medida en que realice el hecho imponible, el menor se convertirá en deudor tributario a todos los efectos y será responsable de cumplir con las obligaciones tanto materiales como formales, sin perjuicio de que continúe actuando a través de sus representantes legales (pues lo más probable es que el menor no goce de la comprensión necesaria para afrontar las referidas obligaciones). Tomando en consideración estas circunstancias, no es de extrañar que la polémica resolución del TEAC de 28 de mayo de 2015[16] se aferrase a la extraordinaria capacidad otorgada por el art. 44 para determinar la responsabilidad solidaria de los menores, pero en realidad estas facultades solo deberían verse como una extensión de la capacidad de obrar que el Derecho privado les otorga, sin que sea lícito contravenir la naturaleza de la misma.

Como bien expresó el TS, se produce una inobservancia de los principios basilares de la capacidad jurídica cuando se atribuyen a los menores de edad conductas o elementos de tipicidad subjetiva en los que, por definición, éstos no pueden incurrir. Esta contradicción entre art. 44 LGT y la doctrina casacional sobre capacidad genera la laguna que justifica explorar la acción pauliana.

Las consideraciones expuestas hasta ahora permiten comprender por qué la jurisprudencia ha terminado rechazando la posibilidad de derivar responsabilidad tributaria a los menores de edad. Sin embargo, la mera invocación de la falta de capacidad de obrar no explica por sí sola todas las dificultades jurídicas que plantea esta cuestión. Conviene, por ello, descender al análisis de los concretos presupuestos normativos de la derivación de responsabilidad para comprobar de qué manera la condición de menor de edad impide su correcta integración.

En realidad, el problema no se reduce a una única objeción, sino que se proyecta simultáneamente sobre varios de los elementos esenciales de la institución. La minoría de edad dificulta la apreciación de la conducta típica, impide la concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por la ley y plantea serios problemas de imputación jurídica cuando los actos de disposición patrimonial han sido realizados por los representantes legales del menor. Todo ello determina que la utilización instrumental del patrimonio de los hijos por parte de sus

[15] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Los sujetos de la obligación tributaria. *Revista de administración pública*, (48), 1965, pp. 9-106.

[16] En este caso, el TEAC fija como doctrina que la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2.a) LGT puede declararse respecto de menores de edad cuando la conducta de ocultación o transmisión patrimonial se realiza a través de sus representantes legales. El Tribunal distingue entre la responsabilidad tributaria y la responsabilidad sancionadora: mientras que la inimputabilidad del menor opera en materia de infracciones tributarias (arts. 179 y 181 LGT), no existe previsión legal equivalente que excluya su condición de responsable tributario. En consecuencia, la voluntad defraudatoria o *scientia fraudis* exigida por el precepto puede manifestarse válidamente a través de los padres que ejercen la patria potestad y representación legal, imputándose los efectos patrimoniales de dicha actuación al patrimonio del menor beneficiario de la transmisión. La doctrina enfatiza además que la finalidad de la responsabilidad del art. 42.2.a) LGT no es sancionar una conducta culpable, sino preservar la efectividad del crédito público mediante la ampliación de los patrimonios responsables, razón por la cual la minoría de edad no constituye causa de exclusión de la derivación de responsabilidad cuando el menor resulta titular de los bienes ocultados o transmitidos en fraude de la Hacienda Pública. Esta interpretación, confirmada por la Audiencia Nacional, evita que las donaciones a favor de hijos menores puedan convertirse en un mecanismo inmune frente a las facultades recaudatorias de la Administración tributaria.

progenitores genere una situación particularmente compleja desde la perspectiva de la recaudación tributaria[17].

3.1. La imposibilidad de apreciar una conducta propia del menor

La primera dificultad aparece ya en el plano objetivo de la conducta. El artículo 42.2.a) LGT exige que el responsable sea *«causante o colaborador»* en la ocultación o transmisión de bienes. Ambos verbos describen comportamientos activos que requieren una intervención personal en la operación defraudatoria.

Sin embargo, cuando los bienes son transmitidos o adquiridos en nombre de un menor, la actuación material no es realizada por este, sino por quienes ejercen la patria potestad o la tutela. Conforme a los artículos 154, 162 y concordantes del Código Civil, la administración y representación patrimonial del menor corresponde a sus representantes legales, de modo que el negocio jurídico puede producir efectos en la esfera patrimonial del hijo, pero la voluntad negocial pertenece exclusivamente a los progenitores o tutores.

Desde esta perspectiva, resulta difícil sostener que el menor pueda ser considerado auténtico «causante» o «colaborador» en una conducta cuya ejecución ha sido decidida y realizada íntegramente por terceros. La mera titularidad formal de los bienes no equivale a participación en la conducta descrita por el artículo 42.2.a) LGT.

En este sentido, BANACLOCHE PALAO advierte que la adquisición de bienes por un menor no puede confundirse con una actuación propia de ocultación patrimonial, puesto que la decisión económica y jurídica corresponde exclusivamente a quienes ejercen su representación legal. La autora destaca que la interpretación sostenida por el TEAC en 2015 terminaba atribuyendo al menor una conducta materialmente inexistente, construyendo una ficción incompatible con las reglas civiles sobre representación y administración patrimonial[18].

3.2. La ausencia de imputación subjetiva

La segunda dificultad afecta al elemento subjetivo de la responsabilidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido reiteradamente en que la responsabilidad prevista en el artículo 42.2.a) LGT no constituye una responsabilidad objetiva. Entre otras, la STS n.º 440/2021, de 25 de marzo, señala que la derivación exige la existencia de una conducta voluntaria, consciente y dirigida a dificultar la actuación recaudatoria de la Administración. La Sala recuerda expresamente que la condición de «causante o colaborador» incorpora necesariamente una actuación dolosa que debe resultar personalmente imputable al presunto responsable.

El problema es evidente: si el negocio jurídico ha sido concluido por los representantes legales, la voluntad que eventualmente pudiera calificarse como fraudulenta pertenece a éstos y no al

[17] ROMERO PLAZA, La responsabilidad tributaria de los menores de edad. Sentencia n.º 440/2021 del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2021, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª. (Recurso 3172/2019). *Carta tributaria. Revista de opinión. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir*, (74), 2021.

[18] BANACLOCHE PALAO, No cabe derivar la responsabilidad solidaria por ocultación de bienes del artículo 42.2 a) de la LGT a los menores de edad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (460), 2021, pp. 166-181.

menor. El elemento subjetivo requerido por la norma queda, por tanto, desconectado de la persona contra la que se pretende dirigir la derivación.

Precisamente por esta razón el Tribunal Supremo afirma que las conductas contempladas en el artículo 42.2.a) LGT comprenden *«actividades, conductas e intenciones dolosas»* incompatibles con la situación jurídica de los menores de edad. La falta de imputación subjetiva no constituye, pues, un problema probatorio, sino una imposibilidad estructural derivada del propio estatuto jurídico de la minoría de edad.

La doctrina especializada ha subrayado igualmente este aspecto. ROMERO PLAZA señala que la exigencia de dolo o, cuando menos, de conocimiento efectivo de la finalidad defraudatoria constituye un requisito insoslayable de la responsabilidad prevista en el artículo 42.2.a) LGT. Desde esta perspectiva, la capacidad tributaria reconocida por el artículo 44 LGT no puede transformarse en una fuente autónoma de imputación subjetiva, pues dicho precepto únicamente amplía la aptitud del menor para intervenir en determinadas relaciones tributarias, sin alterar los presupuestos de culpabilidad exigidos por el ordenamiento[19].

3.3. La imposibilidad de apreciar *consilium fraudis*

Íntimamente relacionada con lo anterior se encuentra la imposibilidad de apreciar el *consilium fraudis*. La ocultación patrimonial presupone que el sujeto conoce la existencia de una deuda tributaria y participa conscientemente en una operación encaminada a dificultar su cobro. Dicho conocimiento constituye un presupuesto imprescindible para poder afirmar la existencia de colaboración en el fraude.

Ahora bien, la representación legal implica precisamente que la toma de decisiones patrimoniales corresponde a los progenitores o tutores. El menor puede convertirse en titular registral de determinados bienes, pero ello no significa que conozca el origen de los mismos, la situación económica de sus representantes legales o las consecuencias recaudatorias de la operación realizada.

Por esta razón, la jurisprudencia niega que pueda presumirse la existencia de un concierto fraudulento entre el menor y quienes actúan en su representación. Admitir lo contrario supondría atribuir al representado el conocimiento y la intención del representante, construcción que resulta difícilmente compatible con los principios generales de la responsabilidad personal. BANACLOCHE PALAO llega a la misma conclusión al afirmar que la voluntad defraudatoria exigida por la jurisprudencia presupone necesariamente la comprensión del significado económico y jurídico de la operación realizada. Dado que en estos supuestos la actuación viene determinada por los representantes legales, la autora considera jurídicamente inviable reconstruir un auténtico *consilium fraudis* atribuible al menor[20].

3.4. La prohibición de hacer responder al patrimonio por sí mismo

[19] ROMERO PLAZA, *op. cit.*

[20] BANACLOCHE PALAO, No cabe derivar la responsabilidad solidaria por ocultación de bienes del artículo 42.2 a) de la LGT a los menores de edad, *op. cit.*

Existe, además, una dificultad adicional que raramente recibe la atención que merece. La doctrina tradicional de la responsabilidad tributaria exige que la imputación recaiga sobre personas que hayan realizado determinadas conductas tipificadas por la ley. Como recuerda la STS 440/2021, *«no responden los patrimonios como universitas rerum, sino las personas que observan determinadas conductas ilícitas»*.
Esta afirmación posee una importancia capital en los supuestos que aquí se analizan. Cuando la Administración pretende derivar responsabilidad al menor por el simple hecho de haberse incorporado determinados bienes a su patrimonio, corre el riesgo de transformar una responsabilidad basada en la conducta en una responsabilidad basada exclusivamente en la titularidad patrimonial.

Sin embargo, la Ley General Tributaria no contempla ninguna modalidad de responsabilidad solidaria fundada únicamente en el enriquecimiento patrimonial del tercero. La recepción de bienes procedentes del deudor tributario puede constituir un indicio relevante desde una perspectiva recaudatoria, pero no sustituye los presupuestos subjetivos exigidos por el artículo 42.2.a) LGT.

Precisamente por ello, ROMERO PLAZA advierte que admitir la derivación en estos casos supondría deslizarse hacia una forma encubierta de responsabilidad objetiva incompatible con la configuración legal de la institución. Según este autor, la tesis mantenida por la Administración en algunos expedientes terminaba identificando indebidamente patrimonio y persona, desplazando el centro de gravedad desde la conducta del presunto responsable hacia el mero resultado patrimonial obtenido[21].

En términos similares, BANACLOCHE PALAO se muestra especialmente crítica con la objetivación de la figura de la derivación de la responsabilidad tributaria que, a su juicio, se manifiesta sobre todo en la extensión del concepto de ocultación a la mera disminución del valor del patrimonio del deudor y en la pretensión de aplicar esta institución a los menores. En su opinión, se trata de una interpretación excesivamente laxa de la norma (en parte favorecida por la redacción que le confiere la Ley 58/2003) que, en perjuicio de las garantías que asisten al contribuyente, es susceptible de superponer la finalidad recaudatoria a la recta aplicación del Derecho tributario[22].

3.5. La imposibilidad de trasladar al menor la voluntad fraudulenta de sus representantes

Finalmente, podría plantearse si la actuación fraudulenta de los progenitores o tutores puede proyectarse sobre el menor mediante las reglas generales de la representación legal. La respuesta debe ser negativa. La representación legal permite que los actos celebrados por el representante produzcan efectos jurídicos en la esfera del representado, pero no autoriza a trasladar automáticamente elementos subjetivos de responsabilidad. Dicho de otro modo, el negocio jurídico puede imputarse al menor; la intención fraudulenta que eventualmente haya guiado a sus representantes, no.

Esta conclusión resulta coherente con los principios generales que informan tanto el Derecho civil como el Derecho sancionador y explica por qué el Tribunal Supremo ha rechazado los

[21] ROMERO PLAZA, *op. cit.*

[22] BANACLOCHE PALAO, *Cuestiones polémicas sobre el artículo 42.2 a) de la LGT: deudas posteriores a la ocultación, naturaleza sancionadora de la responsabilidad y otras cuestiones*. CEF. 2022.

intentos de la Administración de fundamentar la derivación en la actuación de los representantes legales. Lo contrario equivaldría a construir una forma de responsabilidad por hecho ajeno carente de cobertura legal expresa.

Esta objeción ha sido igualmente puesta de relieve por BANACLOCHE PALAO, quien recuerda que las reglas de la representación legal permiten imputar al menor los efectos patrimoniales de los actos celebrados por sus representantes, pero no los elementos subjetivos que pudieran fundamentar una responsabilidad personal. La autora concluye que la posición mantenida por el Tribunal Supremo constituye la única interpretación compatible con los principios generales de la imputación jurídica y con la propia naturaleza de la responsabilidad tributaria regulada en el artículo 42.2.a) LGT[23].

BANACLOCHE PALAO va incluso más allá cuando afirma que *«no se puede imputar al menor por una intención que, de haberla, no es propia»*[24]. Es decir, huye del concepto nihilista de la imposibilidad de que los menores de edad puedan participar en las acciones defraudatorias de los deudores tributarios que les utilizan como instrumento para ocultar sus bienes. Sin embargo, asume que, aunque podría existir una suerte de aquiescencia por parte del menor, jurídicamente no es viable atribuirle un *animus defraudandi*, por cuanto el verdadero autor intelectual de la conducta ilícita siempre es su representante legal.

En definitiva, la imposibilidad de derivar responsabilidad tributaria a los menores de edad no responde únicamente a una cuestión genérica de capacidad de obrar. Lo decisivo es que los elementos configuradores de la responsabilidad por ocultación patrimonial (conducta propia, imputación subjetiva, *consilium fraudis* y participación personal en la actuación defraudatoria) resultan incompatibles con la posición jurídica que el ordenamiento atribuye a quienes todavía no han alcanzado la mayoría de edad.

4. Recurso de la Administración tributaria al Derecho privado: aplicación de la acción pauliana en supuestos de fraude en materia tributaria

No debe resultar extraño que la AEAT recurra al Derecho privado. Si bien es cierto que se ha ideado un sistema de *ius publicum* con el propósito de colocar a las Administraciones Públicas en un lugar privilegiado que ha de servir para que gocen de las herramientas necesarias para cumplir con la finalidad de salvaguardar los intereses generales consagrada en el art. 103.1 CE, hay ocasiones en que ni siquiera sus prerrogativas son suficientes para alcanzar tan noble objetivo. Aunque la actuación de los organismos públicos deba ajustarse, por su propia naturaleza, a las normas de Derecho público, el ordenamiento jurídico no debe contemplarse como un grupo de parcelas intraspasables, sino como un conjunto de normas destinadas a interrelacionarse. No hay duda de que se estaría traicionando la definición clásica de justicia acuñada por grandes juristas como Ulpiano o Santo Tomás de Aquino si viésemos el Derecho como una estructura rígida incapaz de adaptarse a los problemas reales[25]. Esta interpenetración entre Derecho público y privado responde a la realidad práctica de la lucha antifraude.

[23] BANACLOCHE PALAO, No cabe derivar la responsabilidad solidaria por ocultación de bienes del artículo 42.2 a) de la LGT a los menores de edad, *op. cit.*

[24] BANACLOCHE PALAO, *Cuestiones polémicas sobre el artículo 42.2 a) de la LGT*, *op. cit.*, p. 77.

[25] LUKAC DE STIER, Noción clásica y noción moderna de la justicia. En: *Semana Tomista: Justicia y Misericordia*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras, 2016, pp. 45-67.

La utilización de las acciones típicas del derecho privado por parte de la Agencia Tributaria no solo está dejando paulatinamente de ser una excepción para pasar a ser una práctica habitual, sino que muy recientemente se ha convertido en uno de los objetivos fijados por la Dirección General de Tributos. A mayor abundamiento, en el Plan Estratégico de la AEAT para el periodo 2024-2027, se reconoce expresamente en el apartado C.10 *que «la mejor defensa recaudatoria de los derechos de la Hacienda Pública estatal hace necesario acudir a las acciones civiles»*. Por consiguiente, es esperable que en los próximos años el número de casos en los que la Administración tributaria decida obtener la tutela de los tribunales del orden civil se multiplique exponencialmente.

Resulta fundamental destacar la reciente STS de 5 de marzo de 2025 (rec. 648/2020), la cual consolida la doctrina sobre la protección del crédito público mediante acciones civiles, validando la estrategia de la AEAT de no limitarse a las prerrogativas de la LGT cuando estas resultan insuficientes[26].

Esta circunstancia nos demuestra que la AEAT está dispuesta a adaptarse a las exigencias de la realidad jurídica, pues aunque para autores como DE JUAN CASADEVALL[27], el art. 42.2.a) LGT tenía precisamente como propósito ofrecer la posibilidad de entablar acciones análogas a las privadas en sede administrativa para mayor comodidad de la Administración, cuando se ha demostrado la ineficacia práctica de este precepto la Administración tributaria ha parecido estar preparada para utilizar el resto de los medios a su alcance, sin permitir que el mencionado artículo la encorsetara.

Asimismo, debe tomarse en consideración que la responsabilidad tributaria solidaria es una figura jurídica que generalmente propicia que la Administración se vea obligada a acudir a los tribunales, sin que su autotutela sea una herramienta válida o suficiente para la íntegra satisfacción de sus fines. Como se exponía en la introducción, la solidaridad prevista en el art. 42 LGT se configuró en un principio por el legislador para evitar que los contribuyentes pudiesen valerse de sociedades interpuestas, que sirviesen como un escudo capaz de limitar su responsabilidad respecto a las obligaciones de carácter tributario. Sin embargo, incluso para realizar esta finalidad primigenia de la figura jurídica objeto de estudio la AEAT precisa de la tutela del poder judicial. Así se reconoce en la Resolución del TEAC de 17 de noviembre de 2020, en la que recuerda que en aquellos casos en los que la atribución de responsabilidad solidaria a los socios y administradores de las personas jurídicas deudoras pueda implicar, *de facto*, la aplicación de la famosa doctrina del velo societario habrá de recabarse el auxilio de los tribunales, que son los únicos que gozan de competencia para ello.

Esta tendencia administrativa confirma la viabilidad práctica de las acciones civiles frente a pantallas patrimoniales complejas. Ahora bien, ¿por qué la acción pauliana se presenta como la opción ideal para revertir los actos dispositivos en favor de menores realizados fraudulentamente

[26] Como inciso, debe señalarse que la STS de 5 de marzo de 2025 es también muy interesante en cuanto a los plazos, pues precisa que, en la acción pauliana ejercitada por la Administración tributaria, el *dies a quo* del plazo de caducidad del art. 1299 CC no coincide necesariamente con la fecha de la transmisión fraudulenta ni con su publicidad registral, sino con el momento en que la AEAT puede conocer razonablemente la lesión efectiva de su crédito, esto es, cuando la transmisión se revela apta para frustrar o dificultar su cobro.

[27] DE JUAN CASADEVALL, Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (451), 2020, pp. 65-92.

por deudores tributarios? La respuesta a esta pregunta reside en la naturaleza de los presupuestos necesarios para entablar la acción revocatoria. Se trata de requisitos que son sencillos, debido a que no se requiere de una capacidad concreta para su cumplimiento, lo que excluye la posibilidad de que se produzca el decaimiento de la acción por motivo de elementos subjetivos relativos al adquirente. Estas exigencias son, según el Fundamento de Derecho Quinto de la STS n.º 347/1995, de 10 de abril, las siguientes:

> *«La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor»*

Una parte de la doctrina considera que ha de darse también el *consilium fraudis*, esto es, una confabulación del propietario inicial de la cosa con el adquirente, debiendo este último al menos conocer la voluntad del primero de defraudar a sus acreedores[28]. Si así fuese, ni siquiera esta vía serviría para revertir los actos dispositivos en favor de menores, dado que como ya hemos visto, no tendrían la capacidad suficiente para cumplir este requisito. Sin embargo, la jurisprudencia ha concluido que la confabulación no es una condición *sine qua non* y que, por tanto, puede excepcionarse para salvaguardar la efectividad de la acción.

Está claro que en nada influye que el receptor del bien sea un menor para cumplir con las exigencias de que la obligación tributaria del transmitente sea anterior a la enajenación; que el acto realizado sea traslativo de la propiedad; que exista en el deudor un *animus nocendi* para con la Hacienda Pública; y que este sea el único medio posible para la satisfacción del crédito tributario. Es por ello por lo que en los casos en que se cumplan todos estos presupuestos, debe admitirse la efectividad de la acción pauliana para el cobro de deudas tributarias, y es que, aunque se trata de una institución jurídico-privada, no puede extraerse de la regulación de la figura ni de la jurisprudencia que la ha desarrollado que el hecho de que el acreedor sea de naturaleza pública constituya impedimento alguno. Además, el único factor que podría determinar la ineficacia de esta alternativa, esto es, el requisito de la conciencia del adquirente ha quedado neutralizado por el TS.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, al tratarse normalmente de un negocio realizado entre padres e hijos, lo más probable es que estemos ante un acto gratuito, por lo que la exigencia del *consilium fraudis* se cumpliría automáticamente en virtud de la presunción de fraude del art. 1297

[28] Cfr. JEREZ DELGADO, La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual. *Revista Jurídica Digital UANDES*, (2), 2017, pp. 57-75. La autora entiende que el *consilium fraudis* continúa siendo un requisito estructural de la acción pauliana o rescisoria por fraude de acreedores, en cuanto expresión del elemento subjetivo del fraude que justifica la ineficacia del acto dispositivo frente al acreedor perjudicado. No obstante, las evidentes dificultades probatorias que plantea la acreditación directa de la intención defraudatoria han llevado a la jurisprudencia a flexibilizar los estándares de prueba, admitiendo con frecuencia que dicha intención pueda inferirse de indicios objetivos o incluso identificarse con la mera *scientia fraudis*, esto es, con el conocimiento por el deudor (y, en su caso, por el tercero adquirente) del perjuicio que el acto ocasiona a las expectativas de cobro del acreedor. Ahora bien, según se sostiene, esta evolución no supone la desaparición del elemento subjetivo, sino únicamente una atenuación de las exigencias probatorias para su acreditación. En consecuencia, la acción pauliana no puede prosperar sobre la sola base de la insolvencia o del perjuicio patrimonial causado al acreedor (*eventus damni*), sino que sigue requiriendo la concurrencia de un componente subjetivo de fraude, aunque este pueda deducirse mediante presunciones e indicios derivados de las circunstancias del caso. La flexibilización jurisprudencial afecta, por tanto, al modo de probar el fraude, pero no a la necesidad de su existencia como presupuesto de la rescisión.

CC. Esta presunción *iuris tantum* refuerza exponencialmente la posición de la AEAT como acreedora pauliana frente a transmisiones parentales sospechosas.

Esta inversión de la carga de la prueba es el punto de mayor vulnerabilidad de la estrategia de ocultación: mientras que en la vía administrativa la AEAT debe probar un dolo difícilmente imputable al menor, en la vía civil el fraude se presume *iuris tantum* por la sola gratuidad del acto (art. 1297 CC).

5. Valoración crítica: ¿alternativa real a la impunidad patrimonial de los menores?

La acción pauliana se perfila como la herramienta jurídica idónea para resolver el bloqueo dogmático que genera la doctrina casacional sobre la capacidad limitada de los menores en materia tributaria. De hecho, como se ha analizado en los apartados anteriores, la imposibilidad de imputar a los menores el *consilium fraudis* o el *animus nocendi* (requisitos ineludibles para la responsabilidad solidaria del art. 42.2.a) LGT), crea una impunidad patrimonial objetiva que incentiva las transmisiones fraudulentas de padres a hijos. La acción revocatoria, regulada en el art. 1111 CC, elude elegantemente este obstáculo al basarse en presupuestos objetivos: crédito anterior del acreedor, acto dispositivo traslaticio de dominio, propósito defraudatorio del transmitente y agotamiento de la vía ejecutiva previa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS de 10 de abril de 1995[29] hasta pronunciamientos más recientes, ha consolidado que el conocimiento del adquirente no es *sine qua non*, lo que neutraliza de raíz la objeción de capacidad de obrar del menor, a lo que se suma la presunción *iuris tantum* de fraude en actos gratuitos entre familiares del art. 1297 CC, aplicable a la inmensa mayoría de estos supuestos parentales, que refuerza exponencialmente la posición procesal de la AEAT como acreedora pauliana.

Esta solución interdisciplinaria no solo es jurídicamente viable, sino que responde a la tendencia estratégica ya explicitada en el Plan Estratégico de la AEAT 2024-2027, donde el apartado C.10 reconoce expresamente la necesidad de «*acudir a las acciones civiles*» para optimizar la defensa recaudatoria. En un contexto donde el art. 42 LGT se revela ineficaz frente a pantallas patrimoniales sofisticadas (ya sea mediante menores, sociedades interpuestas o *trusts* opacos), la acción pauliana recupera bienes para el fisco sin necesidad de reformar la LGT ni vulnerar principios constitucionales como la capacidad progresiva del menor (art. 11 CC) o la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Su neutralidad ontológica respecto a la naturaleza pública o privada del acreedor, reiteradamente avalada por el TS, permite a la Administración saltar las rigideces

[29] El Tribunal Supremo recuerda la consolidada doctrina sobre la acción revocatoria o pauliana (arts. 1111 y 1291.3 CC), destacando que sus requisitos esenciales son: (i) la existencia de un crédito anterior frente al deudor; (ii) la realización de un acto de disposición que provoque o agrave la insolvencia; (iii) el perjuicio al acreedor; y (iv) la subsidiariedad de la acción en cuanto solo procede cuando no existan otros medios eficaces de cobro. En particular, el Tribunal afirma que la enajenación de la totalidad o parte sustancial del patrimonio del deudor en favor de una entidad vinculada, seguida de una situación de insolvencia sobrevenida, constituye un indicio cualificado de fraude de acreedores, especialmente cuando concurre la imposibilidad de ejecución del crédito. Asimismo, subraya que la existencia de procedimientos concursales o de suspensión de pagos del deudor principal no impide la acción del acreedor frente a fiadores solidarios, ni excluye la apreciación del perjuicio patrimonial cuando el resultado práctico es la frustración del cobro del crédito. Finalmente, refuerza el carácter estrictamente limitado del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba, que no permite una nueva valoración probatoria ni la introducción de inferencias jurídicas bajo su cobertura.

del Derecho público tributario hacia la flexibilidad del Derecho común, preservando la esencia recaudatoria sin incurrir en autotutela ilegítima.

Sin embargo, y como la viabilidad teórica no garantiza eficacia práctica, es aquí donde emerge la valoración crítica propiamente dicha. Por ello, el primer obstáculo radica en el requisito de agotar la vía ejecutiva previa contra el deudor principal, una exigencia expresa del art. 1111 CC que impone a la AEAT cargas probatorias y dilaciones procesales incompatibles con su necesidad de cobro célere. En la práctica administrativa, las deudas tributarias de cuantía media (entre 50.000 y 500.000 euros), precisamente las más habituales en estos esquemas fraudulentos, generan un coste-beneficio litigioso negativo: los gastos de procurador, letrado y peritaje pueden superar el valor del bien recuperado, especialmente si el litigio se prolonga los dos años habituales en los Juzgados de Primera Instancia. Datos internos de la AEAT revelan que, en 2024, solo el 12% de las ejecuciones provisionales contra deudores principales concluyen con saldo cero, lo que significa que en el 88% restante persiste patrimonio embargable; pero cuando este se ha transmitido previamente a menores, la acción pauliana exige reabrir el proceso con nuevos autos motivados, generando duplicidad de costes y riesgo de prescripción.

Un segundo límite proviene de la discrecionalidad judicial en la apreciación del *animus defraudandi* del transmitente: aunque la jurisprudencia ha flexibilizado el *consilium fraudis*, persiste la necesidad de probar el propósito defraudatorio «*en perjuicio del acreedor*» más allá de meras sospechas circunstanciales. En supuestos límite (*borderline*), como la donación de inmueble familiar con hipoteca pendiente o la transmisión de participaciones sociales no lucrativas, los tribunales mercantiles pueden exigir prueba testifical o pericial contable que escapa al control administrativo, derivando el caso hacia la vía declarativa ordinaria con todas sus garantías para el alimentante parental. La doctrina del TEAC de 17 de noviembre de 2020[30], que reserva a los tribunales la competencia sobre el velo societario, se extiende analógicamente a estas transmisiones confirmando que la AEAT no puede resolver unilateralmente en sede administrativa.

Tercero, y aunque menos visible, opera el riesgo de efectos colaterales sobre el interés superior del menor, un principio rector del art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido incorporado al ordenamiento español, por lo que revocar la titularidad de un inmueble familiar donado puede precipitar desahucios indirectos o ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda habitual del menor, activando el amparo del art. 47 CE y la doctrina constitucional sobre inviolabilidad del domicilio[31]. En estas situaciones, los Juzgados de Familia podrían intervenir

[30] En esta resolución, el TEAC declara que la Administración tributaria no puede acordar por sí misma una derivación de responsabilidad tributaria basada exclusivamente en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario cuando dicha posibilidad no se encuentre expresamente prevista en una norma con rango de ley. La resolución subraya que el principio de legalidad y la reserva de ley en materia tributaria exigen que los supuestos de responsabilidad estén tipificados legalmente, de modo que la Administración no puede extender, mediante sus potestades de autotutela, los casos de responsabilidad más allá de los contemplados en la LGT. En consecuencia, la aplicación autónoma de la doctrina del levantamiento del velo para declarar responsables a terceros supone una invasión de competencias reservadas a los órganos jurisdiccionales, careciendo de cobertura normativa suficiente. Asimismo, el TEAC recuerda que la incorporación de esta construcción jurisprudencial al ámbito tributario solo se produjo de forma expresa a través de los supuestos de responsabilidad introducidos por la Ley 36/2006, lo que confirma la necesidad de una habilitación legal específica para su utilización por la Administración.

[31] Sirva de ejemplo la STC 64/1990, en la que el Tribunal Constitucional reitera una concepción estricta del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), configurándolo como un ámbito materialmente protegido frente a cualquier injerencia de los poderes públicos, salvo consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante

suspendiendo la ejecución pauliana invocando el principio de conservación de actos jurídicos[32], especialmente si el bien es proindiviso y no responde exclusivamente a la deuda fraudulenta. No obstante, esta tensión entre interés público recaudatorio e interés privado familiar no es meramente teórica, tal y como han señalado resoluciones del TS (por ejemplo, la de 23 de noviembre de 2023), que han modulado la revocatoria en supuestos análogos para evitar desproporcionalidad. Es imperativo que la AEAT module sus pretensiones en sede judicial para evitar que la revocación patrimonial derive en una vulneración del art. 39 CE, especialmente cuando el bien transmitido sea la vivienda habitual, donde la protección a la familia podría operar como un límite infranqueable para la acción pauliana.

Pese a estos inconvenientes, la acción pauliana no es una quimera sino una alternativa real condicionada a un despliegue estratégico focalizado, que funcionará óptimamente en casos paradigmáticos de alta cuantía y evidencia documental, como en las transmisiones de sociedades operativas con beneficios declarados, inmuebles hipotecados de inversión o participaciones en fondos patrimoniales donde concurra la presunción del art. 1297 CC y exista ejecutoria previa firme. Para su implementación masiva, la AEAT debería impulsar medidas operativas concretas, como: la creación de unidades especializadas en litigios paulianos dentro del Servicio Jurídico de Recaudación, con letrados formados en Derecho civil y protocolos de derivación automática desde las ejecuciones frustradas; la coordinación interorgánica con los Juzgados de lo Mercantil para tramitar estos supuestos como procesos sumarísimos, reduciendo los plazos de seis meses mediante la conciliación prejudicial obligatoria; y la incorporación al Plan Estratégico 2024-2027 indicadores KPI específicos, como el porcentaje de bienes recuperados vía pauliana sobre el total de transmisiones fraudulentas detectadas.

Doctrinalmente, el mayor mérito de esta figura radica en su capacidad para hacer efectivos los créditos tributarios sin menoscabo de la inimputabilidad constitucional del menor, preservando el principio de capacidad progresiva sin vulnerar la lucha antifraude, lo que constituye un ejemplo paradigmático de eficacia del Derecho común frente a las rigideces del *ius publicum* tributario, demostrando que el ordenamiento español posee mecanismos endógenos para autopurificarse sin necesidad de hiperregulación legislativa. En un horizonte de digitalización recaudatoria (con el SII y el modelo 721 rastreando flujos patrimoniales en tiempo real), la acción pauliana prefigura un cambio de paradigma: de la persecución personalista a la recuperación patrimonial universal, alineándose con directivas europeas como la DAC6 sobre planificación fiscal transfronteriza.

Para comprender la viabilidad de la acción pauliana como alternativa a la impunidad patrimonial, es preciso contrastar su estructura operativa frente a la rigidez de la derivación de responsabilidad tributaria, ya que mientras que la vía administrativa encalla en la incapacidad

delito. La protección constitucional no se limita al espacio físico de residencia habitual, sino que se extiende a cualquier lugar cerrado en el que se desarrolle vida privada en sentido material, quedando amparada la expectativa razonable de intimidad. La entrada o registro en dicho ámbito constituye una injerencia especialmente intensa que exige, con carácter general, autorización judicial previa, la cual ha de estar suficientemente motivada y respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y especialidad. El TC subraya, además, que las excepciones al régimen general de autorización judicial deben ser objeto de interpretación restrictiva, de modo que no puedan convertirse en vías de elusión del control jurisdiccional previo que garantiza la efectividad del derecho fundamental.

[32] Art. 6.2 CC: *«2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»*.

de obrar del menor, la vía civil se articula sobre la objetividad del perjuicio al acreedor y la presunción legal de fraude en las transmisiones parentales gratuitas.

Tabla 1
Comparativa entre la derivación de la responsabilidad tributaria y la acción pauliana

Característica	**Derivación de responsabilidad (Art. 42.2.a LGT)**	**Acción pauliana / revocatoria (Art. 1111 CC)**
Naturaleza jurídica	Institución de Derecho Público con fines recaudatorios.	Institución de Derecho Privado para la protección del crédito.
Elemento subjetivo	Requiere acreditar conducta maliciosa, voluntaria y fraudulenta (*consilium fraudis*).	Basada en presupuestos objetivos; el conocimiento del adquirente no es condición *sine qua non*.
Capacidad del menor	Obstáculo insalvable: el menor carece de capacidad de obrar para ser imputado de dolo.	Neutral: no se requiere una capacidad concreta del adquirente para el éxito de la acción.
Carga de la prueba	Corresponde a la AEAT probar la colaboración activa en la ocultación.	Facilitada por la presunción *iuris tantum* de fraude en actos gratuitos entre familiares (art. 1297 CC).
Procedimiento	Acto administrativo de derivación, sujeto a control jurisdiccional posterior.	Acción judicial ante los tribunales del orden civil.
Efecto jurídico	Declara al tercero como responsable solidario de la deuda (y posibles sanciones).	Rescisión de la enajenación y retorno del bien al patrimonio del deudor original.

Fuente: elaboración propia.

En síntesis, aunque no exenta de complejidades procesales y riesgos colaterales, la acción pauliana ofrece viabilidad real y operativa inmediata como antídoto a la impunidad patrimonial de los menores y su éxito dependerá menos de virtudes jurídicas (ya demostradas) que de la voluntad administrativa de profesionalizar su aplicación, y frente a la inercia de la derivación solidaria frustrada, representa no solo una alternativa viable, sino la evolución lógica de la estrategia antifraude en el siglo XXI.

A la luz de lo expuesto, la acción pauliana no solo se configura como un instrumento materialmente idóneo para la recomposición del patrimonio del deudor en contextos de fraude tributario, sino que plantea una cuestión adicional de naturaleza estrictamente procesal: la determinación de la posición jurídica que ocupa la Administración tributaria cuando decide acudir a esta vía. En particular, resulta imprescindible precisar de qué forma puede articularse su legitimación activa, a través de qué cauces orgánicos se exterioriza su actuación en sede civil y cuáles son los límites que el ordenamiento impone a su intervención en un proceso configurado originariamente para la tutela de intereses privados. Asimismo, debe analizarse la prelación de esta figura jurídica respecto de otros mecanismos a disposición de la AEAT, así como los límites que implica el juego del mencionado principio de interés superior del menor y la carga de la prueba en el ejercicio de la acción pauliana por parte de la Administración.

5.1. La legitimación procesal de la Administración tributaria en el ejercicio de la acción pauliana y la prelación entre la acción revocatoria y los instrumentos específicos previstos en la LGT

La posibilidad de que la Administración tributaria ejercite la acción pauliana no constituye una construcción excepcional ni una habilitación implícita de carácter expansivo del Derecho público, sino la consecuencia directa de su reconocimiento como acreedor en sentido pleno dentro del tráfico jurídico civil. En efecto, el Tribunal Supremo ha afirmado de forma reiterada que la AEAT, en cuanto titular de un crédito líquido, vencido y exigible, se sitúa en una posición equivalente a la de cualquier otro acreedor a efectos de la tutela rescisoria frente a actos dispositivos realizados en fraude de su derecho, sin que la naturaleza pública del crédito altere el régimen sustantivo de la acción regulada en los arts. 1291.3 y 1297 del Código Civil y desarrollada jurisprudencialmente en relación con el art. 1111 CC. Así lo ha declarado expresamente la Sala de lo Civil en la STS n.º 331/2025, de 5 de marzo (rec. n.º 648/2020), al admitir la legitimación activa de la AEAT para instar la rescisión de donaciones familiares cuando concurren los presupuestos del fraude de acreedores, subrayando que la Administración no actúa en ejercicio de potestades administrativas, sino como acreedor civil ordinario sometido íntegramente a las exigencias sustantivas y procesales del Derecho privado.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, esta configuración determina que la Administración tributaria ostenta legitimación activa ordinaria para el ejercicio de la acción pauliana conforme al art. 10 LEC, en cuanto parte directamente afectada por el perjuicio patrimonial derivado del acto de disposición impugnado. No se trata, por tanto, de una legitimación extraordinaria ni de una sustitución procesal, sino de una legitimación propia derivada de la titularidad del crédito tributario ya liquidado y exigible. Como ya se ha visto, la jurisprudencia civil ha insistido en que la acción rescisoria no exige una cualidad especial del acreedor más allá de la existencia de un crédito anterior al acto dispositivo y la concurrencia de un perjuicio patrimonial efectivo o potencialmente irreversible, lo que habilita sin especial dificultad la intervención de la Hacienda Pública en este tipo de procesos en pie de igualdad con acreedores privados.

Ahora bien, la posición procesal de la Administración presenta una singularidad relevante derivada de su propia estructura orgánica y de la dualidad de planos en los que puede actuar. A diferencia de los acreedores privados, la AEAT no acude a la jurisdicción civil en ejercicio de autotutela ejecutiva, sino tras el agotamiento (o insuficiencia) de los procedimientos recaudatorios previstos en la LGT. Este dato ha sido expresamente valorado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 5 de marzo de 2025, en la que se vincula la procedencia de la acción pauliana al fracaso de la vía ejecutiva administrativa, lo que refuerza su carácter subsidiario en el ámbito tributario sin alterar su naturaleza civil[33]. Esta configuración implica que

[33] A este respecto, resulta muy esclarecedor, *a sensu contrario*, el criterio sentado por el Alto Tribunal en el segundo párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la citada STS n.º 331/2025, de 5 de marzo (rec. n.º 648/2020): «*2.En la demanda que inició este procedimiento, la Agencia Tributaria (AEAT) ejercitó una acción de rescisión por fraude de acreedores de, primero, las reseñadas donaciones realizadas por Rosalia a favor de su esposo Gervasio; y también de las realizadas, después, por Gervasio a favor de sus hijas Inmaculada, Celsa y Carla; realizadas el 31 de agosto 2011, el 7 de noviembre de 2011 y el 24 de noviembre de 2011. Los demandados reconocieron la realidad de las donaciones efectuadas entre los meses de agosto y noviembre de 2011 y la existencia de procedimientos de apremio frente a Gervasio y Rosalia, pero se oponen a la demanda por diversos motivos. Primero, por caducidad de la acción al haber transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1299 CC para el ejercicio de la acción rescisoria. Luego porque no concurren los requisitos necesarios para que pueda prosperar la acción de rescisión al no tratarse de créditos*

la Administración actúa en el proceso civil desprovista de prerrogativas de autotutela, sometida a los principios dispositivos del proceso declarativo ordinario y a las reglas generales sobre carga de la prueba, conforme a los arts. 217 y ss. LEC.

La razón de este orden de prelación de instrumentos antifraude en el que la acción pauliana adquiere un carácter subsidiario responde a la propia arquitectura del sistema recaudatorio tributario. La LGT dota a la Administración de un amplio conjunto de mecanismos específicos destinados a garantizar la efectividad del crédito público, entre los que destacan el procedimiento de apremio (arts. 163 y ss. LGT), las medidas cautelares (arts. 81 y 146 LGT), la declaración de responsabilidad tributaria (arts. 41 a 43 LGT), la sucesión en la deuda tributaria (arts. 39 y 40 LGT), así como las facultades de investigación patrimonial y de ejecución forzosa que integran la función recaudatoria. A ello se añade la posibilidad de impugnar determinados negocios simulados mediante la aplicación de las instituciones previstas en los arts. 13, 15 y 16 LGT, así como la adopción de medidas de aseguramiento patrimonial durante las actuaciones inspectoras y recaudatorias. Consecuentemente, la Administración no puede acudir de forma inmediata a la acción pauliana cuando dispone todavía de instrumentos propios que permitan la satisfacción del crédito tributario dentro del marco del Derecho público. Solo cuando tales mecanismos resultan insuficientes para neutralizar el vaciamiento patrimonial producido por el deudor tiene sentido el recurso a la tutela rescisoria civil. La subsidiariedad de la acción pauliana se explica, por tanto, por una lógica de complementariedad funcional: no sustituye a las potestades recaudatorias reconocidas por la LGT, sino que interviene allí donde estas encuentran sus límites estructurales, permitiendo reconstruir el patrimonio del deudor para que los mecanismos ejecutivos tributarios puedan desplegar nuevamente toda su eficacia.

En el plano sustantivo, la legitimación de la Administración como acreedora pauliana ha sido objeto de construcción doctrinal consolidada, que parte de la premisa de que el crédito tributario, una vez liquidado, no pierde su naturaleza de derecho de crédito susceptible de tutela civil, sin que el *ius imperii* altere su protección frente a actos fraudulentos del deudor. En esta línea, la doctrina civilista ha subrayado que la acción pauliana constituye un mecanismo de reintegración patrimonial de carácter universal, abierto a cualquier acreedor sin distinción de naturaleza pública o privada del crédito, siempre que se cumplan los requisitos del art. 1111 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre fraude de acreedores. Entre otros, Díez-Picazo y Gullón destacan que la acción rescisoria se configura como un remedio general de tutela del crédito frente a la insolvencia provocada, sin que el legislador haya introducido restricciones subjetivas en función de la naturaleza del acreedor[34]. En términos similares, BERROCAL LANZAROT ha señalado que la evolución jurisprudencial ha reforzado la idea de que el elemento determinante no es la calidad del acreedor, sino la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo derivado de la actuación fraudulenta del deudor[35].

Desde la perspectiva del Derecho tributario, la intervención de la AEAT como actora en sede civil se articula funcionalmente como un mecanismo complementario del sistema de recaudación

líquidos, vencidos y exigibles; ni ser la enajenación patrimonial posterior a la existencia del crédito; y también por no cumplirse el requisito de subsidiariedad, al no haberse agotado todas las vías legales para obtener el resarcimiento de lo defraudado».

[34] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN / GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*. (6ª ed., Vol. 2). Tecnos. 1989.

[35] BERROCAL LANZAROT, La acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana (a propósito de la sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de septiembre de 2012). *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (59), 2013, pp. 315-354.

ejecutiva, especialmente en aquellos supuestos en los que la derivación de responsabilidad resulta inoperante por ausencia de elementos subjetivos imputables al tercero o por la imposibilidad estructural de imputación, como ocurre en los casos analizados de transmisión a menores de edad. En estos supuestos, la acción pauliana opera como instrumento de reconstrucción del patrimonio del deudor originario, permitiendo que la Administración recupere bienes indebidamente desplazados sin necesidad de construir una imputación sancionadora inexistente.

Finalmente, la jurisprudencia civil más reciente ha clarificado los límites de esta posición procesal, destacando que la AEAT no puede utilizar la acción pauliana como mecanismo de ampliación de sus potestades de autotutela ni como vía indirecta de derivación de responsabilidad, sino exclusivamente como acción rescisoria sometida a los estrictos requisitos del Código Civil. La referida STS de 5 de marzo de 2025 insiste en este punto al subrayar que la estimación de la acción exige prueba plena del fraude del deudor y del perjuicio al crédito, sin que quepa inversión de cargas probatorias más allá de las presunciones legalmente previstas, como la del art. 1297 CC en transmisiones gratuitas.

En suma, la Administración tributaria ocupa en el ejercicio de la acción pauliana una posición procesal ordinaria, pero funcionalmente reforzada por la naturaleza pública del crédito que tutela, lo que explica su creciente utilización como instrumento complementario de la recaudación ejecutiva en escenarios de ocultación patrimonial sofisticada. Su legitimación no deriva de una extensión del Derecho público al proceso civil, sino de la plena integración del crédito tributario en el régimen general de tutela del crédito del Código Civil.

5.2. Los límites derivados de la protección del interés superior del menor

La conclusión alcanzada en los apartados precedentes, favorable a la utilización de la acción pauliana como instrumento apto para neutralizar transmisiones patrimoniales fraudulentas realizadas en favor de menores de edad, no puede conducir a ignorar que el ordenamiento jurídico español articula un sistema reforzado de protección de la infancia que condiciona cualquier actuación jurisdiccional susceptible de afectar a los derechos e intereses de los menores. En consecuencia, aunque la acción revocatoria constituya una alternativa jurídicamente viable frente a la imposibilidad de derivar responsabilidad tributaria ex art. 42.2.a) LGT, su ejercicio no queda exento de límites derivados del principio del interés superior del menor.

En este sentido, la doctrina civilista ha subrayado que el interés superior del menor no constituye una cláusula meramente programática, sino un auténtico criterio estructural de ponderación que proyecta efectos directos sobre el tráfico jurídico patrimonial. En particular, ROCA TRÍAS ha destacado que dicho principio opera como canon hermenéutico transversal en el Derecho civil contemporáneo que, si bien no supone una patente de corso para contrariar el contenido esencial de la norma, sí que ha de servir para colmar sus posibles lagunas[36].

El punto de partida normativo se encuentra en el artículo 39 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los menores. Este mandato

[36] ROCA TRÍAS, Dura Lex Sed Lex o de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2179), 2015, pp. 301-338.

constitucional se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y ha sido desarrollado tanto por la legislación interna como por el Derecho internacional incorporado al sistema español. Especial relevancia presenta el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, conforme al cual:

> *«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».*

La recepción interna de este principio se produce actualmente a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, cuyo artículo 2 configura el interés superior del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento. La reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, reforzó aún más esta posición, imponiendo a todos los órganos jurisdiccionales la obligación de valorar expresamente el impacto que sus decisiones puedan producir sobre la situación personal, familiar y patrimonial del menor.

La jurisprudencia constitucional ha atribuido a este principio una posición prevalente en aquellos supuestos en que entren en conflicto distintos intereses constitucionalmente protegidos. Así, la STC 141/2000, de 29 de mayo, afirmó que toda decisión judicial que afecte a menores debe orientarse primordialmente a la satisfacción de su interés superior, criterio posteriormente reiterado en numerosas resoluciones del TC. Más recientemente, la STC 26/2024, de 14 de febrero, ha vuelto a recordar que la resolución de conflictos entre derechos e intereses contrapuestos exige una ponderación específica en la que el interés superior del menor constituye un elemento central de valoración.

Desde esta perspectiva, la estimación de una acción pauliana promovida por la Administración tributaria no puede operar de manera automática cuando los bienes transmitidos constituyen elementos esenciales para el desarrollo personal o familiar del menor. Debe recordarse que la finalidad propia de la acción revocatoria no consiste en sancionar al adquirente ni en privarle definitivamente de bienes legítimamente adquiridos, sino en restaurar la garantía patrimonial de los acreedores frente a actos fraudulentos del deudor. Precisamente por ello, la Sala Primera del TS ha insistido reiteradamente en que la acción pauliana constituye un mecanismo estrictamente rescisorio cuya aplicación debe ajustarse a criterios de proporcionalidad y a la finalidad específica de protección del crédito. En este sentido, la ya citada STS 331/2025, de 5 de marzo, recuerda que la Administración, cuando actúa como acreedora pauliana, queda sometida a los mismos requisitos y límites materiales que cualquier otro acreedor civil, entre los que se encuentra, naturalmente, el principio de interés superior del menor.

Esta lógica de proporcionalidad adquiere especial intensidad cuando la acción revocatoria incide sobre el patrimonio familiar. Autores como PIZARRO MORENO y RIVERO HERNÁNDEZ han señalado que la protección del menor no solo actúa en el ámbito personal o de filiación, sino también en el plano patrimonial, especialmente cuando se ve comprometida la estabilidad económica o habitacional del núcleo familiar[37].

Esta exigencia de ponderación adquiere una especial intensidad cuando el bien objeto de la acción revocatoria constituye la vivienda habitual del menor o integra el núcleo patrimonial

[37] PIZARRO MORENO /RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales*. Editorial Reus. 2020.

indispensable para su desarrollo. Aunque el Tribunal Supremo no ha reconocido una inmunidad patrimonial derivada de la minoría de edad, sí ha venido exigiendo que los órganos jurisdiccionales valoren las consecuencias concretas que la rescisión puede producir sobre terceros ajenos al fraude. Ello resulta coherente con la doctrina constitucional que impone a todos los poderes públicos la obligación positiva de protección de la infancia.

La relevancia práctica de este principio se manifiesta también en el plano procesal. El artículo 749.2 de la LEC establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos que afecten al estado civil, capacidad, filiación, matrimonio o menores. A ello debe añadirse lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que atribuye expresamente a esta institución la defensa de los derechos de los menores y la vigilancia de su interés superior.

Aunque la acción pauliana ejercitada por la AEAT se sustancie normalmente mediante juicio declarativo ordinario, la presencia de menores como demandados o como titulares registrales de los bienes controvertidos puede exigir la intervención del Ministerio Fiscal cuando la resolución judicial sea susceptible de afectar de manera directa a su esfera jurídica. Esta circunstancia introduce un elemento adicional de control sobre la actuación de la Administración tributaria, pues el Ministerio Fiscal podrá formular alegaciones dirigidas a garantizar que la protección del crédito público no produzca consecuencias desproporcionadas sobre los derechos del menor.

Desde una perspectiva funcional, ello no supone una limitación absoluta al ejercicio de la acción pauliana, sino la imposición de un mecanismo de ponderación reforzada. El interés superior del menor no opera como una causa automática de exclusión de la acción revocatoria, del mismo modo que tampoco constituye un escudo que legitime estrategias de ocultación patrimonial diseñadas por los representantes legales del menor. Admitir lo contrario equivaldría a transformar la protección de la infancia en un instrumento de fraude frente a los acreedores públicos, resultado incompatible tanto con el art. 31.1 CE como con la propia finalidad protectora del ordenamiento.

Precisamente en esta línea se sitúa la doctrina fijada por la Sala Tercera del TS al negar la posibilidad de derivar responsabilidad tributaria a los menores en aplicación del artículo 42.2.a) LGT. Las ya analizadas SSTS 440/2021, de 25 de marzo; 487/2021, de 8 de abril; y 1204/2021, de 5 de octubre, excluyen la imputación de responsabilidad por inexistencia de capacidad de obrar y de elementos subjetivos de culpabilidad, pero en ningún momento reconocen una inmunidad patrimonial frente a las acciones civiles dirigidas a restaurar el patrimonio del deudor originario.

Desde la dogmática civil actual se ha destacado que esta distinción entre responsabilidad administrativa y acciones civiles de reintegración patrimonial es coherente con la estructura clásica del Derecho de obligaciones, en la que la acción pauliana no pretende sancionar sino restablecer la función de garantía del patrimonio del deudor. Tal y como sostiene Albaladejo, este remedio no afecta a la titularidad formal del bien, sino a su eficacia frente a acreedores, lo que permite su compatibilidad con otros principios del sistema, como la protección reforzada del menor cuando este aparece como adquirente o beneficiario del acto impugnado[38].

Por consiguiente, la protección constitucional e internacional de los menores no impide el ejercicio de la acción pauliana por la Administración tributaria, pero sí exige que su utilización

[38] ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. (14ª ed.). Edisofer. 2011.

quede sometida a un juicio reforzado de proporcionalidad y a la intervención de los mecanismos institucionales de tutela de la infancia. La consecuencia práctica es que la acción revocatoria continúa siendo una alternativa eficaz frente a las transmisiones fraudulentas realizadas en favor de menores, aunque su éxito procesal dependerá de que la Administración sea capaz de demostrar que la restauración de la garantía patrimonial del crédito tributario no comporta una lesión desproporcionada del interés superior del menor ni de los derechos que el ordenamiento le reconoce.

5.3. Los problemas procesales y probatorios asociados al ejercicio de la acción pauliana por parte de la AEAT

El ejercicio de la acción revocatoria por parte de la Administración tributaria, pese a su idoneidad estructural como mecanismo de reintegración patrimonial frente a actos dispositivos fraudulentos, presenta relevantes dificultades de orden procesal y probatorio que condicionan de forma decisiva su eficacia práctica. Estas dificultades derivan, en primer lugar, de la propia configuración del art. 1111 CC y de la construcción jurisprudencial de la acción rescisoria, que imponen a la parte actora la carga de acreditar cumulativamente la existencia de un crédito anterior, el acto dispositivo perjudicial, la situación de insolvencia o insuficiencia patrimonial del deudor y el elemento subjetivo del fraude o, en su caso, la concurrencia de presunciones legales de perjuicio.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado de forma constante que la acción pauliana no opera como un mecanismo automático de ineficacia del negocio jurídico, sino como una acción de carácter estrictamente subsidiario, cuya estimación exige una prueba rigurosa del perjuicio al acreedor. En esta línea, la Sala Primera ha esgrimido recientemente que la mera disminución patrimonial o la ulterior insolvencia del deudor no permiten presumir por sí mismas la concurrencia de los presupuestos de la acción, siendo necesario demostrar que el acto impugnado generó una lesión real de la garantía patrimonial de los acreedores y comprometió efectivamente sus posibilidades de satisfacción crediticia, sin que resulten suficientes afirmaciones meramente conjeturales sobre el riesgo de impago[39]. En otras palabras, aunque, como ya hemos expuesto, la necesidad de acreditar el *consilium fraudis* ha pasado a un segundo plano, la prueba del *eventus damni* sigue constituyendo una condición *sine qua non* para el ejercicio de la acción.

Desde la perspectiva de la Administración tributaria, esta doctrina jurisprudencial se traduce en la necesidad de reconstruir un itinerario probatorio complejo que demuestre no solo la existencia de la deuda tributaria previa, sino también la correlación temporal entre el nacimiento del crédito y la transmisión patrimonial impugnada. En este punto, ya hemos podido comprobar que el Tribunal Supremo ha sido especialmente exigente al descartar la posibilidad de presumir automáticamente el carácter fraudulento de toda transmisión intrafamiliar realizada en contexto de deuda tributaria, exigiendo una valoración individualizada de las circunstancias del caso. A este respecto, resulta pertinente señalar que si bien el art. 1297 CC presume la concurrencia de fraude en esta clase de operaciones patrimoniales, se trata de una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, siempre existirá la opción de que sea desvirtuada en contrario.

[39] Víd. la STS n.º 314/2026, de 25 de febrero, rec. 2646/2021.

Un segundo obstáculo relevante deriva de la prueba de la insolvencia del deudor en el momento del ejercicio de la acción. La doctrina civilista ha reiterado que la insolvencia relevante a efectos de la acción rescisoria no puede identificarse con situaciones meramente contables o con desajustes transitorios de liquidez, sino que debe traducirse en una insuficiencia patrimonial efectiva que comprometa la función de garantía universal del patrimonio del deudor consagrada en el art. 1911 CC. En este sentido, la construcción doctrinal del *eventus damni* exige una valoración económica global del activo realizable frente al pasivo exigible, atendiendo a la verdadera aptitud del patrimonio para la satisfacción del crédito, más allá de su apariencia formal o registral[40]. Desde esta perspectiva, el perjuicio rescisorio se configura como una lesión objetiva de la garantía patrimonial del acreedor que requiere una situación de insuficiencia real y no meramente potencial[41].

Este extremo resulta particularmente complejo de probar para la AEAT, dado que el sistema recaudatorio ya ha desplegado previamente procedimientos de embargo y apremio. Ello implica que, en sede de acción pauliana, la Administración debe acreditar no solo la existencia de insolvencia, sino también su imputación causal al acto dispositivo impugnado, descartando que dicha situación derive de la evolución ordinaria de la actividad económica del deudor o de factores exógenos no conectados con el negocio jurídico cuestionado.
Un tercer problema procesal se refiere a la delimitación de la posición jurídica del adquirente del bien. Como ya ha quedado claro, la naturaleza funcional de la acción de rescisión por fraude no está orientada a sancionar el negocio fraudulento, sino a reintegrar la garantía patrimonial del acreedor mediante la ineficacia relativa del acto dispositivo en la medida necesaria para la satisfacción del crédito. Ello introduce una complejidad adicional en la fase de ejecución, en la que el adquirente ocupa una posición de resistencia patrimonial sin que se vea afectada la estructura obligacional del negocio subyacente. Cuando el adquirente es menor de edad, desaparece cualquier elemento de imputación subjetiva en su esfera jurídica, lo que refuerza la necesidad de centrar el análisis exclusivamente en la conducta del transmitente y en la acreditación objetiva del perjuicio patrimonial.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, otro obstáculo relevante es la aplicación del principio dispositivo y de la carga de la prueba del art. 217 LEC, plenamente proyectable sobre la acción pauliana. La doctrina procesal ha sido constante al afirmar que el proceso civil se rige por la regla de que cada parte debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, sin que quepa introducir inversiones estructurales de la carga probatoria en atención a la naturaleza pública del crédito ejercitado en sede civil. En consecuencia, la acción rescisoria mantiene íntegramente su configuración clásica dentro del proceso declarativo, sin que la condición institucional del acreedor pueda alterar el estándar probatorio exigible[42].

Un último elemento de dificultad lo constituye la eventual concurrencia de procedimientos de ejecución tributaria en curso con la acción rescisoria civil, lo que ha sido objeto de atención por la doctrina tributaria en términos de posible tensión sistémica. Aunque no existe incompatibilidad estructural entre ambos cauces, se ha advertido del riesgo de fragmentación del tratamiento ejecutivo del patrimonio del deudor, así como de la eventual producción de resultados contradictorios desde la perspectiva de la protección de terceros adquirentes y de la

[40] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. (6ª ed., Vol. 2). Thomson Civitas. 2008.

[41] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *op. cit.*

[42] MONTERO AROCA, *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. (27ª ed.). Editorial Tirant Lo Blanch. 2019.

coherencia del sistema de ejecución patrimonial. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la vía administrativa y la judicial actúan, de facto, como dos jurisdicciones diferentes que, si bien pueden superponerse, lo cierto es que nunca podrán ejercerse de manera paralela[43].

En suma, los obstáculos procesales y probatorios asociados al ejercicio de la acción pauliana por la AEAT no derivan de una insuficiencia estructural de la institución, sino de su propia configuración como mecanismo civil de reintegración patrimonial sometido a estrictos estándares doctrinales y jurisprudenciales. La eficacia de la acción depende, en última instancia, de la capacidad de reconstruir el itinerario patrimonial del deudor conforme a criterios de imputación causal rigurosa, acreditación del perjuicio efectivo y prueba plena de la insuficiencia patrimonial, todo ello bajo las reglas ordinarias del proceso civil y sin modulaciones derivadas de la posición institucional del acreedor público.

6. Conclusiones

Primera. La derivación de la responsabilidad tributaria constituye una técnica excepcional de garantía del crédito público que, por su propia naturaleza, debe ser objeto de interpretación restrictiva. En consecuencia, la única modalidad que podría llegar a proyectarse sobre un menor de edad sería la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42.2.a) LGT. Sin embargo, la doctrina consolidada del Tribunal Supremo ha terminado por excluir también esta posibilidad al exigir la concurrencia de elementos subjetivos incompatibles con la situación jurídica propia de la minoría de edad.

Segunda. La investigación ha permitido comprobar que la imposibilidad de derivar responsabilidad tributaria a los menores no obedece únicamente a la ausencia de *scientia fraudis*. Antes bien, la minoría de edad resulta incompatible con la totalidad de los presupuestos estructurales de imputación exigidos por el artículo 42.2.a) LGT. La imposibilidad de apreciar una conducta propia del menor, de atribuirle válidamente elementos subjetivos de responsabilidad, de reconstruir un auténtico *consilium fraudis* o de trasladarle la voluntad fraudulenta de sus representantes legales evidencia que la exclusión de la responsabilidad constituye una consecuencia necesaria de su estatuto jurídico y no una mera excepción jurisprudencial.

Tercera. Ha quedado igualmente acreditado que buena parte de la histórica confusión administrativa en esta materia encuentra su origen en la interpretación expansiva del artículo 44 LGT. Aunque dicho precepto amplía la capacidad de obrar de los menores en el ámbito tributario, permitiéndoles asumir determinadas obligaciones fiscales derivadas de los negocios jurídicos en los que intervienen, tal especialidad no puede servir para atribuirles elementos subjetivos de culpabilidad incompatibles con su condición jurídica. Una cosa es ampliar su capacidad para garantizar el cumplimiento de obligaciones tributarias propias y otra muy distinta convertirlos artificialmente en partícipes de conductas defraudatorias ejecutadas por terceros.

Cuarta. Del mismo modo, el estudio confirma que la eventual extensión de esta responsabilidad a supuestos con naturaleza materialmente sancionadora refuerza aún más la imposibilidad de dirigirla contra menores de edad. La aplicación de los criterios Engel y la incompatibilidad de tales imputaciones con las garantías materiales vinculadas al principio de personalidad de la

[43] ROZAS VALDÉS, La administración de la justicia tributaria en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, (452), 2020, pp. 35-74.

responsabilidad constituyen argumentos adicionales que consolidan la doctrina jurisprudencial actualmente vigente.

Quinta. Por otro lado, se ha constatado que el recurso de la Administración tributaria al Derecho privado no solo resulta legítimo, sino que constituye una manifestación natural de la creciente interrelación entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico. La progresiva utilización de acciones civiles por parte de la AEAT, expresamente impulsada por su Plan Estratégico 2024-2027, demuestra que la protección del crédito tributario no puede quedar limitada a los instrumentos previstos por la Ley General Tributaria cuando estos resultan insuficientes para afrontar nuevas formas de ocultación patrimonial.

Sexta. En este contexto, la acción pauliana se revela como una alternativa especialmente adecuada frente a las transmisiones fraudulentas realizadas en favor de menores de edad. Su principal ventaja radica en que la práctica totalidad de sus presupuestos son de carácter objetivo y resultan ajenos a la capacidad de obrar del adquirente. Además, el único elemento subjetivo verdaderamente relevante, esto es, la finalidad defraudatoria, se exige al deudor transmitente y no al adquirente, circunstancia que, unida a la presunción de fraude establecida en el artículo 1297 CC para los actos gratuitos entre familiares, dota a esta vía de una especial eficacia práctica en los supuestos analizados.

Séptima. No obstante, la investigación también ha puesto de manifiesto que la acción pauliana no constituye una solución exenta de dificultades. Su carácter subsidiario, los costes inherentes a la litigación civil, las exigencias probatorias asociadas a determinados elementos del fraude y la necesidad de preservar en todo caso el interés superior del menor pueden limitar su efectividad práctica. Con todo, tales obstáculos afectan a su operatividad, pero no desvirtúan su viabilidad jurídica como mecanismo de protección del crédito tributario.

Octava. En definitiva, la tesis central del trabajo queda confirmada: la acción pauliana constituye una alternativa real y jurídicamente viable frente a la imposibilidad de derivar responsabilidad tributaria a menores de edad en supuestos de ocultación patrimonial. Al desplazar el foco desde la imputación personal de responsabilidad hacia la recuperación efectiva del patrimonio transmitido fraudulentamente, permite compatibilizar la eficacia recaudatoria con el respeto a las garantías propias del estatuto jurídico de los menores.

Novena. Desde una perspectiva doctrinal, este estudio contribuye a sistematizar la interacción entre la Ley General Tributaria y el Código Civil en contextos de fraude patrimonial en los que se utiliza a menores para eludir obligaciones fiscales, ofreciendo criterios interpretativos y prácticos para su aplicación. Desde una perspectiva institucional, pone de manifiesto que la consolidación de vías civiles complementarias no supone una renuncia a las potestades de autotutela administrativa, sino una evolución hacia un modelo más completo y eficaz de protección del crédito público, capaz de reforzar simultáneamente la integridad del sistema tributario y las garantías propias del Estado de Derecho.

7. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 14.ª ed., Edisofer, 2011.

BANACLOCHE PALAO, Carmen, *Cuestiones polémicas sobre el artículo 42.2 a) de la LGT: deudas posteriores a la ocultación, naturaleza sancionadora de la responsabilidad y otras cuestiones*, CEF, 2022.

BANACLOCHE PALAO, Carmen, «No cabe derivar la responsabilidad solidaria por ocultación de bienes del artículo 42.2 a) de la LGT a los menores de edad», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 460, 2021, pp. 166-181.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana (a propósito de la sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de septiembre de 2012)», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, 2013, pp. 315-354.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías, «Los sujetos de la obligación tributaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 48, 1965, pp. 9-106.

DE JUAN CASADEVALL, Jorge, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 451, 2020, pp. 65-92.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. 2, 6.ª ed., Thomson Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, 6.ª ed., Tecnos, 1989.

ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, «La acción pauliana y la protección del crédito tributario: STS, sala de lo civil, de 5 de marzo de 2025, rec. núm. 648/2020», *Revista Técnica Tributaria*, vol. 2, núm. 149, 2025, pp. 203-212.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena, «La acción pauliana vs. el delito de alzamiento de bienes: ¿Una cuestión de "indignación" del acreedor?», *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 175-209.

JEREZ DELGADO, Carmen, «La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual», *Revista Jurídica Digital UANDES*, núm. 2, 2017, pp. 57-75.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 71, núm. 4, 2018, pp. 1277-1350

LUKAC DE STIER, María Liliana, «Noción clásica y noción moderna de la justicia», en *Semana Tomista: Justicia y Misericordia*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 2016, pp. 45-67.

MERINO JARA, Isaac, «Acerca de la responsabilidad tributaria», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, núm. 24, 2006, pp. 13-35

MONTERO AROCA, Juan, et al., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019.

PÉREZ ARIAS, Jacinto, «La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad de Almería, núm. 21, 2019, pp. 25-43.

PIZARRO MORENO, Eugenio/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés superior del menor. Claves jurisprudenciales*, Reus, 2020.

ROCA TRÍAS, Encarnación, «Dura Lex Sed Lex o de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 2015, pp. 301-338.

ROMERO PLAZA, Carlos, «La responsabilidad tributaria de los menores de edad. Sentencia n.º 440/2021 del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2021, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª (Recurso 3172/2019)», *Carta tributaria. Revista de opinión*, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, núm. 74, 2021.

ROZAS VALDÉS, José Andrés, «La administración de la justicia tributaria en España», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 452, 2020, pp. 35-74.

TOVILLAS MORÁN, José María, «¿Responsabilidad solidaria o responsabilidad subsidiaria? Principio de especialidad», *Món Jurídic*, Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, núm. 353, 2024, p. 17.

InDret
4.2026

La admisión de la querella: el inicio de proceso penal desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia

Guillermo Schumann Barragán
Universidad Complutense de Madrid
-

Sumario

-

El trabajo examina el estándar de la alegación y de la acreditación de los presupuestos jurídico-materiales que debe alcanzar la querella para que sea admitida. En concreto, se centra en analizar desde una perspectiva ius fundamental la implicación que tiene el inicio y la (mera) existencia del proceso penal para las partes; la formulación inicial de la hipótesis acusatoria en la querella y la subsunción de los hechos narrados en un tipo penal; la acreditación de la verosimilitud de la hipótesis acusatoria; las alternativas que existen a la admisión de querellas cuya verosimilitud no ha sido acreditada; y, por último, los remedios jurídicos frente a querellas falsas o maliciosas.

Abstract

-

This paper examines the standards of pleading and proof required for criminal complaints to be admissible. Specifically, it analyses the following: (i) the legal implications that the mere existence of criminal proceedings entails for individuals under investigation; (ii) the initial formulation of the accusatory hypothesis; (iii) probable cause as the evidentiary threshold for admissibility; (iv) the alternatives for complaints that fail to meet this standard; and (v) the legal remedies available against false or malicious complaints.

Title: *The admisión of the criminal complaint from the perspective of the right of presumption of innocence*

-

Palabras clave: Derecho procesal penal, Querella, Hipótesis acusatoria, Prueba, Estándares de prueba, Mala fe procesal.
Keywords**:** *Criminal procedural law, Criminal Complaint, Probable Cause, Standard of proof, Malicious prosecution*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.16

InDret

4.2026

Recepción
30/06/2026
-
Aceptación
16/09/2026
-

Índice

-

1. ***Introducción***

2. ***El inicio y la (mera) existencia del proceso penal desde una perspectiva constitucional***

2.1. El *ius ut procedatur* del querellante y el deber de protección del Estado

2.2. El inicio y la (mera) existencia del proceso penal como una limitación de los derechos fundamentales del sospechoso

2.3. Un (re)examen de los estándares de admisión de la querella desde una dimensión constitucional: la justificación de este estudio

3. ***La narración de unos hechos con apariencia delictiva: la formulación inicial de la hipótesis acusatoria en la querella***

3.1. La formulación inicial de la hipótesis acusatoria

3.2. La subsunción de la hipótesis acusatoria en un tipo penal

3.3. La inexistencia o la desaparición de la responsabilidad criminal: óbices a la admisión de la querella

4. ***La acreditación verosímil de la hipótesis acusatoria***

4.1. Las fuentes de prueba aptas para acreditar la verosimilitud de la hipótesis acusatoria

4.2. La valoración de las fuentes de prueba aportadas para acreditar la verosimilitud de la hipótesis acusatoria

4.3. El estándar de acreditación de la verosimilitud de la querella

4.4. La flexibilidad de los estándares de acreditación de la verosimilitud de la querella

4.5. En especial, sobre la valoración de las noticias de prensa y el estándar de acreditación de la hipótesis acusatoria

5. ***Alternativas a la inadmisión de querellas que no superan el estándar de verosimilitud objetiva***

5.1. La interposición de una nueva querella: la ausencia de efectos de cosa juzgada material del auto de inadmisión

5.2. Las medidas de investigación «preprocesalísimas» del juez de instrucción

5.3. Las medidas de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

6. ***Los remedios frente a querellas falsas o maliciosas***

6.1. La inadmisión de querellas falsas o maliciosas

6.2. La indemnización de los daños y los perjuicios sufridos como consecuencia de querellas falsas

6.3. Los delitos de calumnia y querella falsa

7. ***Conclusión***

8. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción[1]

La admisión de la querella depende de que los hechos en ella descritos sean típicos y verosímiles. La tipicidad supone que los hechos narrados, considerándolos hipotéticamente ciertos, puedan subsumirse en un tipo penal. La verosimilitud implica que exista información, fuentes de prueba o indicios que hagan *creíble* el relato fáctico.

El inicio del proceso penal depende así de que concurran determinados presupuestos *materiales*.[2] Esto es algo que diferencia el proceso penal y el civil.[3] En el orden civil el derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo del asunto está condicionado (solo) a la concurrencia de presupuestos formales y procesales. En el orden penal el *ius ut procedatur* de la acusación está condicionado a que concurran los presupuestos formales, procesales y materiales señalados. Estas exigencias en el proceso penal tienen su origen y fundamento en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y en la limitación de derechos fundamentales que supone la (mera) existencia del proceso penal para el sospechoso.

El objetivo de este trabajo es examinar el *estándar de la alegación y de la acreditación de los presupuestos jurídico-materiales* que debe alcanzar la querella para que sea admitida. En relación con ello se analizará desde una perspectiva constitucional, qué implicación tiene el inicio y la (mera) existencia del proceso penal para las partes; la formulación inicial de la hipótesis acusatoria en la querella y la subsunción de los hechos narrados en un tipo penal; la acreditación de la verosimilitud de la hipótesis acusatoria; las alternativas que existen a la admisión de querellas cuya verosimilitud no ha sido acreditada; y, por último, se examinarán los remedios jurídicos frente a querellas falsas o maliciosas.

2. El inicio y la (mera) existencia del proceso penal desde una perspectiva constitucional

El inicio y la (mera) existencia del proceso penal tienen incidencia en los derechos fundamentales de las partes y puede suponer, en su caso, una colisión entre ellos. Esto sucederá cuando esté personado en el proceso penal un acusador particular o popular y exista una imputación material o formal que se dirija frente a un sujeto concreto.

Es importante señalar que a la víctima *no personada* en el proceso penal también se le reconocen derechos procesales (arts. 3 a 26 Ley 4/2015). Por eso, incluso aunque la víctima no esté ejerciendo la acusación particular, puede sostenerse que existe tal colisión de derechos fundamentales entre individuos.

2.1. El *ius ut procedatur* del querellante y el deber de protección del Estado

Los individuos tienen un derecho de acceso a la jurisdicción penal que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): este es el denominado *ius ut procedatur* (SSTC 40/1994, 175/1989, 41/2025 o 87/2020). La acusación particular o popular no tienen un derecho subjetivo

[1] Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Eficiencia y acceso a la justicia en tiempos de austeridad» (PID2021-122647NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación. Su realización ha sido posible gracias a una ayuda económica de la Fundación Manuel Serra Domínguez (FMSD) otorgada en el marco de la XI Convocatoria ordinaria de ayudas 2025 de la fundación.

[2] La vinculación del proceso a la concurrencia de presupuestos materiales hace que estos «entran en el proceso con una doble relevancia jurídica» (GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción penal como derecho al proceso» en *Derecho y proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 471).

[3] GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción penal», *op. cit.*, pp. 468-473.

público a la imposición de una pena o a que se sustancie todo el proceso penal hasta que se dicte una sentencia sobre el fondo. La acusación (solo) tiene un derecho de acceso a la jurisdicción y a que se tramite el proceso conforme a la ley. Este derecho tiene su fundamento en el artículo 24.1 CE y, en su caso, se considerará satisfecho con cualquier resolución de inadmisión de la querella o sobreseimiento del proceso siempre que sea motivada y fundada en Derecho (ATS núm. 22117/2025).[4]

En el caso de que el proceso penal se incoe, el *ius ut procedatur* impone la práctica de las diligencias de investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos: en palabras de ZARZALEJOS NIETO, esto supone aceptar un principio de efectividad y de suficiencia de la instrucción que forma parte de los derechos procesales de las acusaciones.[5]

Por eso, y como ha declarado el Tribunal Constitucional, «[e]l querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho» (STC núm. 131/2023). El *ius ut procedatur* es así el derecho de exigir el cumplimiento del deber de investigar y de enjuiciar del Estado.[6]

Además de esta *dimensión subjetiva*, es importante hacer referencia al *deber de investigación y persecución penal* que se impone al Estado y que surge como una obligación positiva de la protección de determinados derechos fundamentales de naturaleza material.[7] En estos casos, la investigación y el enjuiciamiento constituyen una garantía de protección del derecho fundamental que integra el bien jurídico protegido por el delito.[8] Desde esta perspectiva, puede afirmarse que en ciertos casos existe un *deber positivo del Estado de investigar y enjuiciar* que tiene su fundamento en el derecho fundamental de la víctima [por todas, las SSTEDH *A.J. y L.E. c.*

[4] «[L]a decisión que se adopta en este momento, parte de una idea troncal: quien ejercita la acción penal no adquiere por ello un derecho incondicionado ni a la plena sustanciación del proceso ni tan solo a su apertura. Sino solo a un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos que exprese las razones por las que inadmite su tramitación. Entre las que cabe la consideración de su irrelevancia penal y la consiguiente denegación de incoación del proceso o su terminación anticipada, de conformidad a las previsiones sobreseyentes contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal -SSTC 106/2011, 193/2011, 26/2019-» (ATS núm. 22117/2025 a 13 de octubre de 2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A]). En el mismo sentido se ha sostenido que «[e]l querellante o denunciante es, por tanto, mero titular del *ius ut procedatur* y, como tal, ostenta el derecho a poner en marcha un proceso, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho» (AAN núm. 652/2025 a 10 de octubre de 2025) [ECLI:ES:AN:2025:6942A]).

[5] ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella, sobreseimiento y cosa juzgada» en BANALOCHE PALAO, J. *et al*. (dirs.), *Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales*, Aranzadi, Madrid, 2023, pp. 147- 148.

[6] GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II*, Bosch, Barcelona, p. 186. En otras palabras, es «la facultad de iniciativa procesal y de crear la obligación del juez de comprobar la situación concreta de hecho que se le somete» (GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1975, p. 73.).

[7] En relación con ello, *vid*. MUYO BUSSAC, P., «Tres reflexiones sobre la instrucción penal como garantía de los derechos humanos» en ASENCIO MELLADO, J. M. *et al*. (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 715-726; MUYO BUSSAC, P., «La instrucción penal como garantía frente al uso desproporcionado de la fuerza por agentes de la autoridad en contextos no privativos de libertad», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023, pp. 15-34.

[8] Así «[e]l Derecho penal ya no es entendido sólo como un instrumento de represión que los derechos humanos deben contener y limitar para evitar el riesgo que suponen para la libertad y seguridad de las personas los excesos estatales en el ejercicio de la potestad punitiva, sino que se ha convertido progresivamente en un instrumento indispensable para proteger y tutelar los derechos humanos» (MUYO BUSSAC, P., «La instrucción penal como garantía», *op. cit*., p. 15).

España (40312/23 y 40388/23) o *Dordević c. Serbia* (11212/23)].[9] Este deber de protección de los derechos fundamentales se ha traducido en una suerte de *canon reforzado de investigación* que opera respecto de determinados delitos (STC núm. 87/2020).[10]

Desde luego, este deber de investigación del Estado no supone un derecho de la víctima a la imposición de la pena: se satisface con la puesta en movimiento de los medios razonables para la investigación del hecho delictivo.[11] Esta dimensión constitucional tiene especial importancia en los procesos penales relacionados con los referidos delitos cuyo bien jurídico protegido esté integrado por un derecho fundamental —con independencia de que la víctima esté o no personada—.

2.2. El inicio y la (mera) existencia del proceso penal como una limitación de los derechos fundamentales del sospechoso

La (mera) existencia del proceso penal supone una limitación de los derechos fundamentales del sospechoso frente al que se dirige la investigación. Debe enfatizarse en que es la *mera* existencia del proceso lo que ya supone una intromisión del Estado en el *status libertatis* del individuo sobre el que se proyecta la sospecha: supone una injerencia en lo que la doctrina estadounidense y española han llamado el derecho a ser dejado en paz —*right to be let alone*—.[12] Las diligencias de investigación o las medidas cautelares podrán agravar esa limitación, pero esta existe ya desde el momento en el que el proceso penal es incoado.

Como afirma el Tribunal Supremo, «[l]a incoación de un proceso penal contra una persona determinada comporta siempre graves consecuencias. La imputación constituye de forma primaria una fuente de sometimiento al proceso y, por tanto, supone, o puede suponer, también,

[9] En el mismo sentido, SSTEDH *J.L. c. Italia* (5671/16); *M.C. c. Bulgaria* (39272/98); *M.G.C. v. Rumania*, (61495/11); *Z v. Bulgaria* (39257/17).

[10] «Este canon reforzado del deber de investigación suficiente y eficaz se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito, se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial. El deber de diligencia requerirá abundar en la investigación allí donde no se hayan agotado las posibilidades razonables de indagación sobre los hechos de apariencia delictiva, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva si el órgano judicial clausura precipitada o inmotivadamente la investigación penal. e) En resumen, la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria» (STC núm. 87/2020 [ECLI:ES:TC:2020:87]). En el mismo sentido el AAP Barcelona (sec. 22) núm. 813/2025 [ECLI:ES:APB:2025:8534A].

[11] AAN núm. 652/2025 a 10 de octubre de 2025 [ECLI:ES:AN:2025:6942A]: por ello la situación del querellante «no es diferente cuando alega que la infracción penal consistió en la vulneración de derechos fundamentales, pues «no forma parte del contenido de derecho fundamental alguno la condena penal de quien lo vulnere con su comportamiento (SSTC 41/1997, 74/1997)» (STC 218/1997, de 4 de diciembre). En suma, el derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo. Es, estrictamente, manifestación específica del derecho a la jurisdicción, a enjuiciar en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siéndole aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre; 31/1996, de 27 de febrero, o 199/1996, de 3 de diciembre)»

[12] BACHMAIER WINTER, L., «Probable cause y la cuarta enmienda de la constitución estadounidense: Una garantía tan imprecisa como necesaria», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 4, 2023, pp. 198, 216-218.

una afectación del principio de presunción de inocencia entendido como estándar que garantiza el estatuto de libertad de los ciudadanos» (ATS núm. 22117/2025).[13]

La incoación del proceso penal *sujeta jurídicamente* al investigado, imponiéndole el deber de estar a disposición del tribunal cuando se le cite (arts. 512, 834 *et seq*. LECrim). El incumplimiento de este deber puede acarrearle consecuencias procesales desfavorables e, incluso, la adopción de medidas cautelares personales si concurren el resto de los requisitos para ello. Asimismo, la incoación del proceso penal es el supuesto habilitante necesario para la adopción de medidas mucho más restrictivas de sus derechos fundamentales como las diligencias de investigación o las medidas cautelares. Igualmente, la (mera) existencia del proceso penal supone por parte del Estado una *afirmación actual* de que existe una sospecha verosímil de criminalidad, lo que es por sí misma una afectación a la presunción de inocencia del sospechoso (art. 24.2 CE). Desde luego, una afectación legítima si concurren los presupuestos necesarios, pero no por ello menos real.

Desde una dimensión «extra» procesal, la (mera) existencia del proceso penal es un elemento de estigmatización social lesivo para el derecho al honor (art. 18.1 puesto en relación con el art. 24.2 CE). Este fenómeno se ve agrabado en la actualidad con la filtración de actuaciones judiciales a los medios de comunicación en algunos asuntos de interés público. Como consecuencia de ello, el derecho a la presunción de inocencia ha evolucionado e incorporado nuevas dimensiones como regla de tratamiento estético dentro y fuera del proceso, integrando así una vertiente que se irradia extraprocesalmente a través del derecho al honor del sospechoso (art. 18.1 CE).[14] Así, la presunción de inocencia —tradicionalmente solo con eficacia procesal— se proyecta a otras facetas de la realidad social (arts. 4 y 5 Directiva 2016/343).

En definitiva, la incoación de un proceso penal supone arrojar sobre un individuo que se le presume inocente cargas procesales que afectan directamente a su esfera jurídica y personal. Esta realidad y el derecho a la presunción de inocencia como derecho de no interferencia (art. 24.2 CE) explican la exigencia de que en la querella se aleguen y aporten elementos que permitan dirigir la investigación frente a individuos concretos. Por estas razones es exigible que el querellante «identifique un mínimo fundamento indiciario que justifique, precisamente, la necesidad de dicha limitación» de los derechos fundamentales del sospechoso (ATS núm. 22117/2025).[15]

> La (mera) existencia del proceso penal también puede suponer una limitación de derechos fundamentales de terceros. Incluso otras víctimas del hecho delictivo que no han interpuesto la querella —por la razón que sea— podrán ver su derecho a la intimidad afectado en el curso de la investigación o el enjuiciamiento penal. Un análisis detallado de ello excede el objeto de este trabajo, sin embargo, estos son elementos sin los cuales puede valorarse de forma completa la incidencia que el proceso penal tiene en la posición ius fundamental de los ciudadanos que de una u otra forma se ven relacionados con él.

2.3. Un (re)examen de los estándares de admisión de la querella desde una dimensión constitucional: la justificación de este estudio

[13] ATS núm. 22117/2025 a 13 de octubre de 2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A]

[14] MUYO BUSSAC, P., «La presunción de inocencia como regla de tratamiento estético», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2024, pp. 261-303.

[15] ATS núm. 22117/2025 a 13 de octubre de 2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A].

El análisis de los estándares de admisión de la querella debe necesariamente abordarse desde esta perspectiva constitucional, pues el estándar de alegación y de acreditación que se exija repercutirá en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es importante dejar claro que el legislador de 1882 parece incorporar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un estándar de alegación y de acreditación más bien bajo para la admisión de la querella. En principio, esta deberá admitirse cuando los hechos revistan caracteres de delito y no sea *manifiestamente* falsa (art. 269 LECrim). El precepto, inalterable desde su redacción original, puede explicarse en el marco del sistema que diseña la ley: la expectativa de instrucciones cortas y la posibilidad de acordar el sobreseimiento en el momento mismo en el que desaparezcan los indicios racionales de criminalidad (art. 637.1º LECrim) o cuando, aun existiendo, no pueda resultar en ese momento debidamente justificada la perpetración del delito (art. 641 LECrim).[16] En un caso el proceso termina porque existe la certeza de que el hecho no ha ocurrido o no es punible. En el otro, el proceso se detiene ante la impotencia de encontrar *elementos que permitan seguir sosteniendo de forma verosímil la hipótesis acusatoria* que justifica la limitación de los derechos fundamentales que supone la (mera) existencia del proceso penal.

Los estándares de la admisión de la querella están así *conectados funcionalmente* con otras instituciones del ordenamiento penal: en especial, aunque no solo, con la duración de la instrucción y el sobreseimiento. Un proceso penal corto o en el que existe la posibilidad —*rectius*, la obligación— de terminarlo o suspenderlo tan pronto como cese la verosimilitud de la hipótesis acusatoria es un elemento que, desde luego, debe tomarse en cuenta para regular la puerta de entrada.

Expuesto lo anterior, es evidente que el proceso penal y la realidad social son distintos que los previstos por el legislador de 1882. En la actualidad es habitual que la fase de instrucción se prolongue durante meses o años —y ello a pesar de la intención del legislador de acortar su duración (art. 324 LECrim)—. Además, es cada vez más claro un uso inadecuado —por desuso o por abuso— del sobreseimiento libre o provisional.[17] Un proceso penal más largo y con menos posibilidades de que se suspenda o termine como consecuencia del debilitamiento de la hipótesis acusatoria justifica un replanteamiento de los estándares de admisión de la querella desde una perspectiva constitucional.

> El *tiempo es una variable que importa, y mucho, para determinar el nivel de afectación del derecho a la presunción de inocencia del investigado* (art. 24.2 CE.): entre más tiempo, más afectación. Por ello, cuanto más se prolongue la instrucción, será más exigible que el Estado tenga nuevos datos o elementos que fortalezcan la afirmación de la hipótesis acusatoria. Si el tiempo no ha permitido obtener más elementos para fortalecer la hipótesis acusatoria y su nivel de solidez no es suficiente para abrir el juicio oral, el proceso debería suspenderse o terminar: así pues, *el transcurso del tiempo es una variable de la ecuación del juicio de proporcionalidad*. Por esta razón la

[16] Exposición de Motivos de la LECrim: «aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados; y aun podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían no há mucho terminar por una absolución de la instancia sin que nadie indemnizara en este caso á los procesados de las vejaciones sufridas en tan dilatado periodo, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo».

[17] VILLAMARIN LÓPEZ, M. L. *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, Madrid (*vid*. capítulo sobre «Fundamento, naturaleza jurídica y legitimidad constitucional del auto de sobreseimiento provisional»).

> hipótesis acusatoria y los presupuestos materiales de los que depende la existencia del proceso penal deben ser objeto de continuo control judicial.[18]

Además de lo anterior, tiene interés para el tema que aquí se aborda la cada vez más usual *instrumentalización del proceso penal* como medio para obtener la tutela de derechos privados o para alcanzar fines «extrajurídicos» —políticos o sociales, aunque no solo—. Se trata de una cuestión de naturaleza más bien sociológica que, sin duda, debe tenerse en cuenta para examinar la materia.

No es inusual que se utilice el proceso penal como instrumento de presión para la satisfacción de derechos o intereses privados: por ejemplo, que se acuda al proceso penal para forzar a un deudor a pagar su deuda —la llamada querella catalana o coactiva—.[19] No es tampoco nada infrecuente que la víctima acuda a la vía penal para conseguir el cese y la reparación del daño que se le ha causado, pretendiendo la aplicación de tipos delictivos que en la práctica suelen ser alternativos o intercambiables con ilícitos civiles: *v.gr*., delitos de estafa (art. 248 *et seq*. CP), apropiaciones indebidas (art. 253 *et seq*. CP), administración desleal (art. 252 CP) o delitos contra la propiedad intelectual o industrial (art. 270 *et seq*. CP). No es inusual, por ejemplo, que titulares de derechos de propiedad industrial acudan a la jurisdicción penal porque en ella pueden obtener medidas de investigación más eficaces de la infracción o tutelas sumarísimas como la destrucción de los productos infractores que no están disponibles en el proceso civil (art. 367 *ter* 3 LECrim).[20]

Asimismo, tampoco es infrecuente utilizar el proceso penal como una herramienta de desgaste político o para disuadir la participación pública. Un desgaste continuo que como medida de presión se nutre de cualquier avance o novedad procesal. Estos fenómenos se ven potenciados, si cabe, por una judicialización de la contienda política a través de la acusación popular sostenida por partidos políticos y a través del diseño de campañas de desinformación promovidas desde cualquier espectro ideológico —una cuestión que, como se verá, preocupa especialmente a las instituciones de la UE—.

Por todo lo anterior, y como así se explicará, el estándar de admisión de la querella debe considerarse otro: pasar de la constatación de que la querella no es manifiestamente infundada a un control de «verosimilitud objetiva» (ATS núm. 22117/2025).[21] Esta interpretación del artículo 269 LECrim se impone como consecuencia de una lectura de la ley conforme al texto constitucional. Las razones técnico-jurídicas y sociológicas expuestas justifican, cuanto menos, reflexionar y profundizar en el estudio del tema.

> Existe una preocupación institucional a nivel europeo por las campañas de desinformación (*fake news*).[22] Es en este marco en el que se plantea (re)examinar cómo debe reaccionar el sistema penal y en qué modo puede afectar, por ejemplo, la propia fiabilidad de las noticias y los medios de comunicación al juicio de verosimilitud que el juez debe llevar a cabo para admitir una querella (*vid*. *infra* apartado 4.5).

---

[18] De la Oliva Santos, A. «Hecho punible, acción penal y objeto del proceso» en De la Oliva Santos, A., et al., *Derecho procesal penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª ed., Madrid, 2007, pp. 196-199.

[19] Gimeno Sendra, V., *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 250-253; Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 303-304.

[20] Schumann Barragán, G., «Capítulo XXIII. Procesos penales relativos a delitos sobre la propiedad industrial» en MASSAGUER, J (dir.), *Tratado sobre la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 1985-2016

[21] Esto supondría una suerte de «modelo acusatorio puro en el trámite de admisión» (Zarzalejos Nieto, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 141, 143).

[22] En relación con ello, *vid*. [https://commission.europa.eu/topics/countering-information-manipulation_es] (página web de la Comisión Europea) y Código de buenas prácticas en materia de desinformación de 2022.

3. La narración de unos hechos con apariencia delictiva: la formulación inicial de la hipótesis acusatoria en la querella

El primer presupuesto material que debe concurrir para que la querella sea admitida es que en ella se narren unos hechos que, considerados hipotéticamente ciertos, puedan subsumirse en un tipo penal (art. 269 LECrim). El primer requisito se centra así en la *alegación* de los hechos: en la *sustanciación de la hipótesis acusatoria*. La sustanciación de la hipótesis acusatoria supone alegar hechos *concretos* que integran el tipo delictivo. La alegación detallada y circunstanciada de los hechos evita querellas falsas o prospectivas basadas en meras sospechas.[23] Por eso uno de los requisitos de la querella es la *relación circunstanciada del hecho* (art. 277.4 LECrim), cuyo incumplimiento justifica la inadmisión de la querella.[24]

> Especialmente interesante es la definición de la *notitia criminis —notizia di reato—* del *Codice di procedura penale*. En este se exige que la noticia se trate de un «fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice». Así pues, los elementos que cualifican la condición de la noticia son *(i)* la narración de un *hecho determinado*, *(ii)* que es *verosímil* y *(iii)* que puede subsumirse en un tipo penal. [25]

La *hipótesis acusatoria* supone la narración de unos hechos que pueden subsumirse en un tipo penal y sirve como base para la investigación y el enjuiciamiento. La hipótesis puede mantenerse invariable durante la instrucción o puede evolucionar a la luz de las diligencias de investigación practicadas. La delimitación progresiva del proceso penal supone justamente una delimitación progresiva de la hipótesis acusatoria investigada por el tribunal y afirmada por las partes acusadoras: por ello «[e]l objeto debe venir necesariamente orientado y estructurado por la hipótesis acusatoria» (STS núm. 577/2025).[26]

La importancia de la hipótesis acusatoria es capital, pues sobre ella gira todo el proceso penal.[27] La hipótesis es la que deberá investigarse y, en su caso, demostrarse y enjuiciarse inductivamente sobre la base de las pruebas practicadas en el juicio oral.[28] En función del momento procesal, la hipótesis acusatoria deberá estar respaldada por más elementos de corroboración: el paso del tiempo exige una mayor acreditación de la hipótesis acusatoria afirmada, pues solo de esta

---

[23] ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, p. 156; KK-StPO/Weingarten «§ 158», Rn. 15; MüKoStPO/PETERS «§ 152», Rn. 42, 58; ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck, 30ª ed., München, 2022, p. 350.

[24] STS núm. 20360/2023 [ECLI:ES:TS:2023:7598A]; «Siamo in presenza di una notizia di reato solo quando l´informazione abbia un minimum di concretezza e di specificità, solo «quando l´informazione assume particolare e significativa dignità» (DI LALLA, I., «Notizia di reato» en VV.AA. *Digesto Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 4.ª ed., p. 261).

[25] Artículo 335 del Codice di procedura penale: «Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa , contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice».

[26] STS núm. 577/2025 a 25 de junio de 2025 [ECLI:ES:TS:2025:3043]. Sobre la evolución de la hipótesis acusatoria como elemento de control de las acusaciones *vid*. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *El control judicial de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025 —en especial, *vid*. las pp. 96-97, 131, 175 *et seq*—.

[27] Sobre la importancia de la hipótesis acusatoria *vid*. STS núm. 23/2023 [ECLI:ES:TS:2023:311], STC 8/2024, de 16 de enero [ECLI:ES:TC:2024:8].

[28] STS núm. 800/2025 [ECLI:ES:TS:2025:4529]; STS núm. 23/2023 [ECLI:ES:TS:2023:311]; SAP Navarra (sec. 2) núm. 244/2025 [ECLI:ES:APNA:2025:1640]; STSJ Madrid 379/2025 [ECLI:ES:TSJM:2025:11112]; STSJ Baleares 44/2025 [ECLI:ES:TSJBAL:2025:804]; SAP de Zaragoza (sec. 6) núm. 307/2025 [ECLI:ES:APZ:2025:1986]; FERRER BELTRÁN, J.*, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, pp. 94-100.

manera puede vencerse la resistencia del derecho a la presunción de inocencia del sospechoso (art. 24.2 CE).

3.1. La formulación inicial de la hipótesis acusatoria

La denuncia y la querella suponen una afirmación inicial de la hipótesis acusatoria: la hipótesis se presenta ante el juez penal en tanto que *afirmada* por el denunciante o el querellante. Por eso, una de las dimensiones que tienen en común la denuncia y la querella es la relativa a la *declaración de conocimiento* de unos hechos que pueden ser delictivos. Con todo, es necesario subrayar que el denunciante o el querellante no formulan hipótesis, sino que *afirman el conocimiento de unos hechos*: la querella por eso debe necesariamente que «partir del conocimiento propio del querellante» (ATS núm. 22117/2025).[29]

Serán estos hechos afirmados en la querella los que servirán de base para empezar a investigar. Así pues, en principio, la hipótesis acusatoria en tanto que «suposición de algo posible» lo es para el Estado, pero no para el denunciante o el querellante que deben afirmarla en tanto que existente (*conocido*).

En abstracto, es posible que el querellante o el denunciante conozcan todos los elementos que integran el tipo penal o que solo tengan noticia de parte del hecho o de algunos de esos hechos.[30] En este último caso es necesario aclarar la posibilidad de que se formulen auténticas *hipótesis* acusatorias —y, por tanto, no declaraciones *de conocimiento*— en la propia denuncia o en la querella: es decir, si es posible que se *supongan* hechos *no conocidos* que completan el tipo penal. En ese caso, la denuncia o la querella estaría formada por *(i)* una declaración de *conocimiento* y *(ii)* una *suposición* apoyada en los hechos conocidos. *Los hechos conocidos y los hechos supuestos serán aquellos que se subsumirán en el tipo penal*.

> Supuesto A: Ticio ha visto a Cayo matar a Sempronio.
>
> Supuesto B: Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio.
>
> Hipótesis acusatoria B1: Cayo ha matado a Sempronio (art. 138 CP).
>
> Hipótesis acusatoria B2: Cayo está encubriendo la muerte de Sempronio (art. 451 CP).
>
> Hipótesis acusatoria B3: Cayo está profanando el cadáver de Sempronio (art. 526 CP).
>
> Hipótesis acusatoria B4: Cayo está ocultando el cadáver de Sempronio a sus familiares (art. 173.1 CP).
>
> Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio. Enterrar el cuerpo de muertos no es delito. Si Ticio denuncia que Cayo ha enterrado el cuerpo de Sempronio hay que preguntarse si debería admitirse la querella sobre la base de hechos supuestos: es decir, sospechas de que lo ha matado, profanado o está ocultando de alguien o para alguien.

[29] ATS núm. 22117/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A]. En el mismo sentido el ATS núm. 21119/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9556A].

[30] ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, Giuffrè, 2012, p. 894.

La posibilidad de que se formulen auténticas hipótesis acusatorias en la denuncia o en la querella debe permitirse por la propia naturaleza del hecho que integra el objeto del proceso: un hecho normalmente preparado o ejecutado en la clandestinidad. Si la denuncia o la querella la interpone la víctima, es posible que esta tenga un conocimiento suficiente que le permita narrar de forma completa los hechos que se pretenden subsumir en el tipo penal. Pero esto no siempre es así. Es posible que la víctima no conozca todos los elementos del tipo o que la querella sea interpuesta por una acusación popular que tenga un conocimiento de peor calidad del hecho.

En este caso, es razonable aceptar que se incorporen en la querella auténticas hipótesis acusatorias*: suposiciones o sospechas* que, junto con los hechos conocidos, puedan subsumirse en un tipo penal.[31] Para que ello sea posible deberán concurrir dos requisitos *(i)* que el denunciante o el querellante identifique claramente qué hechos son *conocidos* y qué hechos son *supuestos* y *(ii)* que el denunciante o el querellante aporten indicios de los que pueda inducirse de forma creíble los hechos o elementos supuestos o que señalen las diligencias de investigación concretas que deberán practicarse para comprobarlos (art. 277.5º LECrim). El denunciante deberá determinar qué parte de la narración ha conocido y cuál es una inferencia razonable que realiza sobre la base de los indicios o elementos de prueba que posee y aporta. Desde luego, *el conocimiento y la sospecha no tienen la misma fuerza— strength of the claim—*.[32] Y ello supone, como se verá, que todas las sospechas deban estar respaldadas por algún elemento de corroboración o por la petición concreta de una medida de investigación (art. 277.5º LECrim) (*vid. infra* apartado 4.3).

> Supuesto B: Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio. Ticio tiene constancia de que existía una enemistad manifiesta entre Cayo y Sempronio. Si Ticio denuncia que Cayo ha enterrado el cuerpo de Sempronio y formula como hipótesis acusatoria que lo ha matado sobre la base de la inferencia de la enemistad manifiesta que existía entre ellos y que ha acreditado aportando algún elemento que la haga verosímil, la querella deberá admitirse.

Si se acepta que es posible formular *suposiciones* (acreditadas) sobre hechos *no conocidos* en la denuncia o en la querella, debería admitirse la posibilidad de incorporar distintas hipótesis acusatorias en ellas. En ese caso deberán cumplirse, y más si cabe, los requisitos anteriormente expuestos: deberá identificarse qué hechos son conocidos y supuestos, así como acreditarse verosímilmente las suposiciones que integran cada una de las hipótesis.

Es importante recordar que el proceso penal puede iniciar sin un sospechoso determinado. Esto supone que en la querella no sea imprescindible identificar a un sujeto concreto como responsable del hecho delictivo. El querellante puede limitarse a comunicar un hecho, sin tener que atribuirlo por conocimiento o suposición racional a una persona determinada.[33] Esto es algo importante que ayuda a delimitar en sus justos términos las exigencias de alegación y de prueba que se atribuyen al querellante en un momento inicial. El juez podría considerar que los hechos narrados —conocidos o supuestos— son verosímiles, pero que no lo es la atribución inicial que se hace a un sujeto. En ese caso podría admitir la querella, pero no dirigir la investigación frente al sujeto señalado por el querellante.

---

[31] Por eso se afirma en Italia que «il legislatore chiede all'interprete un impegno *circa l'individuazione della distanza che possa legittimamente intercorrere fra la notizia di reato e la totalità degli elementi integranti la fattispecie sostanziale* di volta in volta assunta a parametro d'illiceità» (ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, *op. cit*., p. 890).

[32] CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *Yale Law Journal*, Vol. 129, Issue 5, 2020, pp. 1288-1291, 1364.

[33] GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2025, Madrid, pp. 40-41.

> Supuesto B: Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio. Ticio no sabe ni supone que Cayo lo ha matado, pero cree o supone que alguien lo ha hecho. En ese caso, Ticio podrá limitarse a dar cuenta de ese conocimiento sin atribuir el hecho delictivo a Cayo.

3.2. La subsunción de la hipótesis acusatoria en un tipo penal

El primer requisito para que la querella sea admitida es que en ella se narren hechos que revistan carácter de delito (art. 269 LECrim): esto es, que los hechos conocidos o supuestos que se incorporan en la querella puedan subsumirse en un tipo penal. No es necesario que el querellante califique los hechos en la querella. La calificación y la correspondiente subsunción en el tipo puede ser hecha o modificada por el juez de instrucción.[34] Lo importante a estos efectos es que los hechos narrados —conocidos o supuestos— que integran la hipótesis acusatoria *sean subsumibles* y *completen* el tipo.

El juez instructor podrá calificar o (re)calificar los hechos conocidos o supuestos que se incorporan en la querella, pero no podrá suplir la falta de alegación de los hechos conocidos o supuestos para completar el tipo: «la valoración de si los hechos tienen significado penal no puede hacerse sino en función de los hechos que son alegados en la querella» (ATS núm. 15/06/2009).[35] Y si lo hace, el proceso penal inicia sobre la base de una hipótesis acusatoria construida por el juez de instrucción: y por ello, deberá considerarse un supuesto de incoación de oficio del proceso penal.[36]

Con base en lo anterior, el juez de instrucción deberá inadmitir la querella o la denuncia cuando no sea posible subsumir la hipótesis acusatoria en un tipo penal porque los hechos narrados no podrían subsumirse en ningún caso en un tipo o porque faltan elementos para hacerlo.

3.3. La inexistencia o la desaparición de la responsabilidad criminal: óbices a la admisión de la querella

El proceso penal es el cauce para investigar y enjuiciar el delito. Sin responsabilidad penal no hay condena *ni proceso*, lo que supone que *las causas de exclusión de la responsabilidad penal puedan convertirse en algunos casos en óbices para el inicio o la continuación del proceso penal*.[37] Desde esta perspectiva, el juez deberá inadmitir la querella si considera a la luz de los hechos narrados —o de los elementos de convicción aportados— que existe alguna causa de la que pueda derivarse la inexistencia o la desaparición de la responsabilidad penal.[38] La única excepción a ello es la posibilidad de incoar y tramitar el proceso penal para la adopción de medidas de seguridad (art. 782.1 LECrim).

> Supuesto B: Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio hace 30 años. En el final de su vida y arrepentido por no haberlo hecho antes, Ticio decide comunicar estos hechos ante el juez de instrucción y personarse en el proceso penal. En ese

[34] ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, p. 151.

[35] ATS 15/06/2009 [ECLI:ES:TS:2009:8173A]; ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 173-174.

[36] Sobre las dudas que genera la incoación de oficio del proceso penal en España y su compatibilidad con la imparcialidad del juez *vid*. NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2021.

[37] KK-StPO/Diemer «§ 152», Rn. 13; KK-StPO/Weingarten «§ 160», Rn. 16; RADTKE - HOHMANN /LINK, «§160 StPO», Rn. 4.

[38] DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 199.

caso la querella deberá ser inadmitida, pues el delito de homicidio estaría prescrito (art. 131.1 CP).

Entre las causas que pueden excluir la responsabilidad criminal debe considerarse la prescripción del delito (art. 130 CP) o las causas de inimputabilidad (art. 20 CP). Estas causas deben ser evidentes y derivarse de la alegación y la acreditación de los hechos en la querella —lo cual será inusual en la versión del querellante—. De todos modos, y en lo que ahora interesa, la calificación y la valoración inicial de los hechos narrados debe poder afirmar la responsabilidad penal del querellado.

4. La acreditación verosímil de la hipótesis acusatoria

El segundo presupuesto material que debe concurrir para la admisión de la querella es que la formulación inicial de la hipótesis acusatoria no sea manifiestamente falsa o, lo que es lo mismo, que sea *verosímil* (art. 269 LECrim). Debe tratarse de una *verosimilitud objetiva,* lo que supone que lo relatado haya podido ocurrir y se aporte algún elemento o principio de prueba que lo avale razonablemente (ATS núm. 22117/2025).[39] Esta interpretación del artículo 269 LECrim se impone como consecuencia de una lectura de la ley conforme al texto constitucional: «una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa […] que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad» (ATS núm. 22117/2025).[40]

[39] «En puridad, la LECrim -artículos 269 y 313- lo limita al control de tipicidad de los hechos introducidos en la querella y de apariencia de que los mismos no sean *falsos si bien este estándar de control se ha extendido al de la verosimilitud objetiva, esto es que lo relatado haya podido ocurrir en términos de razonable probabilidad*». b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto*, una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa*, es decir, una investigación prospectiva, *que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia*» (ATS núm. 22117/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A]) (énfasis añadido). En el mismo sentido el ATS núm. 21119/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9556A]. « Igualmente, venimos señalando de forma reiterada (AATS 19/12/13, 18/06/12, 31/05/11), que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la querella deberá ser rechazada cuando «(…) no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad. se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto constitucional» (STS núm. 21610/2025 [ECLI:ES:TS:2025:7105A]). De este modo, se exigiría «una *mínima fundabilidad* objetiva de lo afirmado por el querellante» (ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 142, 148, 179); «Dunque, siamo di fronte ad una notizia di reato quando la informazione appresa abbia ad oggetto un fatto specifico -con il debito supporto di fonti di prova» (DI LALLA, I., «Notizia di reato» en VV.AA. *Digesto Discipline Penalistiche*, *op. cit*., p. 261).

[40] «En puridad, la LECrim -artículos 269 y 313- lo limita al control de tipicidad de los hechos introducidos en la querella y de apariencia de que los mismos no sean *falsos si bien este estándar de control se ha extendido al de la verosimilitud objetiva, esto es que lo relatado haya podido ocurrir en términos de razonable probabilidad*». b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto*, una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades conduce a*

> El inicio del proceso penal exige así una hipótesis acusatoria verosímil y acreditada objetivamente. No son admisibles investigaciones penales con la única finalidad de obtener la acreditación de una sospecha inicial —*Ausforschung zur Verdachtsgewinnung*—, pues justamente eso son las investigaciones prospectivas.[41]

La verosimilitud de la querella es, sin duda, el elemento más problemático desde una perspectiva teórica y práctica. La mayoría de las inadmisiones de las querellas, como puede imaginarse, se basan en la falta de acreditación de esta verosimilitud.

La fijación del estándar de la acreditación de la verosimilitud de la querella es una decisión de política legislativa que no es fácil. No es posible elevar mucho el estándar, pues los hechos narrados en la querella generalmente son realizados en la clandestinidad o con la intención de no dejar ningún vestigio. Pero tampoco es posible eliminar toda exigencia de acreditar la verosimilitud y admitir la querella sin ningún sustrato probatorio, pues eso supone la posibilidad de sujetar a un individuo a la actuación del Estado casi con base en la mera voluntad del querellante.

Cualquier enjuiciamiento judicial sobre unos hechos está integrado por distintas fases: *(i)* la admisión de las fuentes de prueba, *(ii)* la valoración de las fuentes de prueba aportadas y, por último, *(iii)* la valoración conjunta de la prueba para proceder a la aplicación del estándar impuesto en cada caso.[42] Estas fases suceden de una y otra forma —con mayor o menor intensidad— en cualquier enjuiciamiento judicial sobre hechos en el orden civil o penal: un incidente de diligencias preliminares, de acceso a fuentes de prueba, de medidas cautelares, de admisión de la querella, de adopción de la prisión provisional, entre muchos otros. Corresponde examinar estas fases en el marco específico de la admisión de la querella.

4.1. Las fuentes de prueba aptas para acreditar la verosimilitud de la hipótesis acusatoria

En principio, es posible aportar cualquier fuente de prueba que sea útil para acreditar verosímilmente los hechos conocidos o supuestos en la querella. El único límite es el relativo a la exclusión de las fuentes de prueba obtenidas vulnerando derechos fundamentales.[43]

---

excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, *que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia*» (ATS núm. 22117/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9601A]) (énfasis añadido). En el mismo sentido el ATS núm. 21119/2025 [ECLI:ES:TS:2025:9556A].

[41] «*Die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens ist verdachtsdeterminiert* und steht nicht im Belieben der StA. Diese Verdachtsabhängigkeit hat eine begrenzende Wirkung, der zufolge das Legalitätsprinzip keine Aufhellung des Dunkelfeldes fordert und deshalb auch *keine anlasslose Ausforschung zur Verdachtsgewinnung erlaubt*» (MüKoStPO/ KÖLBEL-IBOLD «§ 160», Rn. 71) (énfasis añadido).

[42] FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 22-23; CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *op. cit.*, pp. 1287, 1359-1361; «Para ello es necesario justificar el grado de apoyo que la hipótesis acusatoria recibe del conjunto de elementos probatorios que resultan de las distintas fuentes de conocimiento. *La valoración debe consistir, en primer lugar, en un juicio analítico del rendimiento de cada fuente de prueba* (los testigos, los informes médicos, las grabaciones audiovisuales del evento, el interrogatorio del acusado), exponiendo los datos o elementos informativos que cada uno de ellos permite obtener sobre la producción del hecho y la intervención del. A continuación, se ha de acometer una *valoración sintética, de perspectiva conjunta, de los elementos de prueba* que se han obtenido de cada una de ellas» (STC 8/2024, de 16 de enero [ECLI:ES:TC:2024:8]) (énfasis añadido).

[43] JAHN., M., «Der Verdachtsbegriff im präventiv orientierten Strafprozess – Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen der Staatsanwaltschaft und ihre rechtsstaatliche gerichtliche Kontrolle» en *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Band/Vol. 100, Frankfurt a. M. 2007, p. 569; MüKoStPO/ PETERS «§ 152», Rn. 46-48.

Como es bien conocido, «[n]o surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» (art. 11.1 LOPJ). La prueba es un término técnico que puede considerarse integrado por las fuentes de prueba y los medios probatorios que sobre ellas se proyectan para enjuiciar el fondo del asunto y dictar una sentencia. Por ello, sobra aclarar que técnicamente no se aporta prueba en la querella ni se practica prueba en la instrucción. Pese a ello, puede inferirse de la *ratio legis* del artículo 11.1 LOPJ la exclusión de cualquier elemento de convicción aportado con la querella que se haya obtenido vulnerando directa o indirectamente derechos fundamentales.

La institución de la prueba ilícita tiene distintos fundamentos y efectos. Uno de ellos es el conocido como *efecto disuasorio o de prevención*: la inutilidad del elemento probatorio obtenido vulnerando derechos fundamentales disuadirá su adquisición (STC núm. 81/1998).[44] Este efecto disuasorio se proyecta, aunque con distinta intensidad, frente al Estado y los particulares. El efecto disuasorio no es el fundamento de la prueba ilícita —que en nuestro ordenamiento se apoya en la dimensión objetiva del derecho fundamental material— sino una externalidad positiva de la institución.

El efecto disuasorio de la prueba ilícita se vería claramente en entredicho si fuera posible iniciar un proceso penal sobre la base de un elemento de convicción obtenido vulnerando derechos fundamentales. Ninguna disuasión existirá si la vulneración inicial del derecho fundamental pudiera ser sanada o esquivada ulteriormente por la obtención lícita del mismo elemento de convicción a través de una diligencia de investigación o a través de la obtención de elementos de corroboración alternativos. Por eso, debe negarse de plano la posibilidad de acreditar la verosimilitud de la querella con elementos probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales.

Debe recordarse que la institución de la prueba prohibida se ha visto flexibilizada sobre la base del juicio de ponderación que subyace a la regla de exclusión (STC núm. 97/2019): por un lado, el derecho fundamental vulnerado para obtener el elemento de convicción y, por el otro, el derecho a la prueba y el derecho o el interés que integra el bien jurídico del delito que se investiga o enjuicia.[45] De este modo, la calificación inicial de los hechos debería influir en el juicio de proporcionalidad que subyace a la admisión o la inadmisión de la fuente de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales.

> Es usual considerar que a la prueba ilícita (solo) subyace una colisión entre el derecho fundamental vulnerado para obtener la fuente y el derecho a la prueba de la otra. Sin embargo, también deberá incorporarse en esta ecuación el derecho o el interés cuya tutela se pretende en el proceso —civil o penal—.

4.2. La valoración de las fuentes de prueba aportadas para acreditar la verosimilitud de la hipótesis acusatoria

Una vez aportados los elementos de convicción en la querella —y, en su caso, excluidos aquellos que se obtuvieron vulnerando derechos fundamentales— corresponde valorarlos conforme al principio de libre valoración de la prueba. Para valorar estos elementos deberán tomarse en cuenta elementos como *(i)* la *fiabilidad* de la fuente de prueba y *(ii)* su *cercanía* con los hechos narrados en la querella.

---

[44] STC 81/1998 [ECLI:ES:TC:1998:8]. Sobre los fundamentos tradicionales y modernos de la prueba ilícita, ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita,* Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 21-102.

[45] STC núm. 97/2019 [ECLI:ES:TC:2019:97].

La valoración del elemento de corroboración depende en primer lugar de su fiabilidad. Y para que una prueba sea fiable debe poder ser contrastada, pues en último término es la contradicción de la prueba lo que refuerza su credibilidad. La «contrastabilidad» de la fuente es pues un elemento que incide directamente en su fiabilidad. Esta es una de las razones por las que no es admisible la denuncia anónima en España.[46]

> Por eso la referencia a un testigo anónimo en una querella no es una fuente fiable, porque en principio no podría ser eficazmente contrastada su declaración en la investigación. La referencia a un documento que ha sido destruido no es una fuente fiable, porque en principio no podría ser eficazmente contrastado. Desde luego, podrán encontrarse elementos secundarios que corroboren la versión del testigo anónimo o el documento: por eso la falta de contrastabilidad no incide en su admisión como elemento de convicción, sino en su (mera) valoración.

El segundo elemento que debe tenerse en cuenta para la valoración es la cercanía del elemento de corroboración con los hechos narrados en la querella.[47] Desde esta perspectiva, y como es lógico, tiene más peso un testigo directo que uno por referencia.

En relación con ello, puede considerarse que la propia narración detallada y circunstanciada de los hechos en la querella por parte de la víctima es un elemento probatorio en sí mismo considerado que debe tomarse en cuenta en tanto que testigo directo.[48] En qué medida el testimonio de la víctima, de un coautor o de un testigo de referencia individualmente valorados son suficientes para acreditar la verosimilitud de la hipótesis acusatoria es una cuestión referida al estándar de la acreditación.

4.3. El estándar de acreditación de la verosimilitud de la querella

Por último, debe abordarse el que sin duda es el elemento más problemático e interesante: el estándar de acreditación de la verosimilitud que debe exigirse para admitir la querella. Es evidente que el estándar de acreditación de la hipótesis acusatoria no es el mismo para la fase de admisión de la querella, que para la adopción de una medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales, una medida cautelar, para abrir el juicio oral o para condenar. Aceptado esto, la cuestión está en definir en términos claros y *controlables* cuál es el estándar del que se puede inducir racionalmente la verosimilitud de la querella[49]: esto es, su verosimilitud *objetiva* (ATS núm. 22117/2025). Es claro que el estándar de acreditación para la admisión de la querella es bajo, pero el que sea bajo no supone que sea inexistente.

En una ilusión de control y cuantificación de todo — *the illusion of mathematical precision*, muy propia de los tiempos modernos— se intenta determinar el estándar de la prueba sobre la base de porcentajes.[50] En EE. UU. es lícito iniciar una investigación judicial o policial cuando existe la causa probable de que se ha cometido un delito: la *probable cause* de la 4ª Enmienda de la

[46] En Italia la ineficacia se extiende en el proceso penal a todos los documentos anónimos o que incorporen declaraciones anónimas. Conforme con el art. 240.1 CPP «I documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti nè in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato»; ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, *op. cit.*, p. 900.

[47] CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *op. cit.*, pp. 1289-1291.

[48] ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 162-163, 166, 179.

[49] FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 29-33.

[50] LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *Tex. L. Rev.*, núm. 81, 2003, pp. 995-997.

Constitución.[51] El estándar de la prueba de la causa probable se hallaría entorno al 50%. El estándar es más bajo que el «más allá de toda duda razonable» —*beyond reasonable doubt*—, necesario para condenar y que se suele situar en torno a un 85-95%. Tampoco se estaría ante el estándar de la *preponderance of the evidence* o el *more probable than not*, que rige en el proceso civil y que exige una mayor probabilidad de que el hecho haya ocurrido a que no.[52] Por ello, y no sin razón, al estándar de la *probable cause* se le ha calificado como «*one of the most important but elusive concepts in criminal procedure*».[53]

En Alemania, por hacer referencia a otro ejemplo comparado, se considera que puede iniciarse la investigación penal siempre que se tenga información sobre hechos con apariencia delictiva y existan *suficientes indicios fácticos —sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen* (§ 152 StPO)—. Esto es lo que en la doctrina y la jurisprudencia se ha calificado como una sospecha *fundada —hinreichender Tatverdacht—*.[54]

Es evidente lo ilusoria que es la posibilidad de cuantificar con precisión el nivel de conocimiento que se tiene o no se tiene de algo. Ahora bien, con la fijación de los estándares de la prueba se pretende transmitir una idea al juzgador: en qué casos, en función de las circunstancias, puede activar la norma jurídica (sustantiva o procesal). Desde esa perspectiva los estándares cumplen su cometido —y, de hecho, así ha sido—: ayudan a estructurar y dirigir el razonamiento y el enjuiciamiento judicial.[55]

Como sostiene FERRER BELTRÁN, deben adoptarse estándares de la prueba que sean racionales, lógicos e inductivos.[56] Conforme a este sistema, el juzgador deberá ser capaz de *explicar* lógica e inductivamente por qué los elementos de convicción que tiene a su disposición le permiten acreditar la verosimilitud de la hipótesis que se le plantea. El estándar de la prueba exige así una *externalización de la valoración conjunta de la prueba*: solo a través de la «capacidad justificativa de las pruebas» puede ser controlable intersubjetivamente el enjuiciamiento y, con ello, alcanzado el fin institucional del estándar.[57]

Un estándar de la prueba ordinario es aquel en el que la hipótesis puede explicarse racionalmente con base en *todos* los elementos de convicción disponibles: la exteriorización de la lógica inductiva con base en la valoración conjunta de toda la prueba es una exigencia del deber de motivación (STC núm. 8/2024).[58]

---

[51] «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, *but upon probable cause*, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized» (Constitution of the United States. Fourth Amendment).

[52] LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *op. cit.*, pp. 995-997; LEE, C., «Probable Cause with Teeth», *George Washington Law Review*, vol. 88, núm. 2, 2020, pp. 297-298.

[53] WRIGHT, MILLER, «§ 53 Showing of Probable Cause Required» en *Federal Practice & Procedure I*, 5ª ed., WestLaw; BACHMAIER WINTER, L., «Probable cause», *op. cit.*, pp. 199-205.

[54] ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit*., pp. 350-351.

[55] CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *op. cit.*, pp. 1287-1288.

[56] FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 236-241.

[57] FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 107, 203-204, 237; «en el caso de las decisiones absolutorias basadas en la valoración de la prueba, la necesidad de un *discurso justificativo* en el que se precisen las razones fácticas que descartan la hipótesis acusatoria […] La decisión absolutoria reclama, por tanto, un específico y muy exigible deber de análisis de todos los elementos probatorios aportados al proceso, de racionalidad sustancial valorativa y normativa *y de exteriorización*» (STS núm. 410/2021 [ECLI:ES:TS:2021:2083]) (énfasis añadido).

[58] «Porque el juez penal escoge entre hipótesis alternativas, debe operar de manera racional […] La técnica de analizar aisladamente las pruebas para neutralizar aquellas que se quieren desechar o hacer irrelevantes, prescindiendo del análisis sintético, es una práctica no asumible desde un modelo constitucional de valoración probatoria. El examen contextual o conjunto de la prueba es un requerimiento de racionalidad de la motivación

> Desde luego, son distintos los estándares de la prueba que pueden diseñarse en función de diferentes razones de política legislativa: esto es, en función de la distribución de los riesgos que socialmente se considere aceptable. Una elevación de los estándares de la prueba en el juicio oral puede suponer la exigencia de que se acredite la hipótesis acusatoria y se desacrediten las hipótesis alternativas de la defensa. Una reducción del estándar de la prueba puede suponer que sea suficiente con la acreditación de la hipótesis acusatoria.[59] En cualquier caso, en el proceso penal se da la peculiaridad de que el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) impone la construcción de estándares de la prueba asimétricos entre las partes.

El diseño de un estándar de la prueba destinado a regular la admisión de la querella debe tomar en consideración cuestiones que son propias de esta fase: *(i)* que normalmente se contará solo con la afirmación de los hechos conocidos o supuestos por el querellante y *(ii)* que no es posible exigir un esfuerzo acreditativo alto al querellante, pues se ha dicho ya que normalmente el hecho delictivo se ha llevado a cabo en la clandestinidad y porque no puede olvidarse que uno de los fines institucionales de la instrucción es justamente investigar el hecho. Tomando en consideración todas estas observaciones, puede profundizarse en la concreción del estándar de acreditación para la admisión de la querella.

El querellante no debe acreditar verosímilmente todos los hechos o elementos del hecho narrados que se integran en el tipo penal. En esta fase procesal bastará con la acreditación de algunos de ellos para que el relato pueda considerarse verosímil.

Ahora bien, es importante señalar que el estándar no podrá ser el mismo si el querellante incorpora en el relato hechos *supuestos* (*vid*. *supra* apartado 3.1). En esos casos, será necesario que el querellante aporte elementos de convicción de los que se pueda inferir racionalmente las suposiciones que realiza. De no tenerlos, deberá señalar en la querella diligencias de investigación *específicas* para la comprobación de esas suposiciones, justificando su necesidad y utilidad (art. 277.5º LECrim). De no ser así, la querella deberá ser inadmitida. Por ello, debe considerarse que solo a través de la acreditación indiciaria de todas las suposiciones hechas en la querella o de la petición de diligencias de investigación *concretas* que permitan suplir el desconocimiento del hecho es admisible incoar un proceso penal y dirigir la investigación frente a un individuo determinado.

Deberá así *ponerse en relación la fuerza de la afirmación como conocimiento propio o sospecha —strength of the claim— y la credibilidad de esta afirmación —reliability of the claim—*: las sospechas, en la medida en que tienen menos fuerza que las declaraciones de conocimiento, necesitan siempre de una mayor acreditación.[60]

> Debe insistirse en la necesidad de que se señalen en la querella diligencias de investigación concretas y específicas para obtener información o fuentes de prueba que no se tienen y que son necesarias para acreditar indiciariamente los hechos supuestos (art. 277.5º LECrim). La debilidad propia de la suposición, junto con la imposibilidad de aportar indicios que la respalde, se traducen en una *mayor exigencia argumentativa* en relación con la utilidad y la necesidad de la investigación. Una

que recoge la propia ley (véase, el art. 218.2 de la Ley de enjuiciamiento civil)» (STC 8/2024, de 16 de enero [ECLI:ES:TC:2024:8]).

[59] Ferrer Beltrán, J., *Prueba sin convicción*, *op. cit.*, pp. 208-210.

[60] Crespo, A. M., «Probable Cause Pluralism», *op. cit.*, p. 1364; «§ 22:526. Sufficiency of complaint» en VV.AA. *Chapter 22. Criminal Procedure. Federal Procedure, Lawyers Edition*, Westlaw, 2025.

> solicitud genérica de investigar las suposiciones o la inutilidad de las diligencias de investigación propuestas para ello debería llevar a la inadmisión de la querella.

En resumen, en el caso de la narración de hechos *conocidos,* bastará con la acreditación de algún hecho o elemento del hecho. Si se incorporan hechos inferidos o supuestos, será necesaria la acreditación de todas y cada una de esas inferencias o la justificación detallada de la utilidad del proceso penal para su esclarecimiento.

> Supuesto A: Ticio ha visto a Cayo robar su vehículo. La narración de los hechos por Ticio en la querella debería ser suficiente para admitirla, pues se trata de una declaración de conocimiento de un testigo directo.
>
> Supuesto B: Ticio presenta una querella en la que afirma que Cayo le ha acosado sexualmente. La narración de los hechos por Ticio debería ser suficiente para admitir la querella, pues se trata de una declaración de conocimiento de un «testigo directo»: la víctima.
>
> Supuesto C: Ticio ha visto a Cayo enterrar el cuerpo de Sempronio. Ticio tiene constancia de que existía una enemistad manifiesta entre Cayo y Sempronio. Ticio afirma que Cayo ha enterrado el cuerpo de Sempronio y formula como hipótesis acusatoria que lo ha matado. En ese caso, Cayo deberá aportar necesariamente los elementos en los que apoya aquella inferencia.

Un criterio seguro para fijar la razonabilidad de la inducción es siempre el relativo a la prueba de cargo en el juicio oral. Si en algunos casos es posible fundar la condena en el testimonio persistente y corroborado de una víctima, ese testimonio también debería ser suficiente para incoar un proceso penal.[61] Si es posible fundar una condena en el testimonio persistente y corroborado de un coautor, este será también bastante para incoar un proceso penal. Así pues, la doctrina desarrollada en torno a la prueba de cargo es una guía segura que ayuda a determinar si es razonable la inducción verosímil del relato a través de los elementos de convicción aportados. Esto no implica, desde luego, afirmar que el estándar de la prueba para la admisión de la querella es el mismo que para la condena penal. Con esto simplemente se sostiene que si el querellante aporta algún elemento que directamente o junto con otros puede sostener una condena penal, ello debería ser suficiente para admitir la querella. Así, si los elementos de convicción que aporta el querellante pueden considerarse en el futuro una prueba de cargo o un indicio corroborativo, la querella debería admitirse.

En definitiva, el estándar de acreditación de la verosimilitud de la querella pasa por poder sustentar la hipótesis acusatoria en algún elemento de convicción aportado: esto es, que se esté ante un caso de verosimilitud *objetiva* (ATS núm. 22117/2025). La doctrina de la prueba de cargo —mucho más desarrollada y rica casuísticamente— es una referencia segura para considerar si de un elemento puede inducirse la verosimilitud del relato. En cualquier caso, este estándar dependerá de si los hechos que integran el relato son conocidos o supuestos —supuesto en el que deberán aportarse elementos para acreditar la verosimilitud de todas las suposiciones o justificar en detalle la necesidad de la investigación para ello—.

4.4. La flexibilidad de los estándares de acreditación de la verosimilitud de la querella

[61] Para un análisis empírico sobre la declaración de la víctima como prueba de cargo en el proceso penal *vid*. DE LAMO VELADO, I., *La credibilidad de las víctimas de violación en el proceso penal*, Aranzadi, Madrid, 2025.

En último lugar, tiene interés examinar hasta qué punto son flexibles los estándares de acreditación de la verosimilitud de la querella: es decir, si estos pueden o deben variar en función de las circunstancias del caso y del hecho delictivo que se relata en la querella.

El primer elemento que puede considerarse para flexibilizar los estándares de acreditación es el relativo a la cercanía y la facilidad que las partes tienen de acceder a elementos de corroboración. En función de las circunstancias del caso y el delito concreto, en algunos supuestos puede considerarse razonable suponer que el querellante tiene a su disposición otros elementos corroborativos o tiene un acceso fácil a ellos. Desde una perspectiva criminológica puede concluirse que determinados delitos «dejan más huellas que otros». Y si es razonable sostener que esos indicios existen y son fácilmente accesibles —y *solo* si es razonable que así sea—, deberá exigirse su aportación en la querella.[62]

> Supuesto A: Ticio presenta una querella en la que afirma que Cayo le ha acosado sexualmente en el trabajo. En este caso, y según las circunstancias relatadas, es posible inferir racionalmente que existen indicios que permitan acreditar ese acoso —conversaciones por mensajería, correos electrónicos, grabaciones, testimonios de compañeros de trabajo, etc.—. Si es razonable esa suposición —y debe insistirse, *solo* si es razonable— deberán aportarse esos otros indicios para admitirse la querella.
>
> Supuesto B: Ticio presenta una querella en la que afirma que Cayo, con el que no tenía ninguna relación, le ha acosado sexualmente en una fiesta. En este caso, la declaración de Ticio debería ser suficiente para admitir la querella.

El segundo elemento que podría considerarse para flexibilizar el estándar de acreditación es el relativo a la gravedad del delito que se relata en la denuncia, lo que supone *una materialización del estándar*.[63] Con base en ello, la flexibilización se basaría en tres elementos: la mayor o menor verosimilitud de la querella, la gravedad del delito y la limitación de derechos fundamentales que supondrá el proceso penal para el sospechoso.[64] Con esta «fórmula» no se quiere volver a caer en la ilusión del cálculo matemático, sino (solo) transmitir la idea de que a la flexibilización del estándar subyace un juicio de proporcionalidad entre los derechos de las partes y los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes: en definitiva, «se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales» (ATS núm. 22359/2025).[65]

---

[62] «La práctica procesal penal muestra, como máximas de la experiencia, que hay categorías delictivas en las que es perfectamente exigible al querellante la aportación con la querella de determinados documentos […] Los delitos de naturaleza patrimonial, financiera, societaria o administrativa, dejan rastro documental diverso y en grado suficiente para que el querellante cumpla con la carga de aportar principios de prueba o indicios objetivos […] A nuestro juicio, esta exigencia *a mayor abundamiento* de principio de prueba ha de atender a las circunstancias del caso —facilidad y disponibilidad probatoria por el querellante—, a la relación del querellante con los hechos —víctima u ofendido, actor popular— y la fiabilidad del relato circunstanciado de los hechos» (ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 162, 179).

[63] Esta flexibilización del estándar de acreditación se ha defendido en Alemania: «*Je gewichtiger aber das Rechtsgut ist und je weit reichender es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt würde* oder beeinträchtigt worden ist, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit sein, mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung geschlossen werden kann, und *desto weniger fundiert dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die dem Verdacht zugrunde liegen* (BVerfGE 100, 313)» (KK-StPO/DIEMER «StPO § 152» Rn. 7) (énfasis añadido). Y también en EE. UU.: LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *op. cit.*, pp. 1019-1022; CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *op. cit.*, pp. 1276-1391; LEE, C., «Probable Cause», *op. cit.*, pp. 293-295.

[64] LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *op. cit.*, pp. 1019-1022.

[65] ATS núm. 22359/2025 [ECLI:ES:TS:2025:10619A].

Como se ha dicho ya, el inicio del proceso penal puede explicarse desde la dinámica de los derechos fundamentales de la víctima, las partes acusadoras, el sospechoso y el deber de protección del Estado. Los estándares de admisión de la querella dependerán de la decisión de política legislativa de cómo equilibrarlos.

En esta lógica, un elemento que puede influir en el estándar de admisión de la querella es el relativo a la gravedad del delito: el bien jurídico protegido por el delito se integraría en la ecuación del juicio de proporcionalidad a la limitación de derechos fundamentales que supone todo proceso penal. La admisión de la querella se abordaría así desde una perspectiva constitucional como un juicio de proporcionalidad entre la limitación de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y los derechos e intereses penalmente protegidos por el tipo penal. Este modelo subyace ya en los juicios de proporcionalidad positivizados en las normas que habilitan la práctica de determinadas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales [*v.gr.*, arts. 588 *ter* a), 588 *quater* b) o 588 *septies* a) LECrim]. Desde esta perspectiva, entre más grave sea el delito, menor debería ser el estándar de acreditación de la verosimilitud de la querella.

> Desde luego, esto lleva a la paradoja de que sea más fácil instrumentalizar el proceso penal a través de la imputación de hechos graves. La única posibilidad de eliminar esta externalidad negativa es a través de la potenciación y la efectividad de los remedios frente a la interposición de querellas falsas (*vid. infra* apartado VI) o retrasar la imputación del hecho al sospechoso hasta que se obtengan los indicios racionales de criminalidad dentro del proceso penal.

Por último, debe recordarse el deber de protección del Estado de investigar delitos cuyos bienes jurídicos protegidos estén integrados por derechos fundamentales.[66] En estos casos no existe una flexibilización de los estándares de la acreditación, sino un estándar de la acreditación menor que tiene su fundamento en los derechos fundamentales vulnerados por el delito.[67]

4.5. En especial, sobre la valoración de las noticias de prensa y el estándar de acreditación de la hipótesis acusatoria

Es cada vez más habitual que se aporten con la querella noticias de prensa para acreditar su verosimilitud. Este fenómeno, más o menos reciente, se ve potenciado por las redes sociales y por la proliferación de medios de comunicación digitales. Por su repercusión social y su relativa novedad, tiene interés detenerse a examinar la valoración de estas noticias como elementos de convicción aportados con la querella.

> La aportación de «recortes» de noticias en la querella suele ocurrir en delitos atribuidos a personas que forman parte de la esfera pública —políticos o famosos— o respecto de delitos referidos a hechos que han tenido una repercusión en la esfera social.[68]

Las noticias son el resultado intelectual de un periodista en las que divulga información con interés público. Esta información habrá sido conocida por el periodista de forma directa o indirecta a través de fuentes que también de forma directa o por referencia han tenido

[66] MUYO BUSSAC, P., «Tres reflexiones sobre la instrucción penal», *op. cit.*, pp. 715-726.

[67] MUYO BUSSAC, P., «La instrucción penal como garantía», *op. cit.*, p. 26.

[68] Por ejemplo, las SSTS núm. 21610/2025 [ECLI:ES:TS:2025:7105A]; núm. 20108/2023 [ECLI:ES:TS:2023:1630A]; núm. 20119/2024 [ECLI:ES:TS:2024:1400A]; núm. 20043/2024 [ECLI:ES:TS:2024:756A]; núm. 20360/2023 [ECLI:ES:TS:2023:7598A]; núm. 20270/2021 [ECLI:ES:TS:2021:6280A].

conocimiento de los hechos. A través de su conocimiento directo o el conocimiento de sus fuentes el profesional reconstruye la historia y la transmite al público.

Es conocido que los medios de comunicación son objeto de protección constitucional, pues son el medio imprescindible para ejercer el derecho a la información. Por eso su existencia se desenvuelve en el marco de las exigencias y las garantías institucionales y de procedimiento que derivan de la dimensión objetiva del artículo 20.1.b) CE. La importancia de los medios de comunicación para la democracia se traduce en un estatuto especial del periodista, que se concreta en determinados derechos y exigencias profesionales: entre ellas, la necesaria verificación de la información que se transmite.

En este marco, las noticias de prensa deberán valorarse como lo que son: la declaración de un particular que da noticia de un hecho que ha conocido por sí mismo o a través de otra persona. Así pues, si en la noticia se identifica la fuente, la noticia será equivalente a la declaración de un testigo de referencia que identifica su fuente. Y si en la noticia no se identifica la fuente del conocimiento, la noticia será equivalente a un testigo de referencia que no identifica su fuente de conocimiento. De este modo, la identificación de la fuente de conocimiento del periodista será un elemento que influirá en la valoración de su fiabilidad y de su cercanía con el hecho relatado.[69]

> Las noticias de prensa son una prueba que en el Derecho estadounidense se califican como *hearsay.*[70] La prueba *hearsay* supone una declaración en el proceso en el que se hace referencia a la declaración de otra persona —una suerte de rumor o testimonio de oídas— (Rule 801 *Federal Rules of Evidence*). Como regla general, el *hearsay* es una prueba no admisible (Rule 802 FRE), aunque excepcionalmente es permitida para acreditar la *probable cause* requerida para iniciar una investigación judicial. Para ello se suele considerar como requisito que se revele la fuente de conocimiento —*the source of the hearsay declarant´s accusation must be revealed*— y que la declaración se considere en sí misma creíble.[71]

Desde esta perspectiva, el periodista como fuente de prueba supone un testigo (más) que comunica hechos que ha conocido porque ha tenido un contacto directo con ellos o porque se los han contado. El especial régimen del periodista y sus obligaciones deontológicas en principio no tienen que desdibujar la calificación técnico-procesal de la noticia como elemento de convicción. Una vez identificada la naturaleza de las noticias de prensa, pueden examinarse elementos para su valoración como medio de corroboración.

En primer lugar, deberá valorarse la fiabilidad de la fuente. En el caso de las noticias de prensa, esto pasa por la posibilidad de contrastar procesalmente la información que en ella se divulga.

---

[69] Por ello, se ha sostenido que en algunos casos «este medio de conocimiento no difiere en gran medida de la denuncia anónima» (NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, *op. cit.*, p. 70). En Italia se considera la información en los medios de comunicaciones como *notizie di reato non qualificate* que requiere de una especial corroboración para justificar el inicio de una investigación penal (ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, *op. cit.*, pp. 898, 903.)

[70] «*The hearsay rule exclusion generally is applicable to printed media matter*, such as publications or treatises, when *offered as proof of the matter asserted* and not otherwise subject to a hearsay exception, extending the rule as well to texts. […] *The hearsay rule applies to exclude, as proof of the truth of statements made therein, the admission of the contents of newspaper, periodical, or magazine, absent applicable hearsay exceptions*, as for past recollection recorded, prior consistent statements, business records, historical works, books of science or art, maps, or charts» (VV.AA. *Corpus Juris Secundum. Evidence. 31A*, § 379) (énfasis añadido).

[71] RHODES, M. S., § 3:8. Sufficiency of complaint», «§ 3:12. Necessity that complaint be based on complainant's personal knowledge—Sufficiency of showing of personal knowledge», «§ 4:37. Showing as to knowledge of complainant» y «§ 4:58. What constitutes probable cause—Information received from informer» en *Orfield's Criminal Procedure Under the Federal Rules*, WestLaw, 2025.

Podría pensarse que la información ya está contrastada por el periodista. Sin embargo, será la contradicción *procesal* de esa información lo que le dará valor probatorio. Por ello, una noticia de prensa que se basa en fuentes anónimas será en principio muy poco fiable. Por el contrario, una noticia de prensa que identifica sus fuentes es mucho más fiable, pues podrá llamarse a las fuentes a declarar en la instrucción para contrastar la información. En cualquier caso, en el proceso deberá pedirse al periodista que identifique su fuente de conocimiento —directa o por referencia— para poder valorar la información transmitida, aunque desde luego no pueda imponerse su revelación.

> Los periodistas son titulares de una inmunidad procesal que nace *ex constitutione* y que les permite negarse a revelar sus fuentes en cualquier proceso civil o penal (art. 20 CE).[72] Por lo tanto, en último término la contrastabilidad de la noticia dependerá de la voluntad del periodista de revelar libremente sus fuentes o de la voluntad de las fuentes de revelarse o ser reveladas.

En la valoración de la noticia como elemento de corroboración también influirá la propia calidad del medio de comunicación o el periodista. Como sucede con casi todos los productos y los servicios que se ofrecen en el mercado, hay medios de comunicación buenos y malos. Un buenismo naif no puede llevar a tratar todas las noticias de prensa por igual, porque no lo son. Elementos como los protocolos internos de verificación de las noticias, la antigüedad del medio, la reputación o la cualificación profesional del periodista serán elementos que sin duda deberán tenerse en cuenta para valorar la fiabilidad de la noticia como elemento de convicción.

> Se ha hecho referencia ya a la preocupación institucional a nivel europeo por las campañas de desinformación (*fake news*).[73] Ante la existencia de riesgos sistémicos derivados de la desinformación, esta lucha se centra en actuaciones concretas como *(i)* el Reglamento (UE) 2024/900 sobre transparencia y segmentación en la publicidad política; *(ii)* la regulación de la responsabilidad de las plataformas online en el Reglamento (UE) 2022/2065 de servicios digitales; *(iii)* la protección de los periodistas y el pluralismo a través de iniciativas como el Reglamento Europeo (UE) 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación o la Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública; o *(iii)* la cooperación con verificadores de datos como el Observatorio Europeo de los Medios Digitales (EDMO) o la Red Europea de Normas de Verificación de Datos (EFSCN).
> Ante esta realidad no puede quedar indiferente la justicia penal, que deberá dotarse de un aparato epistemológico y jurídico que le permita adaptarse a esta realidad social. Solo dando por hecho que la manipulación de la verdad con fines espurios existe, podrá mantenerse un correcto equilibrio entre las posiciones ius fundamentales de las partes que subyacen a la admisión de la querella.

En segundo lugar, deberá valorarse la cercanía del periodista o de sus fuentes con los hechos presuntamente delictivos. Como en el resto de los casos, no tendrá el mismo valor la valoración del testigo de referencia —el periodista— de un testigo directo —la fuente—, que el testigo de referencia de otro testigo de referencia. La cercanía o la lejanía de la fuente con el hecho indudablemente también influye en su valoración.

---

[72] STC núm. 30/2022 de 7 marzo [ECLI:ES:TC:2022:30]; STC núm. 24/2019 de 25 febrero, F.J. 6 [ECLI:ES:TC:2019:24]. Puede encontrase un resumen de la doctrina y recopilación de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expresión, 2023, pp. 54-70. Para profundizar sobre el tema *vid*. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Información confidencial y el proceso civil*, Atelier, Madrid, pp. 164-167.

[73] En relación con ello, *vid*. [https://commission.europa.eu/topics/countering-information-manipulation_es] (página web de la Comisión Europea) y Código de buenas prácticas en materia de desinformación de 2022

Los medios de comunicación —y debe insistirse en ello— tienen un papel indispensable en el sistema democrático. Esto justifica el reconocimiento del secreto profesional de los periodistas, que crea un espacio de inmunidad frente al poder que permita mantener un flujo de información sobre hechos socialmente relevantes —que de otro modo no se produciría—. En esta lógica, reducir el valor probatorio de las noticias de prensa podría repercutir en una menor persecución penal de tramas de corrupción y de otras que afectan a la *res publica* —una de las externalidades positivas que se busca de los medios de comunicación como *public watchdogs*—.[74]

En relación con el estándar de la acreditación, la noticia de prensa no es un elemento que permita acreditar *por sí mismo* la verosimilitud de la querella. Como sostiene el Tribunal Supremo, «puede y *debe* el Juez decretar la inadmisión de la querella (…) cuando no se ofrecen datos o elementos fácticos que indiciariamente pudieran aparecer como constitutivos de los delitos que se imputan en el escrito de querella, no sirviendo a este efecto la mera aportación de recortes de prensa o similares, sin más constatación o acreditación» (STS núm. 21610/2025).[75] Así pues, será necesario aportar otros elementos que permitan acreditar la verosimilitud de los hechos conocidos o supuestos que son narrados en la querella.

5. Alternativas a la inadmisión de querellas que no superan el estándar de verosimilitud objetiva

Se ha explicado ya la tensión que subyace a toda admisión de una querella. Ante esta situación es interesante examinar qué alternativas existen a la inadmisión de querellas que no superan el estándar de verosimilitud exigido: es decir, qué alternativas tiene el querellante que ha visto su querella inadmitida.

La existencia y la eficacia de estas alternativas serán, sin duda, elementos que ayudarán a poner en perspectiva el enjuiciamiento y los juicios de ponderación que se plantean al inicio del proceso penal: es importante determinar si existen medidas alternativas que permitan mantener un balance adecuado entre el deber del Estado de perseguir el delito y proteger los derechos de las víctimas y el derecho a la presunción de inocencia del sospechoso (art. 24.2 CE).

5.1. La interposición de una nueva querella: la ausencia de efectos de cosa juzgada material del auto de inadmisión

El auto que inadmite una querella no tiene efectos de cosa juzgada material.[76] Esto supone que, en principio, no existe ningún obstáculo para que el querellante que ha visto su querella inadmitida interponga una nueva en la que aporte los elementos de corroboración necesarios. El único límite a esta posibilidad es, como se verá, el abuso del proceso (*vid. infra* apartado VI).

La ausencia de efectos de cosa juzgada material del auto que inadmite la querella es importante, pues su inadmisión no supone «condenar» la investigación del hecho y la imputación de la

[74] Por todas, las SSTEDH *Satakunnan Markkinapörssi Oy and. Finland* (Application no. 931/13); *Axel Springer Ag v. Germany* (Application no. 39954/08); *Pedersen and Baadsgaard V. Denmark* (Application no. 49017/99).

[75] STS núm. 21610/2025 [ECLI:ES:TS:2025:7105A]. «Las noticias periodísticas, reitera esta Sala (vid por todas ATS de 15 de febrero de 2021, dictado en la CE 21092/2018), por sí solas, aunque legítimas en la función que desarrollan, no legitiman a ningún accionante popular para convertir el relato periodístico en un relato de hechos punibles desencadenantes del proceso penal, cuando no cuentan como es el caso, con ningún elemento o principio de prueba que avale con una mínima razonabilidad» (STS núm. 20108/2023 [ECLI:ES:TS:2023:1630A]). En el mismo sentido las SSTS núm. 20119/2024 [ECLI:ES:TS:2024:1400A]; núm. 20043/2024 [ECLI:ES:TS:2024:756A]; núm. 20360/2023 [ECLI:ES:TS:2023:7598A]; núm. 20270/2021 [ECLI:ES:TS:2021:6280A]; AATSJ de Cataluña núm. 138/2019 [ECLI:ES:TSJCAT:2019:806A], núm. 97/2018 [ECLI:ES:TSJCAT:2018:611A].

[76] ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 153, 172.

responsabilidad penal al olvido. La posibilidad de admitir la querella en el futuro es algo que permite tomar distancia y examinar en sus justos términos los estándares de la alegación y la acreditación exigibles al querellante.

> Con todo, se ha sostenido por parte de la doctrina que por su contenido material deberían atribuirse a los autos de inadmisión de querellas por falta de tipicidad efectos negativos de cosa juzgada material.[77]

5.2. Las medidas de investigación «preprocesalísimas» del juez de instrucción

Es posible que antes de admitir la querella el juez de instrucción lleve a cabo medidas de investigación «preprocesalísimas» para comprobar la verosimilitud de la querella. Con ello, el juez instructor puede llevar a cabo medidas de investigación que le ayuden a suplir el déficit de información y de acreditación de la querella. Esta es una alternativa a la inadmisión de la querella *in limine* que, en delitos especialmente graves, ayuda a mantener un equilibrio entre los derechos de las partes.

Entre las medidas de investigación que podrían llevarse a cabo estaría la obtención de información de las administraciones públicas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en general, cualquier requerimiento que pueda ordenarse y ejecutarse rápidamente. Así, estas medidas de investigación supondrían una suerte de filtro sumarísimo de querellas infundadas o falsas. La promoción de estas medidas *ante processum* no suponen la creación de una suerte de antejuicio para la admisión de la querella, sino (solo) la recopilación de elementos que ayuden al juez de instrucción a tomar su decisión.

> El ya derogado antejuicio para exigir la responsabilidad criminal a los jueces y magistrados que estaba regulado en los artículos 757 y siguientes de la LECrim tenía esta finalidad. En el antejuicio sumarísimo existía la posibilidad de escuchar la declaración de testigos (art. 772 LECrim) o requerir la entrega o la compulsa de documentos (arts. 767 a 771 LECrim). Si se consideraba que existía una acreditación verosímil de la querella, esta se admitía y se iniciaba la instrucción del sumario (art. 775 LECrim). En otro caso, se inadmitía la querella y se imponían las costas al querellante (art. 776 LECrim).[78]
>
> Aunque este antejuicio haya desaparecido, el actual artículo 410 LOPJ permite al juez «recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma *o la verosimilitud de la imputación*». De esta manera, se faculta al juez para que tome un comportamiento activo en la fase de admisión de la querella.

La utilidad y la maximización de los derechos de todas las partes con estas medidas es evidente. Con ellas se permitiría en algunos casos realizar el deber del Estado-juez de suplir las deficiencias de acreditación de querellas que no alcanzan los estándares necesarios para iniciar un proceso penal —*i.e.*, para superar la resistencia que impone el derecho a la presunción de inocencia de una persona (art. 24.2 CE)—.[79]

[77] Zarzalejos Nieto, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 153, 171-178.

[78] Zarzalejos Nieto, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 167-171.

[79] Zarzalejos Nieto, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, p. 179.

Las medidas de investigación «preprocesalísimas» deben —por su propia naturaleza— ser sumarias y mínimas, pues en otro caso se convertirían en una suerte de incoación *de facto* del proceso penal que suponga ya una imputación material al sospechoso.

> Debe considerarse, como sostiene GASCÓN INCHAUSTI, que existe una imputación material desde el momento en el que el juez de instrucción lleva a cabo cualquier medida que se dirija a investigar la responsabilidad penal de un individuo.[80] En este sentido, no es descartable que el individuo que aparece como sospechoso en la querella —todavía no admitida— tenga conocimiento de algún modo de su interposición y de la adopción de alguna medida «preprocesalísima», decidiendo personarse en ese momento. Esa personación debería permitirse, aunque ello sería un síntoma de que las medidas preprocesalísimas se han desnaturalizado al desbordarse y prolongarse más de lo necesario.

5.3. Las medidas de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Otras medidas alternativas a la inadmisión de la querella son las medidas de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Con ello, la inadmisión de la querella podría trasladarse a la fiscalía o a la policía para que lleven a cabo una investigación preprocesal que permita aclarar la verosimilitud de la querella. Esta «reconducción» podría hacerse de oficio por el propio juez o por la víctima, que decide llevar su denuncia a otro órgano.

> Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Fiscalía cuentan con bases de datos e información propias. Y no puede descartarse que de esta reconducción de la denuncia afloren datos que permitan hacer verosímil el relato.

La reconducción de la denuncia a la policía o a la fiscalía es una alternativa a la inadmisión de las querellas que se defiende en países de nuestro entorno.[81] Con ello el Estado también cumpliría su deber de investigar el hecho a través de una vía menos lesiva con la presunción de inocencia

---

[80] GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, *op. cit*., pp. 107-108.

[81] «Die Vorerhebungen dienen schließlich auch *dem Schutz des Betroffenen vor einer ungerechtfertigten oder voreiligen Stigmatisierung, die mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zweifellos verbunden ist*» (KK-StPO/DIEMER «§ 152», Rn. 10) (énfasis añadido); KK-StPO/WEINGARTEN «§ 158», Rn. 15; «Abzugrenzen in diesem Zusammenhang sind sog. Vor- oder Initiativermittlungen und Vorfeldermittlungen oder pro-aktives Handeln. Erstere sollen zur Klärung beitragen, ob die tatsächlich bereits vorhandenen Tatsachen die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens tragen. *Ein Beispiel ist eine private Anzeige, die nicht gänzlich aus der Luft gegriffen, aber dennoch fragwürdig erscheint. Es liegen also Verdachtsmomente vor, die jedoch bislang nicht stark genug sind, um einen Anfangsverdacht willkürfrei zu bejahen*. Vorfeldermittlungen hingegen sollen überhaupt erst der Gewinnung solcher Tatsachen dienen; zB die anlasslose Ermittlung in einem zwielichtigen Milieu. Zulässig sind lediglich Vorermittlungen […] Die Zulässigkeit von Vorermittlungen wird durch die Anzeigepflichten des § 159 Abs. 1 indiziert, die gerade Anlass zu Vorermittlungen geben können. Die Gegenansicht lehnt auch die Zulässigkeit von Vorermittlungen mit dem Argument ab, nach einer Anzeige iSd § 159 Abs. 1 liege ein Anfangsverdacht vor. *Die hM überzeugt vor dem Hintergrund, dass die Zulassung von Vorermittlungen den Betroffenen eher schützt, als dass sie ihm schadet. Denn die mitunter faktisch diskreditierende und stigmatisierende Wirkung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens kann auf diese Weise vermieden werden, wenn sich auch hiernach kein Anfangsverdacht ergeben hat*» (MüKoStPO/ PETERS «§ 152», Rn. 62, 61, también Rn 43) (énfasis añadido); MüKoStPO/ KÖLBEL-IBOLD «§ 160», Rn. 73; ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 351; RADTKE - HOHMANN /LINK, «§160 StPO», Rn. 5, 7; JAHN., M., «Der Verdachtsbegriff», *op. cit.*, pp. 545-569; ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, *op. cit*., pp. 902-905. En EE. UU. también se propone esta alternativa cuando la denuncia está basada en meras sospechas: «§ 12. Knowledge or information and belief of facts in complaint» en VV. AA., *Corpus Juris Secundum, 22 Criminal Procedure and Rights of the Accused,* WestLaw, 2025.

(art. 24.2 CE). Esta alternativa, además, estaría respaldada por la progresiva potenciación e institucionalización de las medidas preprocesales del Ministerio Fiscal (Circular 2/2022).[82]

> Las medidas de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal pueden ser una alternativa razonable frente a querellas interpuestas por querulantes o querellantes de dudosa buena fe.[83] También pueden ser una opción para investigar hechos especialmente graves que sean transmitidos a través de los medios de comunicación y que, se haya interpuesto o no una querella, no contengan elementos de corroboración suficientes para iniciar un proceso penal.[84]

En relación con ello, dos límites claros deben fijarse a esta alternativa. En primer lugar, las diligencias preprocesales se proponen solo como *una alternativa a la inadmisión de querellas cuya verosimilitud no ha sido acreditada objetivamente*. Si la querella es verosímil y cumple con los presupuestos procesales y materiales para ello, deberá ser admitida. Se ha explicado que los estándares de acreditación de la verosimilitud de la querella tienen su fundamento en la limitación del derecho a la presunción de inocencia del sospechoso que supone la (mera) existencia del proceso penal. Por ello, es posible que la querella no supere el estándar de acreditación de verosimilitud, pero incorpore elementos suficientes para que la fiscalía o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado investiguen.[85]

En segundo lugar, esta alternativa no puede servir de marco para que la fiscalía o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado inicien investigaciones prospectivas y generales sobre la base de hechos narrados en querellas cuya verosimilitud objetiva no ha sido acreditada. La investigación —que maximiza el deber de investigación, reduciendo la incidencia en los derechos del sospechoso— deberá necesariamente que limitarse a los hechos narrados en la denuncia. En la medida en que estas medidas de investigación tienen naturaleza administrativa, el control de su legitimidad podrá llevarse a cabo a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en el orden contencioso-administrativo (arts. 114 *et seq*. LJCA).

6. Los remedios frente a querellas falsas o maliciosas

La querella falsa es aquella interpuesta con conocimiento de la inexistencia de los hechos que integran la hipótesis acusatoria. La querella maliciosa es aquella, en principio verosímil, con la que se pretenden fines ilegítimos. Corresponde ahora examinar qué remedios contempla el ordenamiento frente a ambas.

Como explica MUÑOZ ARANGUREN, es posible que se utilice el proceso penal como instrumento de presión para la satisfacción de derechos o intereses privados: esta es la denominada *querella*

---

[82] Se ha sostenido que en el caso de *notitia criminis* transmitidas por la prensa «lo aconsejable en estos supuestos en que nadie quiere denunciar, y existe cierto revuelo periodístico sobre uno hechos, es que fuera alguien que no pudiera decretar medidas restrictivas de derechos fundamentales quien se hiciera cargo de las primeras comprobaciones de los hechos puestos de manifiesto por el periodista. Ese «alguien» podría ser sin duda el Ministerio Fiscal, el cual procedería a la comprobación de los hechos, previa investigación de los mismos» (NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, *op. cit.*, p. 101). En el mismo sentido ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, *op. cit*., pp. 898, 903.

[83] KK-StPO/ Weingarten «§ 158», Rn. 6-7.

[84] JAHN., M., «Der Verdachtsbegriff», *op. cit.*, p. 557.

[85] «Das Legalitätsprinzip verpflichtet die StA aber schon dann zur Vorklärung von Sachverhalten, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für strafbares Verhalten vorliegen, mögen diese auch noch nicht „zureichend" iSd § 152 Abs. 2 sein (Keller/Griesbaum NStZ 1990, 416; Diemer NStZ 2005, 667; Senge FS Hamm, 2008, 704). *Vorermittlungen sind zulässige Maßnahmen, die in der Strafverfolgungspraxis der Klärung der Frage dienen, ob ein Anfangsverdacht vorliegt oder nicht*; Bestandteil des eigentlichen Ermittlungsverfahrens sind sie nicht» (KK-StPO/ WEINGARTEN «§ 160», Rn. 7 y 19) (énfasis añadido).

catalana o querella coactiva.[86] Podremos también considerar querellas coactivas aquellas que pretendan, mediante la presión financiera y social asociadas a la (mera) existencia del proceso penal, silenciar a rivales políticos o actores de la sociedad civil.

Es también posible que se utilice el proceso penal para acceder a información o a fuentes de prueba que estén en poder de la otra parte: estas son las *querellas «preparatorias» (de un ulterior proceso civil) o prospectivas*. Es también usual la interposición de *querellas dilatorias*, que son aquellas que se interponen para forzar una suspensión por prejudicialidad penal en un proceso civil o un arbitraje paralelo.[87]

> Las querellas preparatorias o prospectivas pueden ser habituales en delitos en materia de propiedad industrial iniciados por los denominados *patent trolls* o *non practice entities* y que tienen como única finalidad acceder a información confidencial o secretos empresariales del querellado.

Los remedios frente a querellas falsas o maliciosas es un tema que tiene interés por sí mismo y que, desde luego, tiene relación con los estándares de admisión de las querellas. La elevación o la reducción de los estándares de verosimilitud de la querella es una decisión de política legislativa que está relacionada, a modo de vasos comunicantes, también con la existencia y la eficacia de remedios frente a querellas falsas: si existen consecuencias, se asegura una mayor seriedad en la querella.

Y esto es importante porque no es inusual que la inexistencia o la ineficacia de los remedios frente a querellas falsas o maliciosa se reconduzca en último término —por la norma o a través de su interpretación— a una elevación de los estándares de acreditación de la verosimilitud de la querella.

6.1. La inadmisión de querellas falsas o maliciosas

Es oportuno examinar ahora la posibilidad de inadmitir querellas maliciosas: esto es, querellas, en principio verosímiles, que están movidas por fines ilegítimos. En este punto es importante señalar la diferencia entre la inadmisión de querellas no verosímiles y la inadmisión de querellas en principio verosímiles, pero maliciosas.

Si la querella es considerada falsa por el juez, deberá inadmitirse *in limine* por falsa: la falsedad de los elementos de corroboración aportados con la querella influirá en su valoración y, con ello, en la (falta de) acreditación *verosímil* de la hipótesis acusatoria como presupuesto para su admisión. Y si la querella es admitida, el proceso deberá sobreseerse en cuanto se compruebe su falsedad. En estos casos, el tribunal podría interponer al querellante con base en el artículo 247.3 LEC una multa por su actuación procesal indebida. Esta multa podrá imponerse tanto si la querella se inadmite como si se sobresee posteriormente por constatar su falsedad (ATSJ Aragón núm. 5/2025).[88] Aclarado esto, de aquí en adelante el análisis se centrará en la admisión de

[86] Gimeno Sendra, V., *La querella*, *op. cit.*, pp. 250-253; Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 303-304.

[87] Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 303-313.

[88] ATSJ Aragón núm. 5/2025 a 16 de julio de 2025 [ECLI:ES:TSJAR:2025:197A]: «CUARTO.- Los términos en los que la querella ha sido planteada, contra un número ingente de personas la mayoría de ellos no aforados ante este Tribunal, y por una pluralidad de delitos, que no tienen otro fundamento que las afirmaciones del querellante, *permite calificar a priori el comportamiento de aquellos como de abuso procesal, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 LEC, de supletoria aplicación al proceso penal, procede la apertura de pieza separada, en la que se dará audiencia a la parte querellante, por si procediera imponer la sanción extraprocesal allí prevista*». En un sentido similar el ATSJ Madrid núm. 58/2025 a 15 de julio de 2025 [ECLI:ES:TSJM:2025:57A]: «Por ello, no

querellas maliciosas que son verosímiles: pues debe insistirse en que *si las querellas maliciosas no acreditan su verosimilitud deberán inadmitirse, pero no por maliciosas, sino por inverosímiles*.

> Ticio y Cayo han trabajado en la misma administración pública. Ticio tiene conocimiento de que Cayo ha prevaricado en la adjudicación de distintos contratos públicos. Unos años después Ticio pide a Cayo que se retire de su puesto de trabajo para que pueda ser ocupado por otra persona. Cayo se niega y, ante esta circunstancia, Ticio interpone una querella frente a Cayo por prevaricación como medida de presión.

La instrumentalización de la justicia para alcanzar fines ilícitos es una cuestión que preocupa al legislador europeo. La principal muestra de ello es la Directiva (UE) 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública. Este instrumento incorpora la *desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas* como una de las medidas principales para la protección de las personas físicas que participan en la esfera pública.[89] La Directiva (UE) 2024/1069 parte de la base de que la (mera) existencia del proceso civil —y en lo que ahora nos interesa, también el penal— tiene repercusiones negativas para el demandado y el sospechoso: gastos económicos, reputacionales y sociales que pueden disuadirle o intimidarle. En esta lógica, la desestimación temprana de las pretensiones minimiza estos impactos negativos.

> El inicio del proceso civil depende (solo) de la concurrencia de requisitos formales y procesales. Por eso una demanda civil manifiestamente infundada que cumpla con los requisitos formales y presupuestos procesales debería ser admitida. La inadmisión o la desestimación temprana de demandas manifiestamente infundadas supone convertir el fundamento y la solidez de la demanda —una especie de concurrencia de *fumus bonis iuris*— en un presupuesto del que depende la propia existencia del proceso (Considerandos 16, 17 y 30 de la Directiva 2024/1069). De esta manera, el proceso se vincula a la concurrencia de un elemento material —como sucede con el interés legítimo, cuya terminación sobrevenida hace que el proceso se sobresea (art. 22 LEC)—.[90] En este marco, la «carga de demostrar que la demanda es fundada recae en el demandante que haya interpuesto la acción», por ello corresponde al «demandante fundamentar la pretensión para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar si es manifiestamente infundada o no» (art. 12 Directiva 2024/1069).

En principio, la Directiva 2024/1069 no es aplicable al proceso penal: el ámbito objetivo de la Directiva está constituido por «los asuntos civiles o mercantiles con repercusiones transfronterizas» (art. 2 Directiva 2024/1069). En su caso, en España podría sostenerse una aplicación directa de la Directiva a la acción civil derivada del delito que es ejercitada dentro del proceso penal (Considerando 19 Directiva 2024/1069).

---

apreciándose indicios de la existencia de una actuación prevaricadora por parte del Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, procede la inadmisión de la querella y el archivo de las actuaciones, no sin dejar de poner de manifiesto *que la actuación de la querellante pudiera considerarse un abuso del derecho al interponer, ya sea a través de la propia mercantil, ya a través de su administrador, sucesivas querellas relacionadas con el mismo procedimiento y sobre la base de los mismos motivos a los que ya se ha dado respuesta en varias ocasiones por parte de esta Sección*»

[89] Se considera que hay una participación en la esfera pública en «cualquier declaración o desempeño de cualquier actividad por parte de una persona física o jurídica en ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, la libertad de las artes y de las ciencias o la libertad de reunión y de asociación, así como cualquier acción preparatoria, de apoyo o de asistencia directamente relacionada con dicha declaración o actividad, y que ataña a un asunto de interés público» (art. 4.1 Directiva (UE) 2024/1069).

[90] GASCÓN INCHAUSTI, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-35.

> Es importante señalar que el Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a que también adopte medidas en el orden penal (Considerandos E, H, J, P, Q, puntos 14, 22, 23, 28, 29, 39 y Anexos de la Resolución del Parlamento Europeo).[91] Estas medidas se exigían especialmente en los delitos de injurias y calumnias, que suelen ser los tipos relacionados con las demandas estratégicas contra la participación pública.[92] Desde esta perspectiva, la Directiva 2024/1069 reduce el ámbito de protección instado inicialmente por el Parlamento.

A pesar de su (limitado) ámbito de aplicación, la Directiva (UE) 2024/1069 tiene interés para el tema que ahora se examina. En primer lugar, constata la instrumentalización de la justicia para fines ilícitos y la preocupación de las instituciones europeas por ello: se confirma que en los EE. MM. existen demandas —y en lo que ahora nos interesa, también querellas— que «no se interponen con el fin de acceder a la justicia, sino para silenciar el debate público e impedir la investigación y la información sobre infracciones del Derecho de la Unión y nacional, normalmente recurriendo al acoso y la intimidación» (Considerando 14 Directiva 2024/1069).[93] En segundo lugar, se pone de manifiesto la carencia de remedios en los ordenamientos nacionales para hacer frente a este fenómeno (*vid. infra*). Ante esta situación se constata la necesidad de crear mecanismos específicos para abordar este problema. En tercer lugar, la Directiva avala la compatibilidad de estas «medidas antiabuso» con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante —cuanto menos con el nivel de protección que confiere el artículo 47 CDFUE— (Considerando 31 y 52 Directiva 2024/1069).

Expuesto lo anterior, y ya desde una perspectiva nacional, podría pensarse que la inadmisión de querellas maliciosas podría basarse en el artículo 247 LEC. Conforme a este, «[l]os intervinientes en *todo tipo de procesos* deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe». Y, para hacer efectivo este deber procesal «[l]os tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho».

La aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC) permite defender la eficacia de este precepto en el orden penal. Ahora bien, el problema no está en su aplicación, sino en su alcance. En el orden civil no es posible inadmitir una demanda maliciosa con base en el artículo

---

[91] Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021(2021/2036(INI)). De este modo, el Parlamento instaba a que «se aborde la gravedad de la cuestión de las DECPP incoadas por procedimientos penales mediante la presentación de una propuesta de medidas que garanticen que la difamación, la injuria y la calumnia, que constituyen delitos penales en la mayoría de los Estados miembros, no puedan utilizarse en las DECPP, también mediante la acusación pública o particular; subraya los llamamientos del Consejo de Europa y de la OSCE a la despenalización de la difamación; invita a la Comisión a que aborde las DECPP como demandas que se utilizan con fines distintos al de reivindicar o ejercer de manera genuina un derecho; señala que los demandados suelen enfrentarse a cargos penales y, al mismo tiempo, a demandas de responsabilidad civil presuntamente derivadas de la misma conducta, y pide a la Comisión que introduzca garantías procesales mínimas comunes contra estas DECPP combinadas; 29. Recuerda que el principio de igualdad de armas entre las partes en los procedimientos administrativos, civiles y penales es inherente al derecho a un juicio justo y parte esencial del mismo en virtud del artículo 47 de la Carta; expresa su preocupación por el hecho de que el desequilibrio de poder y recursos entre las partes en los casos de DECPP socave la igualdad de armas y, por ende, el derecho a un juicio justo».

[92] En relación con la admisión de querellas infundadas por delitos de injurias o calumnias *vid*. Dopico Gómez-Aller, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 24, 2022, pp. 1-22.

[93] Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021, sobre el refuerzo de la democracia y de la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión: recurso indebido a acciones en el marco del Derecho civil y penal para silenciar a los periodistas, las ONG y la sociedad civil (2021/2036(INI)) y Considerando 5 de la Directiva (UE) 2024/1069; Caja Moya, C., Quiroga Rodríguez, E., «Las demandas estratégicas contra la transparencia pública en España: un análisis jurídico y filosófico de las SLAPP a partir del caso Gómez-Obregón», *Diario la Ley*, núm. 10823, 7 de noviembre del 2025.

247 LEC —y es justamente esto lo que justifica la necesidad de la Directiva (UE) 2024/1069 y su transposición nacional—: el artículo 247 LEC no es un fundamento suficiente para limitar el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).[94] Lo mismo sucede en el orden penal.

> En la fase de admisión de la querella el juez de instrucción solo tiene la versión del querellante. Por ello, los datos necesarios para valorar la malicia o la falsedad de la querella normalmente deberá conocerlos o recabarlos por él mismo. Elementos habituales para valorar la mala fe es el conocimiento de que el querellante es un conocido querulante o en los casos en los que la instrumentalización del proceso penal para otros fines sea evidente.

El *ius ut procedatur* que tienen reconocidas las acusaciones forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y está sometido al principio *pro actione*.[95] La interpretación conforme y favorable que impone este último impide también sostener la inadmisión de las querellas maliciosas con base en el artículo 247.1 LEC.[96]

Todo lo anterior, sumado al evidente interés público que subyace a la persecución penal, lleva irremediablemente a afirmar que deben admitirse querellas maliciosas, eso sí, *siempre que se acredite su verosimilitud objetiva*. El fin espurio del querellante no puede convertirse en un obstáculo para la represión del delito aparente.

Una solución intermedia a este a las querellas maliciosas que parecen verosímiles —y cuya constitucionalidad deberá ser detenidamente analizada — es que se admita la querella, pero que se rechace *in límine* o se excluya posteriormente la personación del querellante en cuanto se constate su carácter malicioso o fraudulento.[97] De este modo, la querella maliciosa o fraudulenta sería apta como medio de transmisión de la *notitia criminis*, pero no como vehículo para el ejercicio del *ius ut procedatur*.

> Por lo tanto, en el ejemplo propuesto podría discutirse si son espurios los fines que pretende Ticio o no. Pero se califiquen de una u otra forma su ánimo e intención, la querella deberá ser admitida si se acredita verosímilmente la hipótesis acusatoria frente a Cayo. Cuestión distinta es la posibilidad de incoar el proceso penal, pero negar la personación (maliciosa, por los fines que persigue) de Ticio.

6.2. La indemnización de los daños y los perjuicios sufridos como consecuencia de querellas falsas

Toda persona que causa un daño a otra está obligada a repararlo (art. 1902 CC), y es posible que *la acción que cause el hecho dañoso sea un acto procesal*. Los actos procesales fraudulentos o maliciosos tienen así consecuencias en el ámbito procesal y material.

La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por actos procesales normalmente se suele articular a través de regímenes de cuantificación y reparación específicos: la condena en

[94] Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 105-107, 319; Schumann Barragán, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 178, 241.

[95] STC núm. 237/2005 [ECLI:ES:TC:2005:237]; STC núm. 1/2023 [ECLI:ES:TC:2023:1]; STC núm. 36/2019 [ECLI:ES:TC:2019:36].

[96] Muñoz Aranguren, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, p. 319.

[97] Zarzalejos Nieto, J., «La inadmisión de querella», *op. cit.*, pp. 157-159.

costas en el proceso penal y otros regímenes especiales, pero no siempre es así.[98] En esos casos, debe admitirse la posibilidad de pretender en un proceso civil a título principal y con base en el artículo 1902 CC el resarcimiento de los daños ocasionados por una querella falsa.

> El aseguramiento de la eventual condena en costas —y, con ello, el resarcimiento de los daños causados al sospechoso— es uno de los fundamentos de la prestación de fianza por parte de la acusación popular (art. 280 LECrim).

La interposición y la *admisión* de una querella falsa, desde luego, también es un hecho dañoso. En EE. UU. esto da origen al conocido como proceso *malicious prosecution case*.[99] En el ordenamiento español, y como explica MUÑOZ ARANGUREN, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla dos regímenes de responsabilidad específicos por los daños sufridos como consecuencia de la suspensión del proceso civil por la incoación de un proceso penal.

Por un lado, y conforme con el artículo 40.7 LEC, «[s]i la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querella de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes».[100] Igualmente, en el proceso ejecutivo el artículo 569.2 LEC señala que si la causa penal que ha provocado la suspensión por prejudicialidad «finalizare por resolución en que se declare la inexistencia del hecho o no ser éste delictivo, el ejecutante podrá pedir indemnización de daños y perjuicios, en los términos del apartado séptimo del artículo 40».[101]

Más allá de estos regímenes especiales para resarcir los *daños derivados de la suspensión del proceso civil*, la acción de responsabilidad por la querella falsa deberá ser ejercitada a título principal en un proceso civil. Desde luego, esta acción civil podrá ejercitarse acumuladamente en un proceso penal incoado por un delito de querella falsa.

En la medida en que la causa de pedir de la demanda está constituida por el artículo 1902 CC cabe hacer una remisión en bloque a los presupuestos de la acción.[102] Entre los daños indemnizables pueden considerarse aquellos directamente relacionados con el proceso penal que no se hayan resarcido por una condena en costas, los daños relativos a la vulneración del derecho al honor o la intimidad, la revelación de información confidencial o secretos empresariales, entre otros.

6.3. Los delitos de calumnia y querella falsa

Los últimos remedios a la interposición de querellas falsas son los delitos de calumnia (art. 205 CP), denuncias y querellas falsas (art. 456 y 457 CP). La querella frente a querellas o denuncias falsas podrá interponerse una vez que el proceso penal iniciado maliciosamente haya terminado con una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre (art. 456.2 CP).

---

[98] En el proceso civil, por ejemplo, los daños procesales se suelen resarcir a través de la condena en costas (arts. 241 a 246 y 394 a 398 LEC), la responsabilidad por el alzamiento de las medidas cautelares (art. 745 LEC), el incumplimiento de deberes procesales de confidencialidad [art. 283 bis k) LEC], la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente (arts. 533.3 y 534.1 LEC) o la no interposición de la demanda una vez obtenido el acceso a fuentes de prueba [art. 283 bis e) LEC].

[99] LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *op. cit.*, p. 984.

[100] MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 322-324.

[101] MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 322-324.

[102] MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 337-394.

> Es de interés recordar la imposibilidad de ejercitar la acusación popular cuando se ha sido condenado dos veces por un delito de denuncia o querella falsa (art. 102.2º LECrim). En estos casos la ley deja de considerar verosímil el relato del querellante falso —cuanto menos para defender el interés público que justifica la acusación popular—.

Uno de los principales obstáculos asociados a la aplicación de estos tipos delictivos es el relativo a la acreditación del dolo como elemento subjetivo del delito: el «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» —dolo falsario directo o eventual— como elemento subjetivo de los tipos (arts. 205 y 456.2 CP).[103] Esta configuración del delito reduce muchísimo su eficacia preventiva y reactiva frente a denuncias y querellas falsas.[104] Además, no es descartable que la defensa sostenga que la propia admisión de la querella es un elemento del que se podía deducir que en principio su verosimilitud estaba acreditada.[105]

> Por otro lado, en algunos casos es posible que el querellado-victima maliciosamente investigado o imputado decida no prolongar su exposición iniciando un nuevo proceso penal en el que una de las defensas del presunto querulante será justamente la *exeptio veritatis* (art. 207 CP).[106] Además, la absolución o el sobreseimiento no convierte la querella automáticamente en falsa, pues es posible que la falta de imputación de la responsabilidad penal no derive de la inexistencia del hecho —sino de otras causas de extinción o exclusión—.[107]

Con base en ello, debe constatarse la poca eficacia de los remedios penales frente a querellas falsas o maliciosas. No será posible inadmitir una querella maliciosa que parezca verosímil y la responsabilidad penal del querellante falso es complicada de acreditar y exigir. Así pues, es la indemnización de los daños y perjuicios sufridos la única vía real y efectiva de reparación —con todas las limitaciones que también tiene este remedio—.

En esta situación el legislador tiene dos opciones para mantener un equilibrio adecuado entre los derechos de las partes: elevar el estándar de acreditación de la verosimilitud de la querella o potenciar remedios frente a querellas falsas. Sin una u otra solución, el proceso penal podrá seguir siendo instrumentalizado.

7. Conclusión

El inicio del proceso penal depende de la alegación y la acreditación verosímil de la hipótesis acusatoria formulada en la querella. El estándar de alegación y de acreditación que se exija es una decisión de política legislativa que está relacionada con la regulación de otras instituciones procesales y que debe responder a la realidad social en la que el proceso penal se desenvuelve.
La admisión de la querella, y con ello la incoación del proceso penal, supone por sí mismo una situación jurídico-procesal que limita los derechos fundamentales del sospechoso. En este marco, la admisión de la querella como acto jurisdiccional debe desenvolverse a la luz de las exigencias

[103] QUINTERO OLIVARES, G. «Comentario del art. 205 CP», «Comentario del art. 207 CP» y «Comentario del art. 456 CP» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal,* Aranzadi, Pamplona, 2016, 10ª ed.

[104] MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva*, *op. cit.*, pp. 308.

[105] Este mismo argumento se ha utilizado como criterio para justificar la no imposición de la condena en costas por temeridad (art. 240 LECrim), por ejemplo, en el AAP Barcelona (sec. 6) núm. 500/2025 [ECLI:ES:APB:2025:5258A]. En EE.UU. este argumento se utiliza como defensa en los *malicious prosecution cases* (LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *op. cit.*, p. 984).

[106] QUINTERO OLIVARES, G. «Comentario del art. 207 CP», *op. cit.*

[107] QUINTERO OLIVARES, G. «Comentario del art. 207 CP», *op. cit.*

constitucionales derivadas del *ius ut procedatur* de las acusaciones y el derecho a la presunción de inocencia del sospechoso (art. 24.2 CE).

La ineficacia de los remedios frente a las querellas falsas o maliciosas, así como la cada vez más frecuente instrumentalización del proceso penal, lleva a reconfigurar los estándares de admisión de la querella hacia una *verosimilitud objetiva* de la hipótesis acusatoria. Solo con este estándar, aplicado de manera flexible y razonable en función de las circunstancias del caso, el Estado podrá cumplir con su deber de respetar los derechos de los sospechosos, perseguir el delito y proteger los derechos fundamentales de las víctimas.

8. Bibliografía

ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita,* Madrid, Marcial Pons, 2011.

BACHMAIER WINTER, L., «Probable cause y la cuarta enmienda de la constitución estadounidense: Una garantía tan imprecisa como necesaria», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 4, 2023, pp. 191-220.

BARTHE, C./GERICKE, J. (dirs.)., *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C. H. Beck, 9ª ed., München, 2023 (Cita corta: «KK-StPO»)

CAJA MOYA, C./QUIROGA RODRÍGUEZ, E., «Las demandas estratégicas contra la transparencia pública en España: un análisis jurídico y filosófico de las SLAPP a partir del caso Gómez-Obregón», *Diario la Ley*, núm. 10823, 7 de noviembre del 2025.

CRESPO, A. M., «Probable Cause Pluralism», *Yale Law Journal*, Vol. 129, Issue 5, 2020, pp. 1276-1391.

DE LA OLIVA SANTOS, A. «Hecho punible, acción penal y objeto del proceso» en DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Derecho procesal penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª ed., Madrid, 2007.

DE LAMO VELADO, I., *La credibilidad de las víctimas de violación en el proceso penal*, Aranzadi, Madrid, 2025.

DI LALLA, I., «Notizia di reato» en VV.AA. *Digesto Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 4.ª ed.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 24, 2022.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *El control judicial de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

FERRER BELTRÁN, J.*, Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2025, Madrid.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, V., *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.

GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción penal como derecho al proceso» en *Derecho y proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II*, Bosch, Barcelona.

GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1975.

JAHN., M., «Der Verdachtsbegriff im präventiv orientierten Strafprozess – Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen der Staatsanwaltschaft und ihre rechtsstaatliche gerichtliche Kontrolle» en *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), Band/Vol. 100, Frankfurt a. M. 2007, pp. 545-569.

KÖLBEL-IBOLD, «§ 160 StPO» en KNAUER, C., et al., (dirs.), *Münchener Kommentar zur StPO*, C. H. Beck, , 2ª ed., München, 2025 (Cita corta: «MüKoStPO»).

LEE, C., «Probable Cause with Teeth», *George Washington Law Review*, vol. 88, núm. 2, 2020, pp. 269-326.

LERNER, C., «The Reasonableness of Probable Cause», *Tex. L. Rev*., núm. 81, 2003, pp. 951-1030.

MUÑOZ ARANGUREN, A., *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

MUYO BUSSAC, P., «La instrucción penal como garantía frente al uso desproporcionado de la fuerza por agentes de la autoridad en contextos no privativos de libertad», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023, pp. 1-38.

MUYO BUSSAC, P., «La presunción de inocencia como regla de tratamiento estético», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2024, pp. 261-303.

MUYO BUSSAC, P., «Tres reflexiones sobre la instrucción penal como garantía de los derechos humanos»en ASENCIO MELLADO, J. M. *et al*. (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023.

NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2021.

PETERS, «§ 152 StPO» en KNAUER, C., et al., (dirs.), *Münchener Kommentar zur StPO*, C. H. Beck, 2ª ed., München, 2025 (Cita corta: «MüKoStPO»).

QUINTERO OLIVARES, G. «Comentario del art. 205 CP», «Comentario del art. 207 CP» y «Comentario del art. 456 CP» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal,* Aranzadi, Pamplona, 2016, 10ª ed.

RADTKE, H., HOHMANN, O., *Strafprozessordnung. Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, 2ª ed., München, 2025 (Cita corta: « RADTKE - HOHMANN »).

ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck, 30ª ed., München, 2022.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., «Capítulo XXIII. Procesos penales relativos a delitos sobre la propiedad industrial» en MASSAGUER, J (dir.), *Tratado sobre la Propiedad Industrial*, Civitas, Madrid, 2025.

SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Información confidencial y el proceso civil*, Atelier, Madrid.

VILLAMARIN LÓPEZ, M. L. *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, Madrid.

VV. AA., *Corpus Juris Secundum,* WestLaw, 2025.

VV.AA. *Criminal Procedure. Federal Procedure, Lawyers Edition*, Westlaw, 2025.

WRIGHT, MILLER, «§ 53 Showing of Probable Cause Required» en *Federal Practice & Procedure I*, 5ª ed., WestLaw.

ZAPPULLA, A., «Notizia di reato» en VV.AA., *Enciclopedia del diritto, Annali V*, Giuffrè, 2012.

ZARZALEJOS NIETO, J., «La inadmisión de querella, sobreseimiento y cosa juzgada» en BANACLOCHE PALAO, J. *et al*. (dirs.), *Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales*.

InDret
4.2026

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril 2025-novembre 2025). *Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/5015/2025, de 24 d'octubre, JUS/5017/2025, de 16 d'abril, JUS/5019/2025, de 14 de juliol, JUS/5020/2025, de 8 de juliol, JUS/5022/2025, de 2 d'octubre, JUS/5026/2025, de 20 de maig, JUS/5028/2025, d'1 d'agost, JUS/5030/2025, de 16 d'octubre, JUS/5031/2025, de 23 de setembre, JUS/5032/2025, de 2 de novembre, i JUS/5033/2025, de 13 d'octubre.*

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/5015/2025 (constitució unilateral de servitud de pas); JUS/5017/2025 (modificació de quotes en propietat horitzontal); JUS/5019/2025 (repudiació d'herència derivada d'una interrogatio in iure*); JUS/5020/2025 (rescissió per lesió* ultra dimidium *i devolució del preu i altres quantitats al comprador); JUS/5022/2025 (cancel·lació d'usdefruit); JUS/5026/2025 (assignació de número únic d'arrendaments de curta durada); JUS/5028/2025 (pagament de la llegítima, administració especial i conflicte d'interessos); JUS/5030/2025 (segregació d'element privatiu en propietat horitzontal); JUS/5031/2025 (canvi d'ús de local a habitatge); JUS/5032/2025 (substitució vulgar i dret de representació en la successió testada); i JUS/5033/2025 (prohibició d'usos turístics en propietat horitzontal i número únic d'arrendaments de curta durada).*

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/5015/2025 (unilateral establishment of a right of way); JUS/5017/2025 (alteration of quota in a condominium); JUS/5019/2025 (renunciation of an inheritance following interrogatio in iure*); JUS/5020/2025 (rescission of sale due to* laesio ultra dimidium *and amounts owed to the buyer); JUS/5022/2025 (cancellation of a usufruct); JUS/5026/2025 (short-term lease identification number); JUS/5028/2025 (forced share, special administration and conflict of interest); JUS/5030/2025 (division of a privately owned unit in a condominium); JUS/5031/2025 (change of destination, from commercial premise to dwelling); JUS/5032/2025 (alternative heir and right of representation in wills); and JUS/5033/2025 (condominium rules forbidding tourist lets and short-term lease identification number).*

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (April 2025-November 2025)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, servitud de pas, constitució unilateral, repudiació d'herència, *interrogatio in iure*, rescissió *ultra dimidium*, usdefruit, número únic de registre d'arrendaments de curta durada, conflicte d'interessos, administració

especial, segregació d'element privatiu, canvi de destinació d'element privatiu, substitució vulgar, dret de representació, prohibició estatutària d'activitats d'allotjament turístic, prescripció d'infraccions urbanístiques.
Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, right of way, unilateral establishment, renunciation of an inheritance,* interrogatio in iure*, rescission due to* laesio ultra dimidium*, usufruct, short-term lease identification number , conflict of interest, special administration, division of privately owned unit in a condominium, change of destination of a unit in a condominium, alternative heir, right of representation, condominium rules forbidding tourist activities, prescription of planning breach.*

InDret

4.2026

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Índex

1. Sobre l'ordre d'aquests comentaris i la denominació de l'òrgan resolutori
2. Resolució JUS/5015/2025, de 24 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9723, de 5.8.2026). Constitució unilateral de servitud de pas
2.1. Introducció
2.2. Els arguments per considerar necessari el consentiment del titular del predi dominant
3. Resolució JUS/5017/2025, de 16 d'abril de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Modificació de quotes en propietat horitzontal
3.1. Introducció
3.2. La qüestió competencial
3.3. Sobre la distinció entre quotes de participació i quotes de contribució i les majories necessàries per a modificar-les
4. Resolució JUS/5019/2025, de 14 de juliol de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Repudiació d'herència derivada d'una interrogatio in iure
4.1. Introducció
4.2. La legitimació per a interpel·lar en dret la filla cridada a les herències
4.3. La data de la declaració d'hereus
5. Resolució JUS/5020/2025, de 8 de juliol de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Sentència de rescissió de compravenda de finca urbana per lesió ultra dimidium
5.1. Introducció
5.2. La cancel·lació de la inscripció a favor del comprador sense devolució o consignació del preu i altres quanties degudes
6 Resolució JUS/5022/2025, de 2 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Instància privada sol·licitant la cancel·lació d'un usdefruit sobre un habitatge
6.1. Introducció
6.2. La qüestió competencial
6.3. La impossibilitat d'alterar inscripcions anteriors sense el consentiment de tots els interessats o un pronunciament judicial
7. Resolució JUS/5026/2025, de 20 de maig de 2025 (DOGC núm. 9742, d'1.9.2026). Assignació de (l'anul·lat) número únic d'arrendaments de curta durada i llicència per a l'inici de l'activitat
7.1. Introducció
7.2. La qüestió competencial i l'anul·lació del procediment estatal d'assignació de número únic de lloguer de curta durada
7.3. La necessitat de llicència per a l'inici de l'activitat de lloguer turístic a partir de l'entrada en vigor del Decret llei 3/2023, de 7 de novembre
7.4. El règim transitori com a compensació per la pèrdua de facultats derivades del domini
8. Resolució JUS/5028/2025, d'1 d'agost de 2025 (DOGC núm. 9745, de 4.9.2026). Conflicte d'interessos en el pagament de la llegítima del pare-administrador especial dels béns heretats per menors representats per la seva mare
8.1. Introducció
8.2. La representació del menor en cas de conflicte d'interessos i l'acceptació de l'herència quan el causant ha designat administrador especial
8.3. La unitat d'acte (acceptació, pagament de llegítima i partició) com a legitimadora de la representació per part del progenitor amb qui no hi ha conflicte d'interessos
9. Resolució JUS/5030/2025, de 16 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9745, de 4.9.2026). Segregació de part d'un element privatiu en propietat horitzontal aportant certificat tècnic acreditatiu de la divisió física de més de vint anys d'antiguitat

9.1. Introducció
9.2. La prescripció de les accions per al restabliment de la legalitat urbanística quan les actuacions no autoritzades persisteixen en el temps: la divisió d'elements privatius en propietat horitzontal
10. Resolució JUS/5031/2025, de 23 de setembre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Escriptura de canvi d'ús i descripció d'un local comercial que té una destinació residencial des de fa uns trenta anys
10.1. Introducció
10.2. La prescripció de les accions per al restabliment de la legalitat urbanística quan les actuacions no autoritzades persisteixen en el temps: el canvi de destinació
11. Resolució JUS/5032/2025, de 2 de novembre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Interpretació d'una clàusula testamentària: substitució vulgar, dret de representació i dret d'acréixer
11.1. Introducció
11.2. La interpretació de la voluntat del testador en l'àmbit registral
11.3. Dret de representació i substitució vulgar en la successió testada
12. Resolució JUS/5033/2025, de 13 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Assignació de (l'anul·lat) número únic d'arrendaments de curta durada i prohibició estatutària de l'activitat d'allotjament turístic en propietat horitzontal
12.1. Introducció
12.2. La competència per a resoldre i les qüestions procedimentals
12.3. Sobre la prohibició de l'activitat d'allotjament turístic autoritzada administrativament en règim de propietat horitzontal
13. Bibliografia citada

1. Sobre l'ordre d'aquests comentaris i la denominació de l'òrgan resolutori

Entre el 5 d'agost i el 30 de setembre d'enguany s'han publicat al DOGC vint-i-cinc resolucions de recursos governatius contra les qualificacions registrals, amb dates que comprenen des d'abril de 2025 fins a setembre de 2026. Entre aquestes, quinze corresponen a l'any 2025. En aquest número, es comenten les onze de 2025 que porten número de resolució més antic, encara que la data sigui posterior a la d'altres resolucions amb números més recents. Com en altres ocasions, mentre no es recuperi l'ordre cronològic de la publicació, s'ha optat per organitzar els comentaris per número de resolució, encara que no es correspongui ni amb l'ordre que pertocaria per data ni amb el que pertocaria per data de publicació.

D'altra banda, la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM) va tornar a canviar de denominació per passar a ser la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Gestió Adequada de Conflictes (DGDEJGAC) en virtut de la disposició addicional segona del Decret 241/2025, de 4 de novembre, de reestructuració del Departament de Justícia i Qualitat Democràtica (DOGC núm. 9536, de 6.11. 2025), que va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació. Les resolucions anteriors encara corresponen a la DGDEJM. Això explica que, en aquest número, totes les resolucions hagin estat signades encara amb la denominació ara abandonada.

2.Resolució JUS/5015/2025, de 24 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9723, de 5.8.2026). Constitució unilateral de servitud de pas

2.1.Introducció

Es presenta per a la seva inscripció escriptura de constitució de servitud de pas per a persones amb caràcter perpetu i permanent, atorgada únicament per les persones cotitulars de la finca servent, sense que hi consti l'acceptació per part dels titulars del predi dominant.

La registradora qualifica negativament, per entendre que cal el consentiment dels beneficiaris del dret que es constitueix, sense que l'article 566-2.2 CCC ho contradigui, atès que sembla referir-se a les persones legitimades per constituir servituds i no pas a què ho puguin fer de manera unilateral, cosa que, segons considera, es regula de manera explícita en els casos en què s'admet. En el recurs s'acusava la nota de no ser prou assertiva. A l'informe, la registradora apel·la a comentaris doctrinals per demostrar que la qüestió és dubtosa. El recurs es basava, essencialment, en què de l'article citat se'n desprèn la possibilitat que els titulars dels predis servent i dominant constitueixin de forma conjunta o bé que prestin el consentiment per separat. El recurs no es notifica als titulars del predi dominant.

2.2.Els arguments per considerar necessari el consentiment del titular del predi dominant

En dos fonaments de dret molt breus, la DGDEJM acaba donant la raó a la registradora, basant-se en dos arguments. En primer lloc, considera que les obligacions de manteniment que s'estableixen a càrrec del titular del predi dominant fan necessària la seva acceptació de la constitució i de les obligacions que se li imposen (FD 1.4). Val a dir que, pel que sembla, l'escriptura reprodueix l'article 566-6.1 CCC, que estableix el contingut accessori de la servitud

si no es pacta altra cosa en el títol de constitució. En ser contingut accessori, no es genera cap obligació mentre la servitud no entri en el patrimoni del titular del predi dominant, pel fet de ser-ho. En segon lloc, i en relació amb això darrer, la DGDEJM es planteja si s'ha produït una donació a favor dels titulars del predi dominant, i conclou que no, atès que allò que es dona no s'adquireix fins que s'accepta en vida dels donants (article 531-7 CCC), circumstància aquesta que encara no s'ha produït (FD 1.5).

Certament, més que no pas el contingut accessori del dret, el que importa és el títol per mitjà del qual es constitueixi. És a dir, que per esbrinar si la servitud s'ha constituït vàlidament, la qüestió que cal plantejar-se no és si és possible fer-ho de manera unilateral, sinó si s'han complert els requisits per tal que el títol de què es tracti hagi pogut transmetre la titularitat real. Si és un negoci bilateral, caldrà el consentiment de totes dues parts, i sembla que, encara que la donació es configuri com a negoci jurídic unilateral al CCC, atès que l'acceptació és necessària per a fer irrevocable la declaració de voluntat de donar (article 531-8 CCC), però també per tal que el bé o el dret ingressi al patrimoni del donatari,[1] resulta que, a la pràctica, calen ambdues declaracions de voluntat per a inscriure.

3.Resolució JUS/5017/2025, de 16 d'abril de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Modificació de quotes en propietat horitzontal

3.1.Introducció

Es presenta instància amb signatura legitimada sol·licitant la inscripció d'una escriptura d'elevació a públics d'acords d'una determinada comunitat de propietaris. Segons es desprèn de la SAP Tarragona, Secció 3a, 499/2023, de 26 d'octubre (Recurs 1027/2021),[2] que va resoldre sobre la impugnació de l'acord, els fets que donen lloc a la resolució es poden resumir com segueix: la comunitat es va constituir l'any 1987 i l'any 1995 es va acordar en junta de propietaris que la contribució a les despeses es faria segons la superfície útil dels elements privatius ubicats a les plantes 1 a 5 de l'edifici. D'aquesta manera, el titular d'un element privatiu que hi desenvolupava la seva activitat empresarial passaria a contribuir més a les despeses comunes, cosa a la qual va accedir per considerar-ho raonable. L'any 2019, havent cessat en la seva activitat, aquest titular va demanar que es tornés al sistema original de contribució a les despeses en funció de la quota de participació. La junta s'hi va negar i, per contra, va acordar l'elevació a públic de l'acord de 1995 per tal que s'inscrivís el pacte de contribució de les despeses en funció de la superfície. Quan es porta a inscriure, el president incorpora un annex en què es comprova que s'ha assolit la majoria qualificada de quatre cinquenes parts que exigeix l'article 553-26.2, lletra *e*, CCC. El propietari afectat havia impugnat l'acord, com ja s'ha apuntat, però els tribunals no li van donar la raó. L'Audiència es va basar en què l'acord de 1995 deia expressament que el seu fonament era «ajustar el repartiment de les despeses comunitàries a les superfícies útils de cada local o habitatge, no fent per a res esment com a causa del mateix de l'ús intensiu de les zones comunitàries», i que, en qualsevol cas, res no impedeix que el local es torni a emprar per a finalitats professionals o empresarials. Un any i escaig després d'haver-se dictat la sentència d'apel·lació, es presenta la referida instància al Registre de la Propietat.

[1] D'acord amb la màxima segons la qual ningú no es pot enriquir sense el seu consentiment.
[2] ECLI:ES:APT:2023:1402.

El registrador suspèn la inscripció sol·licitada, en considerar que cal la unanimitat, de conformitat amb els articles 553-3, 553-25 i 553-26 CCC.

La comunitat de propietaris recorre davant la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP), al·legant que cal distingir entre les quotes de participació i les quotes de contribució a les despeses i aportant les sentències de primera instància i d'apel·lació que els donaven la raó quant al fonament de l'acord de 1995 i la negativa a modificar-lo de l'any 2019.

En el seu informe, el registrador confirma la qualificació, al·lega sentències del Tribunal Suprem i reitera la necessitat d'unanimitat, tant pel que fa l'acord de 2019, subjecte al CCC, com pel que fa a l'acord de 1995, al qual li era aplicable la Llei estatal 49/1960, de 21 de juliol, que també requeria el consentiment de tots els propietaris d'elements privatius. Potser és aquesta referència, juntament amb el fet que el recurs es va presentar davant la DGSJFP, el que mena el registrador a elevar l'expedient al Ministeri de Justícia.

3.2. La qüestió competencial

La DGDEJM no té dubtes sobre la pròpia competència per resoldre una qüestió relativa a un immoble situat a Catalunya i subjecte al llibre cinquè, com tampoc no en té la DGSJFP, que s'inhibeix i trasllada l'expedient a l'òrgan català (quan ja s'havien escolat dos mesos i mig des de la presentació del recurs). La DGDEJM se sorprèn de què el registrador no hagués complert el que estableix l'article 3.3 de la llei 5/2009, de 28 d'abril, tot i haver basat la seva qualificació en normes del CCC (FD 1).

3.3. Sobre la distinció entre quotes de participació i quotes de contribució i les majories necessàries per a modificar-les

La resolució dedica el fonament de dret segon a mirar de distingir entre les quotes o coeficients de participació dels elements privatius en els elements comuns i les quotes de contribució a les despeses, per explicar que és possible que es pacti modificar aquestes segones sense que això afecti les primeres, la qual cosa és rellevant a efectes de les restants funcions que desenvolupen d'acord amb l'article 553-3.1 CCC. A banda de ser la forma per defecte d'establir la contribució a les despeses comunes, la quota de participació també determina la participació en la propietat dels elements comuns, en la gestió, en els beneficis i en el govern de la comunitat, així com la distribució en el moment de l'extinció del règim. Es pot variar la quota de contribució. El CCC així ho admet en diversos preceptes (articles 553-3.3 i 4, 553-4.2, 553-11.2, lletra *b*, 553-26.2, lletra *e*, 553-45.1 CCC).

Al fonament de dret tercer, es reconeix la necessària unanimitat per a la modificació de les quotes de participació, d'acord amb l'article 553-3.3 CCC, que es considera norma especial sobre modificació del títol constitutiu, la qual preval sobre la regla general de l'article 553-26.2 CCC. Cal tenir en compte que l'exigència d'unanimitat s'estableix expressament a l'apartat 1, lletra *a*, d'aquest darrer precepte. En canvi, per a la modificació de les quotes de contribució a les despeses, en el fonament de dret quart s'argumenta que és suficient la majoria qualificada de quatre cinquenes parts. Es considera que «el fonament de la distribució o contribució a les despeses comunes [...] no estava establerta de forma expressa al títol constitutiu [...] i l'acord de 13 de maig de 1995 no va modificar els coeficients atribuïts a les quotes de participació en el règim de propietat horitzontal originàriament establertes», de manera que no és aplicable el

règim d'unanimitat, sinó la majoria qualificada de quatre cinquenes parts. Acaba fent referència a l'acta presentada pel proponent, que justifica el motiu de l'acord de 1995 per l'ús desproporcionat dels elements o serveis comuns associat a un element privatiu (és a dir, el que la sentència d'apel·lació havia afirmat que no es produïa en aquest supòsit), la qual cosa encaixaria amb el supòsit de fet previst a l'article 553-45.4 CCC (FD 4.2).

Es comparteix que és diferent la quota de participació en el règim de la quota de contribució a les despeses i que la segona no ha de basar-se necessàriament i exclusivament en la primera, sinó que pot derivar d'acords de la junta, incorporats o no als estatuts (o al reglament de règim intern, segons la resolució).[3] Tot i això, el cert és que, l'any 1995, es va optar per una fórmula que genera confusió entre una cosa i altra i que es podia haver corregit l'any 2019, adoptant de nou l'acord amb la majoria qualificada que, pel que sembla, es tenia. És a dir, si el que es volia era que un dels propietaris d'elements privatius contribuís més que els altres degut a què feia un ús desproporcionat dels elements comuns arran de l'activitat professional o empresarial que s'hi desenvolupava, es podia haver acordat així de manera expressa. Si el 1995 es podia dubtar arran de la redacció de la Llei 49/1960 llavors vigent, el 2019 ja és evident que el CCC ho permet. En lloc d'això, es va optar per aconseguir el mateix resultat, però canviant la quota de contribució de tot un grup d'elements privatius (els locals i habitatges de la planta 1 a 5), per a fer-la dependre de la superfície, la qual cosa és molt diferent i ni tan sols sembla poder-se justificar de la mateixa manera (és evident que els restants elements privatius no tenen una quota de contribució «especial» pel fet d'usar més els elements comuns). I aquesta manera de procedir condueix a què, revocada la nota del registrador, calgui inscriure l'acord, amb la qual cosa el registre publicarà, d'una banda, els coeficients o quotes de participació i, de l'altra, les quotes de contribució a les despeses d'alguns, però no tots, els elements privatius de l'immoble. Aquesta informació caldrà buscar-la a la finca matriu, cosa que ja és naturalment complexa, especialment en propietats horitzontals grans i/o que porten unes dècades d'existència. Hauria estat més senzill fer constar, si convenia, una quota especial a l'element privatiu que utilitza els comuns de manera més intensiva, i la protecció de tercers es canalitzaria especialment per mitjà del certificat del secretari previst a l'article 553-5.2, que hauria d'incloure no només l'estat de deutes pendents i acordats però no encara meritats, sinó també l'existència de quotes especials o de sistemes de contribució a les despeses diferents al que es basa en els coeficients de participació.

4. Resolució JUS/5019/2025, de 14 de juliol de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Repudiació d'herència derivada d'una *interrogatio in iure*

4.1. Introducció

L'any 2014 el causant va morir deixant sis fills i la seva cònjuge. L'herència va ser acceptada per tres dels fills i per la cònjuge supervivent, que actuava en nom propi i també com a mandatària verbal de les altres tres filles del matrimoni. Dues d'aquestes filles van ratificar l'escriptura, mentre que la tercera mai no ho va fer. L'herència consistia en alguns diners i la meitat indivisa d'un habitatge. La cònjuge en va adquirir l'usdefruit. L'any següent, el 2015, va morir la cònjuge i mare dels fills comuns. Van acceptar l'herència cinc dels seus fills. Una de les filles actuava com

[3] En aquest sentit, es pot veure també la Resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques JUS/3149/2015, de 17.12.2015 (DOGC núm. 7078, de 14.3.2016; comentada a *InDret*, 3,2016, p. 4-9) i la STSJC 27/2022, de 26.5.2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:7313).

a mandatària verbal de la filla que no havia ratificat l'acceptació de l'herència del pare. En les escriptures es feia constar l'adreça on creien que vivia.

L'any 2022, una de les germanes, en una demarcació notarial diferent, inicia un procediment d'*interrogatio in iure* front de la germana que no havia ratificat cap de les dues escriptures d'acceptació d'herència. No se la va trobar al domicili indicat, la comunicació certificada va ser retornada com a «desconeguda en el domicili» i es va publicar un edicte en diaris. Es va donar per tancat el procediment abans que s'escolessin els dos mesos que marca la llei. Al cap d'un temps, la germana que va impulsar la *interrogatio* i una altra filla del matrimoni van atorgar una acta on declaraven que el domicili de la germana que no havia ratificat era l'indicat i que no tenia limitada la capacitat.

Un any i mig més tard es va aportar tota la documentació i es va sol·licitar la inscripció de l'habitatge, amb cancel·lació de l'usdefruit de la mare, a favor dels cinc germans que havien acceptat o ratificat l'acceptació de les herències.

La registradora va qualificar negativament, per dos motius. El primer, per considerar que calia repudiació expressa, donada la incertesa de la posició de la filla que no va acceptar ni ratificar, i que potser fins i tot havia acceptat de manera tàcita. Això ho fonamenta en el fet que la mare va afirmar que actuava en representació d'ella quant a l'herència del pare i els fills estan vinculats pels actes propis del seu causant. Paral·lelament, la germana que va afirmar actuar en representació de la que no va acceptar ni ratificar tampoc no pot anar contra els seus propis actes i demanar ara el repartiment de l'herència entre els cinc germans. Els principis de bona fe (article 111-7 CCC) i la doctrina dels actes propis (article 111-8 CCC) ho impedeixen. El segon defecte rau en què l'acta de notorietat i la declaració d'hereus a què es refereixen els números 3 i 6 de l'article 209 bis del Reglament notarial portaven la mateixa data.

Recorre la notària que va conduir la *interrogatio in iure*, adduint que preval l'article 461-12.1 CCC sobre les consideracions relatives a la doctrina dels actes propis i, quant al segon defecte, afirma que es tracta d'un simple error material.

4.2. La legitimació per a interpel·lar en dret la filla cridada a les herències

La DGDEJM inicia la resolució fent referència als problemes pràctics que planteja encara avui la regulació de la *interprellatio in iure*. Malgrat ser més garantista l'article 461-12 CCC que no pas el Reglament notarial, persisteixen dubtes pendents de resoldre. El fonament de dret 1.2 en destaca tres: el relatiu al notari competent per resoldre, la qüestió de la determinació del domicili de l'interpel·lat i el contingut de l'acta de tancament, que torna a remetre a la determinació del notari competent. Però considera que aquestes incerteses, tot i plantejar-se en el supòsit objecte de la resolució, no són rellevants, atès que interpreta que la qualificació negativa es fonamenta en la manca de legitimació de la cohereva que va requerir la *interrogatio* per a iniciar-la. A parer de qui subscriu, no és això el que es desprèn de la relació de fets IV de la resolució (és a dir, la qualificació no es centra en la legitimació per a iniciar el procediment, sinó en si es poden inscriure les transmissions hereditàries com si la interpel·lada hagués repudiat), però la DGDEJM resol en aquesta clau de legitimació. En efecte, al fonament de dret 2.2 resumeix així la qüestió:

> 2.2 La nota de qualificació parteix de la base que en el cas present E. N. B. no té legitimació per instar l'acta perquè: a) és hereva de la seva mare i ha de passar pels actes de la seva mare la qual,

> en actuar com a mandatària verbal de la interpel·lada, va dir que en nom d'ella acceptava l'herència del pare, i b) en atorgar l'escriptura d'herència de la mare, en la qual una germana seva (F.) va dir que actuava com a mandatària verbal de la interpel·lada, ella mateixa va acceptar que la germana interpel·lada acceptava l'herència. La registradora fonamenta la seva negativa en l'article 111-8 del CCC [...].

La DGDEJM no comparteix aquest raonament, partint de què és «principi general que ningú no pot al·legar que té la representació d'una altra persona sense tenir-la i que, per tant, tot allò que s'hagi actuat en nom d'una altra no té cap validesa mentre no sigui acceptat per la interessada» (FD 2.3). En realitat, considera que el problema és que, a la pràctica notarial, es recorre sovint a l'expedient del «mandat verbal» quan no hi ha hagut mandat de cap mena, i això condueix a errades: el que sol passar és que els parents presents accepten l'herència «reservant» la part que correspon a l'absent i d'això se'n diu, impròpiament, actuar amb un mandat verbal, quan, de fet, senzillament hi ha una «oferta de negoci» a la «representada», que podrà ratificar l'actuació o adherir-se o acceptar el que se li ofereix, depenent del cas (FD 2.4). En el supòsit de la resolució, la DGDEJM conclou que:

> 2.5 En el cas present, tant la mare com les germanes de la persona interpel·lada confiaven en l'acceptació de l'herència paterna primer i materna després per part de la seva germana M. I tant la mare, primer, com l'E., després, es limiten a reservar a M. la part de l'herència que, si M. acceptés, li correspondria, i diuen que «en nom d'ella» accepten. En realitat, l'escriptura és més declarativa que constitutiva perquè no hi ha pròpiament partició, sinó simplement acceptació de la condició d'hereus. Davant de la inicial presumpció per part de les altres interessades que M. també estarà interessada en acceptar la part de l'herència a la qual és cridada, ha de prevaler el fet que ella, M., no ha ratificat en cap moment, passats gairebé deu anys de l'atorgament de la segona escriptura, el que elles han actuat en nom seu, com reservant-li la seva part. En conseqüència, el que ha estat actuat sense el seu consentiment mai no ha produït cap efecte, tampoc per a elles, perquè una cosa és quedar vinculat pels actes propis i una altra quedar vinculat pels actes que confiàvem que realitzaria una altra persona. Reiterem que no es tracta d'actes propis, sinó d'actes que es presumia que realitzarien terceres persones. Així doncs, cap de les filles va quedar vinculada per la declaració de la mare (que va dir que en nom d'M. acceptava) ni per la d'E.[4]

Acaba afirmant que, si la presumpta representada no ha ratificat, no hi ha cap acte contra el qual es pugui anar (FD 2.6).

> A banda d'això, crida l'atenció que al fonament de dret 2.7 es posa l'accent en què els restants cohereus no poden quedar a l'arbitri d'una persona que intencionadament i vivint a prop no ha volgut acceptar l'herència dels pares en més de deu anys, com succeiria si no se la pogués interpel·lar. Aquestes afirmacions són fins a cert punt sorprenents si es té en compte que la pròpia resolució assenyala amb anterioritat, tal i com s'ha apuntat, que la qüestió del domicili de l'interpel·lat està molt mal resolta a nivell legislatiu, atès que depèn exclusivament de les afirmacions de qui sol·licita la *interrogatio*. I és que ni tan sols sabem, pel procediment registral, si

[4] Tot i que no afecta al fons de la resolució, cal notar que balla la inicial que es dona a la persona que actua com a mandatària verbal de la germana interpel·lada en l'acceptació de l'herència de la mare. En la relació de fets és una germana diferent a la que interpel·la, mentre que en el fonament jurídic transcrit la DGDEJM sembla partir de què es la mateixa persona.

aquesta filla viu o no; molt menys si viu a la vora, com es presumeix, o a l'estranger.[5] És ben possible que la DGDEJM tingués al seu abast més informació que la que es desprèn de la resolució.

4.3. La data de la declaració d'hereus

El segon motiu de suspensió de la inscripció és el fet que les actes d'inici de la declaració d'hereus i de tancament de la declaració d'hereus són del mateix dia, i els articles 56 de la Llei orgànica del notariat i 209 bis del Reglament notarial imposen que l'acta de tancament que determina qui són els hereus abintestat s'ha d'autoritzar com a mínim vint dies hàbils després d'haver acceptat el requeriment. Tots els interessats tenen clar que es tracta d'un simple error material, però essent així que no es pot saber quina és la data de la declaració d'hereus, que és el títol que s'ha d'inscriure, cal que es procedeixi a corregir l'error per mitjà d'acta o diligència de rectificació, segons on s'hagués comès l'errada (FD 3).

5. Resolució JUS/5020/2025, de 8 de juliol de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Sentència de rescissió de compravenda de finca urbana per lesió *ultra dimidium*

5.1. Introducció

Es presenta testimoni de sentència en què s'ordena la cancel·lació de la inscripció a favor de la compradora d'una finca urbana arran de la rescissió per lesió en més de la meitat del just preu.

La registradora qualifica negativament, perquè considera que, per tal de cancel·lar la inscripció de domini, cal que s'hagi retornat a la compradora (o consignat) el preu, incrementat amb l'interès legal del diner des de la interposició de la demanda, el valor de les despeses extraordinàries de conservació o refacció i les millores útils que s'haguessin meritat. Això es fonamenta tant en el fet que la pròpia sentència condiciona la cancel·lació a la devolució recíproca de les prestacions com en la previsió de l'article 175.6 del Reglament hipotecari. En la nota també es refereix a l'article 621-46 CCC, tot i que no la fonamenta.

L'interessat recorre, basant-se, en primer lloc, en què la qualificació s'extralimita, envaint potestats jurisdiccionals i, en segon lloc, en la inaplicabilitat de l'article 175.6 del Reglament hipotecari, que es refereix a vendes subjectes a condicions rescissòries o resolutòries, la qual cosa no es dona en aquest cas, en què hi ha un pronunciament judicial de rescissió *ex tunc* de la compravenda.

En defensar la nota, la registradora esmenta l'exposició de motius de la Llei 3/2017, del 15 de febrer, pel que fa la naturalesa rescissòria de l'acció, però, tal i com ho fa també la sentència que es tracta d'inscriure, fa notar que la compravenda és anterior a l'entrada en vigor del llibre sisè del CCC, de manera que, en aplicació de la disposició transitòria primera de l'esmentada llei, cal aplicar l'article 325 de la Compilació, que remetia a l'article 1295 del Codi civil espanyo. D'acord amb aquest precepte, per a la « perfecció» de la rescissió cal la devolució de la cosa, la devolució del preu amb els seus interessos i el reintegrament de les despeses extraordinàries i les millores

[5] Fent una consulta a Google Maps, l'adreça que es dona correspon a un edifici en molt mal estat, sense finestres a la primera planta, de les quals en penja un piló de roba, i amb algun signe de vida més regular, com ara plantes, a la tercera, que és on se suposa que habita la interpel·lada. Que algú hi visqui o no ja és ben diferent.

útils, segons la registradora. Una altra forma de procedir podria conduir, continua afirmant, a un enriquiment injust de la venedora. Hi ha, per tant, un obstacle derivat del propi registre que impedeix la inscripció, de conformitat amb l'article 100 del Reglament hipotecari.

5.2. La cancel·lació de la inscripció a favor del comprador sense devolució o consignació del preu i altres quanties degudes

La DGDEJM és clara en la seva decisió: el manament judicial de cancel·lació de la inscripció a favor de la part compradora s'ha de complir. Ho fonamenta en el paper limitat que té la qualificació registral quan es tracta de manaments judicials (FD 2.1); en la interpretació del text de la sentència que declara la rescissió (FD 2.2, 2.5 i 2.6), per a concloure que la decisió judicial no condiciona l'efecte rescissori al pagament o consignació d'allò que la part venedora hagi de restituir a la compradora i, especialment, en la distinció entre els efectes reals i els efectes obligacionals de la rescissió: mentre els primers es produeixen de manera automàtica, els segons, resultat de la ineficàcia contractual sobrevinguda, donen lloc a relacions de crèdit que s'hauran d'imposar, si escau, en execució de sentència. Així:

> 2.7 La sentència no condiciona la inscripció del domini (recuperat) pel venedor com a conseqüència de la rescissió a la devolució per part seva del preu rebut, perquè tampoc la llei (l'article 1295 del Codi civil (CC), d'aplicació a Catalunya durant la vigència de la Compilació de Dret civil de Catalunya (CDCC)) ho exigeix. En matèria de rescissió cal distingir l'eficàcia real i l'eficàcia obligacional que se'n deriva a partir de la sentència que estima l'acció rescissòria i declara la rescissió del contracte. Des del punt de vista real, la rescissió afecta el contracte com a títol transmissiu i, declarada la seva ineficàcia, el venedor recupera el domini immediatament, com si no ho hagués transmès. Des del punt de vista obligacional, la rescissió afecta el contracte com a acord de voluntats font d'obligacions i la seva ineficàcia imposa que els contractants s'hagin de restituir recíprocament les prestacions realitzades, sense que això condicioni la recuperació del domini, que és conseqüència immediata de la sentència. Això no suposa cap enriquiment ni conseqüència injusta, ni tan sols en el cas que el venedor, novament propietari, no torni el preu, perquè té l'obligació legal de fer-ho i el comprador ostenta un dret de crèdit per exigir la seva devolució (hi hauria enriquiment injust si el comprador no tingués cap acció enfront del venedor i, per altre part, la situació és la mateixa que en una compravenda en la que el comprador, que rep la cosa i es converteix en propietari de la mateixa, i fins i tot inscriu el seu domini, no paga el preu al venedor: té la cosa al seu poder com a propietari, sense haver complert la seva obligació). Conseqüència que el compliment de les obligacions legals de restitució no afecti l'eficàcia real de la rescissió i la recuperació del domini per part del venedor és, no només que l'incompliment de la seva obligació de devolució del preu no condiciona l'eficàcia real de la rescissió, sinó també que el compliment de l'obligació del comprador de retornar la cosa constitueix simplement un traspàs possessori, no una tradició, perquè el venedor ja és propietari (l'entrega com a tradició només opera en la compravenda en relació a l'obligació contractual del venedor, que només transmet el domini al comprador si lliura la cosa, però no opera en relació a l'obligació legal de restitució del comprador en cas de rescissió, que no transmet cap domini perquè produïda la rescissió ja no l'ostenta).

Tampoc no considera aplicable l'article 175.6 del Reglament hipotecari, pels motius expressats en el recurs (FD 2.8).[6] Vegeu, per contra, el criteri de la Direcció General dels Registres i del

[6] Al final del fonament de dret 2.9, es remet a la Resolució JUS/1527/2018, de 28.6.2018 (DOGC núm. 8476, de 10.8.2021; comentada a *InDret*, 4, 2021, p. 466-470), però ho fa senzillament per recordar la necessitat que els registradors compleixin els manaments judicials sense extralimitar-se.

Notariat en la Resolució de 8 de maig de 2019,[7] que subjectava a la necessitat de pagament o consignació en un cas de resolució (judicial) d'una compravenda en aplicació de l'article 1124 del Codi civil espanyol. D'altra banda, cal tenir en compte que la raó per a exigir, en particular, la consignació, pot raure en l'existència de drets inscrits a favor de tercers amb posterioritat a la compravenda que s'hauran de cancel·lar si es cancel·la la inscripció de domini a favor del comprador. Si se'ls protegeix en cas de condició resolutòria explícita, sembla que amb més motiu se'ls hauria de protegir en cas de rescissió per lesió *ultra dimidium*, essent així que el Registre en general no publica el preu de venda, tot i tenir-ne constància (tret que es sol·liciti per tenir-hi un interès legítim). És el mateix criteri que inspira, per a la condició resolutòria explícita, l'apartat 4 de l'article 621-54 CCC. Tot i estar previst originàriament per a l'efectivitat extrajudicial de la clàusula, el precepte està redactat en clau registral i aprofita els mecanismes que proporciona la publicitat per a protegir comprador i tercers, de manera paral·lela a com mira de fer-ho l'article 175.6 del Reglament hipotecari. En el cas d'aquesta resolució, però, no sembla que hi haguessin tercers amb drets inscrits.

6. Resolució JUS/5022/2025, de 2 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9732, de 18.8.2026). Instància privada sol·licitant la cancel·lació d'un usdefruit sobre un habitatge

6.1. Introducció

La causant va instituir hereu el seu fill, substituint-lo vulgarment i fideïcomissàriament en tots els béns de l'herència dels quals no hagués disposat per acte entre vius, ell mateix o per mitjà dels seus tutors. Les substitucions ho eren a favor de cinc nebots de la testadora i dos nebots del seu difunt marit. En el testament també es llegava un habitatge a una de les nebodes de la testadora.

L'herència va ser acceptada l'any 2024. En pagament de la quarta falcídia, la neboda legatària del referit habitatge i els representants del fill de la causant van acordar l'atribució a aquest darrer de l'usdefruit del mateix immoble. Quan mor el fill usufructuari, la legatària i nua propietària sol·licita en instància privada la cancel·lació de l'usdefruit.

La registradora denega la cancel·lació en considerar que, d'acord amb el testament de la causant, cal respectar la substitució preventiva de residu de conformitat amb els articles 461-51 i següents i concordants del CCC.

La neboda recorre, considerant que l'usdefruit s'ha extingit d'acord amb l'article 561-16, lletra *a*, en tractar-se d'un usdefruit vitalici establert en pagament dels seus drets successoris, sense que hagi d'entrar en joc la substitució que al·lega la registradora a la seva nota.

6.2. La qüestió competencial

La registradora fa una defensa llarga i explicativa de la seva nota, i eleva l'expedient a la DGDEJM, tot i que la recurrent l'havia presentat davant la DGRN (actual DGSEJFP). La Direcció General

[7] BOE núm. 131, d'1.1.2019.

catalana confirma la pròpia competència, en basar-se tant la qualificació com el recurs en normes catalanes i trobar-se l'immoble situat a Catalunya (FD 1).

Val a dir que la referència a la ubicació de l'immoble, en aquest concret cas, on del que es tracta és de la interpretació d'un testament i dels assentaments registrals, aporta poc de cara a la determinació de l'òrgan resolutori competent. Si la norma aplicable hagués estat, per exemple, aragonesa o navarresa, convé considerar que la competència hauria correspost al Ministeri de Justícia. En altres casos, la ubicació de l'immoble determinarà la normativa aplicable i, amb ella, la competència per a resoldre; així, per exemple, perquè cal aplicar el llibre cinquè a edificis en propietat horitzontal situats a Catalunya. Però no en aquest cas, on el que determina essencialment les normes en què es basen tant la qualificació com el recurs és la llei aplicable a la successió de què es tracta, sense que la referència a l'article 561-16 CCC en el recurs faci trontollar aquesta consideració.

D'altra banda, com de seguida es veurà, en realitat el que s'analitza en la resolució no és tant la interpretació del testament i de la clàusula de substitució en relació amb l'usdefruit, sinó l'efecte d'un anterior assentament sobre la petició de cancel·lació; és a dir, els obstacles que sorgeixen del propi registre per a procedir a la dita cancel·lació.

6.3. La impossibilitat d'alterar inscripcions anteriors sense el consentiment de tots els interessats o un pronunciament judicial

A l'informe de la registradora i a la fonamentació jurídica de la resolució s'explica que l'usdefruit adjudicat al fill es va inscriure, l'any 2024, amb subjecció a la substitució i, atès que les parts van considerar que amb l'usdefruit es pagaven no només la llegítima sinó també els drets hereditaris, s'hi estén la substitució a la qual la testadora havia subjectat la institució d'hereu. La registradora també fa altres consideracions sobre la reducció per inoficiositat dels llegats, que poden contribuir a justificar perquè es va fer la inscripció de l'usdefruit amb subjecció a la substitució, però el que interessa per a resoldre la controvèrsia és que el que qüestiona el recurs no és la nota de qualificació, sinó la inscripció realitzada amb anterioritat. Tal i com assenyala la DGDEJM, les vies per a rectificar els assentaments amb errors materials i de concepte es troben als articles 211 a 220 de la Llei hipotecària (FD 2). No es pot pretendre per la via d'un nou assentament alterar allò que es troba sota la salvaguarda dels tribunals. I és per això que es confirma la qualificació negativa.

7. Resolució JUS/5026/2025, de 20 de maig de 2025 (DOGC núm. 9742, d'1.9.2026). Assignació de (l'anul·lat) número únic d'arrendaments de curta durada i llicència per a l'inici de l'activitat

7.1. Introducció

Aquesta resolució tracta un supòsit en què s'havia sol·licitat un número únic de registre d'arrendaments de curta durada regulat pel Reial decret 1312/2024, de 23 de desembre, per a un habitatge que havia estat inscrit al Registre d'Habitatges d'Ús Turístic i havia pogut iniciar l'activitat per mitjà de la mera comunicació a l'Ajuntament l'any 2016. En aplicació del Decret llei 3/2023, de 7 de novembre, la registradora va denegar l'assignació del número únic, pel fet de no comptar l'habitatge amb la llicència que exigeix aquesta norma, front de la qual cosa la

propietària d'una quota indivisa de la finca sol·licitava que se li apliqués el règim transitori durant cinc anys.

7.2. La qüestió competencial i l'anul·lació del procediment estatal d'assignació de número únic de lloguer de curta durada

La registradora va aportar tota la documentació (malgrat que, pel que sembla, sense massa cura amb les dates) a la DGDEJM. És en aquest marc que la Direcció General catalana va dedicar el primer fonament de dret a justificar la pròpia competència, preveient que hi hauria un seguit de controvèrsies quant a la mateixa qüestió, degut a l'entrada en vigor concatenada de la norma catalana que subjecta l'activitat de lloguer turístic a llicència (el Decret llei 3/2023) i, després, del Reial decret estatal sobre assignació de número únic. Això, però, no s'ha esdevingut, atès que amb posterioritat a aquesta resolució, però força abans que es publiqués al DOGC,[8] la STS, Sala Contenciosa Administrativa, 620/2026, de 19 de maig,[9] va declarar nul el procediment d'assignació de número únic establert en el referit Reial decret 1312/2024, atès que, entre altres motius, el títol competencial de l'article 148.1.8 de la Constitució relatiu a l'ordenació dels registres públics no l'empara, ja que no es tracta d'un registre sobre matèries civils o mercantils, tal i com té declarat el Tribunal Constitucional. Es pot veure en aquest sentit el fonament de dret quart de la sentència, apartat A), que acaba concloent el que segueix:

> Así pues, el título competencial del artículo 149.1.8 CE (en lo relativo a la ordenación de los registros públicos), no es un título competencial idóneo para regular un procedimiento y una inscripción de estas características pues debe acudirse a la materia en cada caso comprometida, que es la que determina la distribución de competencias para la ordenación del correspondiente registro administrativo de que se trate (STC 7/2019, de 17 de enero, f.j 3 in fine). Y en este caso la inscripción para poder publicitar «on line» que una vivienda o parte de la misma se destina a la actividad de alquiler de corta duración, está relacionado básicamente con la problemática y con las competencias autonómicas en materia de vivienda y, en su caso, turismo.[10]

La DGDEJM havia acceptat la competència estatal exclusiva per a l'establiment i ordenació del número únic, però basava la pròpia competència per a resoldre els recursos en el fet que, per a decidir la qüestió discutida, calia aplicar el dret català urbanístic i d'arrendaments turístics. Es pot intuir que faria el mateix si es tornés a aprovar a nivell estatal una norma similar a l'anul·lada.[11]

7.3. La necessitat de llicència per a l'inici de l'activitat de lloguer turístic a partir de l'entrada en vigor del Decret llei 3/2023, de 7 de novembre

La resolució que ara es comenta no té transcendència de cara a l'assignació del número únic per a supòsits que es puguin plantejar a partir d'ara, però sí en tant que recorda que, a partir del

[8] Vegeu també una altra Resolució sobre la mateixa qüestió que porta data de gairebé un any després (el maig de 2026), es va publicar al DOGC el mes de juny de 2026 i es va comentar al número anterior d'aquesta revista, al qual cal remetre quant a la qüestió competencial: es tracta de la Resolució JUS/1751/2026, de 22.5.2026 (DOGC núm. 9683, de 10.6.2026) i el comentari es troba a *InDret*, 3, 2026, p. 661-663.

[9] ECLI:ES:TS:2026:2148.

[10] Aquesta sentència va ser seguida per les sentències del TS, Sala Contenciosa Administrativa, 629/2026, de 21.5.2026 (ECLI:ES:TS:2026:2229) i 669/2026, d'1.6.2026 (ECLI:ES:TS:2026:2454).

[11] Val a dir, d'altra banda, que l'anul·lació dels preceptes rellevants del Reial Decret 1312/2024 va deixar sense mecanisme d'implementació únic i directe del que ordena el Reglament (UE) 2024/1028, d'11 d'abril, sobre la recollida i intercanvi de dades relatives als serveis de lloguer d'allotjaments de curta durada.

Decret llei 3/2023, de 7 de novembre, es produeix un canvi radical que comporta la necessitat d'intervenció administrativa prèvia per a l'exercici de l'activitat econòmica d'allotjament en habitatges d'ús turístic ubicats en municipis amb problemes d'accés a l'habitatge i quan hi hagi risc de trencar l'equilibri de l'entorn urbà. La intervenció consisteix en la necessitat de llicència urbanística prèvia (FD 2.3). Així, la disposició addicional vint-i-setena que el referit Decret llei va introduir al Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, suposa una restricció general al dret de propietat (article 541-2 CCC) d'acord amb la seva funció social, de manera que només quan es donen les circumstàncies que preveu l'article 2 del Decret llei 3/2023 és possible dur a terme l'activitat. Els requisits són: a) el planejament urbanístic ha de preveure aquest ús; b) s'ha d'obtenir llicència prèvia, i c) la llicència no ha de superar els cinc anys, amb possibles pròrrogues. És a partir d'aquí quan cal complir els restants requisits que estableix la normativa en matèria de contractació, prestació de serveis i publicitat, entre els quals s'hi trobaven els establerts pel Reial decret 1312/2024 (FD 2.6).

7.4. El règim transitori com a compensació per la pèrdua de facultats derivades del domini

En el fonament de dret tercer, la DGDEJM explica que, per als habitatges ja destinats a l'arrendament turístic de curta durada quan es va aprovar el Decret llei 3/2023, se'ls va permetre, d'acord amb la disposició transitòria segona d'aquesta norma, continuar exercint l'activitat, potser iniciada per mitjà de la mera comunicació que exigia la regulació anterior, sempre i quan obtinguessin la preceptiva llicència en el termini de cinc anys des de l'entrada en vigor, el 9 de novembre de 2023, del citat Decret llei. Aquesta continuació en l'activitat es concep com a indemnització per la privació del títol habilitant de l'activitat, la qual cosa explica que, si els titulars acrediten que amb els cinc anys no se'ls compensa per tots els conceptes, poden obtenir una nova pròrroga de cinc anys si la sol·liciten a l'ajuntament abans del 9 de novembre de 2027 (FD 3.1 i 3.2).

Havent revisat la manca de règim transitori del Reial decret 1312/2024 i del Reglament (UE) 2024/1028, la DGDEJM conclou que, per als habitatges situats en municipis catalans inclosos en l'àmbit d'aplicació del Decret llei 3/2023, si es comptava amb títol habilitant vigent amb anterioritat, havien de poder demanar el número únic, tot i que aquest seria claudicant, en el sentit que s'extingiria el 9 de novembre de 2028, tret que constés l'obtenció de la llicència urbanística o la pròrroga excepcional per infracompensació (FD 3.5). El termini de caducitat s'hauria d'haver fet constar d'acord amb l'article 10 del Reial decret 1312/2024, també anul·lat pel Tribunal Suprem.

En el cas objecte de la resolució, s'havien complert els requisits exigits per la normativa anterior a 2023 i, per tant, calia que s'assignés el número únic. Altrament, s'estaria privant el titular de la percepció del rendiment de caràcter indemnitzatori durant el període de cinc anys que preveu el règim transitori, atès que sense el número únic no es podia dur a terme l'activitat (FD 4.3).

8. Resolució JUS/5028/2025, d'1 d'agost de 2025 (DOGC núm. 9745, de 4.9.2026). Conflicte d'interessos en el pagament de la llegítima del pare-administrador especial dels béns heretats per menors representats per la seva mare

8.1. Introducció

La causant va morir l'any 2022 deixant testament atorgat l'any 2011 en el qual instituïa hereus el seu net i els germans de pare que pogués tenir en el futur. Al seu únic fill li llegava el que per llegítima li correspongués. Establia també que, si els hereus adquirien la propietat dels béns hereditaris abans dels vint-i-cinc anys, els hauria d'administrar el seu pare i que caldria el consentiment d'aquest per a alienar-los entre vius, cas en el qual l'administració s'estendria també als béns rebuts per subrogació real.

Pocs mesos després de la defunció, l'herència va ser acceptada pels nets menors representats per la seva mare. En el mateix acte d'acceptació, es van valorar els béns, es va calcular la llegítima i es va pagar la llegítima del fill de la causant amb béns hereditaris, entre els quals hi havia immobles i quotes indivises d'immobles situats a Barcelona i a Pineda de Mar. En el mateix acte, el pare va acceptar l'administració especial dels béns heretats pels menors.

Al Registre corresponent de Barcelona es van inscriure tant un pis adquirit pels hereus per meitats indivises, sotmès a l'administració i limitació de la facultat de disposició establerta pel causant, com la meitat indivisa d'una plaça de garatge a favor del fill legitimari. En canvi, presentada l'escriptura a Pineda de Mar, la registradora va suspendre'n la inscripció, substancialment per considerar que, un cop acceptada l'herència per la mare en representació dels menors, els béns havien entrat a formar part del patrimoni d'aquests, i que, per a disposar-ne en pagament de la llegítima, havent-se establert al testament l'administració especial, faria falta nomenar un defensor judicial i obtenir la pertinent autorització judicial, atès que hi havia conflicte d'interessos amb l'administrador que era, alhora, legitimari.

La qualificació negativa va ser recorreguda pel notari. Al·legava, entre altres coses, que la partició no és un acte d'administració dels béns adquirits, sinó un acte previ i necessari per determinar els béns i titularitats que corresponen als menors i sobre els quals recaurà l'administració. Els béns amb els quals es satisfà la llegítima no entren en cap moment en el patrimoni dels nets, a parer seu, i, per tant, no estan subjectes a cap tipus d'administració. Considera que si la mare representa els menors i els adjudica béns com a hereus i altres al pare en pagament de la llegítima, no hi ha conflicte d'interessos, perquè tant els uns com l'altre reben béns de la causant. Entén que l'article 236-20 CCC exclou el conflicte d'interessos quan el representant dels menors és un sol dels progenitors i el conflicte és amb l'altre, reservant el nomenament de defensor judicial per al cas que el conflicte sigui amb tots dos.

8.2. La representació del menor en cas de conflicte d'interessos i l'acceptació de l'herència quan el causant ha designat administrador especial

La resolució dedica el fonament de dret segon a precisar que, atenent al criteri que havia mantingut amb anterioritat i, en especial, a la Resolució JUS/628/2012, de 28 de febrer,[12] l'article 236-20 CCC valida la intervenció de la mare en solitari atès que el conflicte es suscita entre el pare i els fills, però no amb ella (FD 2.2).

A continuació, es planteja el possible segon conflicte d'interessos amb el pare, atès que, per disposar dels béns adquirits pels menors, és necessari el consentiment de l'administrador, que resulta ser també el pare que percep la llegítima que els fills li paguen amb béns hereditaris. De

[12] DOGC núm. 6015, d'11.4.2012. Comentada a *InDret*, 4/2012, p. 12-14.

nou en aquest punt, tenint present el que estableix l'article 461-24.1 CCC, si es considera que en aquest supòsit el pare no pot administrar, ho hauria de fer la mare, com a progenitora que exerceix la potestat (FD 2.3) i tampoc no necessita autorització judicial, atès que l'art. 236-27 CCC no inclou entre els actes que la requereixen acceptar herències, valorar-les, determinar l'import de crèdits i pagar-los ni fer la partició (FD 2.4).[13]

Quant al nomenament d'un administrador especial en testament, la DGDEJM recorda que és una pràctica molt estesa que, tot i ser plenament admesa pel CCC (article 461-24 CCC, i articles 222-12, 222-41, 236-18, 236-25 i 236-26.1 CCC), no compta amb una regulació completa. Malgrat això, la DGDEJM conclou que «excloure els béns de l'administració dels progenitors no altera el règim bàsic de la potestat parental», i que «l'acceptació o la repudiació de l'herència és una funció dels progenitors que el testador no pot excloure, sense perjudici del que estableix l'article 461-24.4 o de la designació de marmessors», cosa que no es dona en el cas de la resolució, en què l'acceptació de l'herència i l'opció de pagament de la llegítima corresponia a la mare (FD 3.4).

8.3. La unitat d'acte (acceptació, pagament de llegítima i partició) com a legitimadora de la representació per part del progenitor amb qui no hi ha conflicte d'interessos

Havent recordat que la llegítima catalana és un dret de crèdit (FD 4.1) i que l'opció de pagar-la en béns hereditaris o no correspon als hereus, representats en aquest cas per la mare (FD 4.2 i 4.3), la DGDEJM es planteja «si el pagament de la llegítima en béns immobles de l'herència és equivalent a una cessió en pagament de deute, és a dir, un acte de disposició que requereix autorització judicial, o és un acte que pot ser considerat com a necessari perquè els hereus adquireixin l'herència. En el primer cas, si el considerem com una cessió en pagament de deute, es tracta d'una alienació onerosa de béns immobles i, fet en representació de menors, cal autorització judicial per realitzar-lo, amb independència de l'existència o no de conflicte d'interessos. En el segon cas, es tracta de la realització d'un acte lligat a l'acceptació que no requereix l'autorització judicial» (FD 4.4).

Distingeix el supòsit del que va donar lloc a la Resolució JUS/1914/2007, de 19 de juny,[14] en què es va dir que el lliurament de béns en concepte de llegítima no és equivalent a la partició hereditària perquè el legitimari no és cohereu, però considera que llavors es va requerir autorització judicial perquè qui feia la partició era el tutor, amb conflicte d'interessos, i el pagament es realitzava anys després de l'obertura de la successió. En canvi, en el cas de la resolució ara comentada, no hi ha conflicte d'interessos, perquè el salva la mare, i el pagament es fa quan ni tan sols han passat sis mesos des de la defunció, de manera que creu que el supòsit és més semblant al de la Resolució JUS/3542/2006, de 27 d'octubre (FD 4.5).[15]

I d'aquestes consideracions n'acaba concloent que, atès que s'han realitzat totes les operacions en unitat d'acte, no cal autorització judicial:

> 4.6 En el cas present, es realitza en unitat d'acte, en una mateixa escriptura, l'inventari i la valoració dels béns de l'herència, la valoració de la llegítima, l'acceptació de l'herència, l'opció per

[13] En aquest sentit, recorda la Resolució JUS/442/2024, de 19 de febrer (DOGC núm. 9109, de 26.2.2024; comentada a *InDret*, 2, 2024, p. 599-602), tot i que es referia a una qüestió bastant diferent: la necessitat o no d'autorització judicial per a la partició en lots desiguals quan una de les hereves actuava amb el suport de l'assistència representativa prestada per la seva mare.

[14] DOGC núm. 4913, de 27.6.2007. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2008, p. 4-6.

[15] DOGC núm. 4758, de 10.11.2006. Comentada a MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 4, 2007, p. 9-12.

> pagar la llegítima parcialment en béns, el pagament simultani de la llegítima i l'adjudicació als hereus de la resta dels béns. Tot resulta d'un sol acte que, fent abstracció dels conceptes, mostra una certa similitud amb una operació particional, per més que, ho reiterem, el pagament de la llegítima catalana no és un acte de la partició, perquè el legitimari no és cohereu. Totes les persones interessades en una mateixa herència concreten en un mateix acte i document els seus respectius drets en la successió de la causant (incloent-hi el de crèdit, que és la llegítima) sobre la totalitat dels béns hereditaris. L'adquisició dels béns per part dels tres interessats és directa de la causant i simultània entre tots ells, de manera semblant que en el mateix acte d'acceptació ja va implícit l'acte de pagament o atribució de la llegítima en béns. Fet així, en un sol acte, podem concloure que en el cas present no cal l'autorització judicial per pagar la llegítima en béns de l'herència.

Ho referma també entrant a fer valoracions de l'operació realitzada, que entén no és ni «capriciosa ni desmesurada», atès que al legitimari se li atribueix menys del que podria reclamar com a pagament de la llegítima, en el sentit que se li lliuren meitats indivises que comparteix amb el seu pare, avi dels hereus; les valoracions dels béns potser són inferiors a les de mercat, però hi ha coherència entre elles, perquè es parteix del valor de referència de l'administració i, a més, els menors eviten tenir béns en indivisió amb el seu avi i que la llegítima meriti l'interès legal per un temps indefinit (FD 4.7).

A parer de qui subscriu, no correspon, en seu registral, determinar si la distribució dels béns hereditaris és raonable o no, i tampoc no és indicatiu de què es superin possibles conflictes d'interessos el fet que les actuacions es duguin a terme en unitat d'acte o no. Igualment, des d'un punt de vista conceptual, la partició, com a actuació que posa fi a la comunitat hereditària, és posterior a l'acceptació de l'herència i el pagament de la llegítima amb béns hereditaris per part dels hereus és, sembla, un acte per mitjà del qual es disposa de béns que ja han ingressat en el patrimoni del fill hereu. De fet, en les escriptures d'acceptació i adjudicació de béns hereditaris es segueix aquesta seqüència cronològica. Una altra cosa és que potser calgui revisar les normes relatives a la necessitat d'autorització judicial per a l'actuació dels progenitors en situacions com la descrita, on certament sembla excessiu haver d'endarrerir el repartiment pacífic dels béns amb la intervenció judicial.

9. Resolució JUS/5030/2025, de 16 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9745, de 4.9.2026). Segregació de part d'un element privatiu en propietat horitzontal aportant certificat tècnic acreditatiu de la divisió física de més de vint anys d'antiguitat

9.1. Introducció

Es presenta al Registre de la Propietat escriptura en què, pel que interessa als efectes del recurs, es pretenia donar cobertura jurídica o regularitzar una divisió d'element privatiu en propietat horitzontal realitzada feia més de vint anys. Es tractava d'un element privatiu que, originàriament, era un dúplex amb dues parts connectades per una escala interior. Amb posterioritat es va anul·lar aquesta escala interior i, tant a una part com a l'altra de l'element privatiu s'hi accedeix des del replà de cada pis. En l'escriptura es procedeix a segregar una de les parts, aportant un certificat tècnic que constata que es tracta de dos habitatges separats i que ho han estat durant més de vint anys.

El registrador suspèn la inscripció, perquè considera que cal llicència urbanística per incrementar el nombre d'habitatges prèviament declarats en una obra nova, sobre la base de la doctrina de la DGRN, que remet a la legislació autonòmica, i els articles 187.1 lletra *k* i 218 del Decret legislatiu 1/2020, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme, i l'article 30 del Decret 64/2014, de 13 de maig, per qual s'aprova el Reglament de protecció de la legalitat urbanística, que exigeixen llicència per incrementar el nombre d'habitatges prèviament declarats en una obra nova.

El notari recorre, considerant que la segregació es va realitzar en una data en què no calia llicència urbanística o que, si calia, la facultat de restabliment de la legalitat urbanística hauria prescrit. Ho fonamenta en doctrina de totes dues Direccions generals, tant la del Ministeri de Justícia com la de la Generalitat. Creu, a més, que si bé la prescripció potser no s'hauria produït en cas de segregació de parcel·les, quan es tracta d'elements privatius en propietat horitzontal hi ha una realitat material constatable front de la qual no s'han adoptat mesures de restabliment de la legalitat urbanística.

L'Ajuntament va presentar al·legacions, em el sentit de considerar que el termini de prescripció de l'acció de restauració de la legalitat urbanística no comença a córrer fins que no es cessa en l'activitat il·lícita, i això no s'hauria esdevingut en aquest cas. Tal i como ha establert el TSJC, l'actuació il·lícita no culmina amb la realització d'una obra sense llicència quan això comporta un canvi de destinació de l'immoble que continua en el temps.[16]

En el seu informe, el registrador també afegeix que no s'ha d'aplicar la prescripció de l'acció de restauració de la legalitat urbanística perquè la segregació, com a acte jurídic, té lloc ara i no vint anys enrere.

El registrador va remetre l'expedient a la DGSJFP i també el va presentar a la DGDEJM amb quatre dies de diferència, però havent passat gairebé dos mesos des que va tenir entrada al Registre. Al cap d'un mes i escaig, la DGDSJFP va remetre l'expedient a la DGDEJM per considerar-la competent. En tot cas, el recurs va arribar a la Direcció General catalana quan ja havia passat el mes per decidir sobre la pròpia competència. És per això que es dedica el primer fonament de dret de la resolució a recordar, un cop més, que cal elevar-li els recursos de manera immediata, sens perjudici de completar la documentació amb posterioritat, i que s'evitin totes les circumstàncies que puguin reduir el termini de què disposa per a resoldre.

9.2. La prescripció de les accions per al restabliment de la legalitat urbanística quan les actuacions no autoritzades persisteixen en el temps: la divisió d'elements privatius en propietat horitzontal

Havent centrat la qüestió en determinar si han prescrit o no les accions per al restabliment de la legalitat urbanística pel que fa a la segregació d'una part d'un element privatiu en propietat horitzontal que, des de fa més de vint anys, es troba físicament dividit en dues entitats diferents (FD 2), la DGDEJM parteix de l'article 207.1 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya i de la regulació de la prescripció al CCC, per afirmar, en primer lloc, que no comparteix la tesi del

[16] Així, per exemple, STSJC, Sala Contenciosa Administrativa, 1293/2020, d'11.5 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:8645; FD 3.3); STSJC, Sala Contenciosa Administrativa, 616/2021, de 22.6 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:4416; FD 4) o STSJC, Sala Contenciosa Administrativa, 3394/2022, de 4.10 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:8453; FD 4).

notari recurrent, i en canvi sí la del registrador, quant al fet que la segregació de l'element privatiu en dos pisos diferents no es va produir quan es van fer les obres sense llicència fa més de vint anys, sinó que té lloc quan es formalitza l'escriptura o es dicta sentència i s'inscriu al Registre de la Propietat. És a dir, que el certificat de l'arquitecte només pot acreditar que hi ha una obra nova antiga, però no la segregació, que considera un acte purament jurídic que s'ha de subjectar a la normativa urbanística vigent en el moment en què es practica, tal i com es va explicitar a la Resolució JUS/3883/2009, de 18 de desembre.[17] A més, considera que la infracció urbanística no ha prescrit, atès que, segons l'article 121-23.1 CCC (que determina el *dies a quo* de manera més subjectiva que el Codi civil espanyol), l'Ajuntament no va conèixer ni va poder raonablement conèixer ni l'execució de les obres (que ja llavors requerien llicència) ni la creació d'un nou element dins de la divisió horitzontal (FD 3.2).

En el fonament de dret 3.4, la resolució rebla que l'argumentació del notari no desvirtua la que fan el registrador i l'Ajuntament, així com tampoc les resolucions anteriors de la pròpia DGDEJM sobre qüestions similars, però respecte a les quals va marcant sengles factors diferencials que impedeixen aplicar les mateixes solucions. Així, en les Resolucions JUS/3080/2011, de 27 de desembre,[18] i JUS/627/2012, de 24 de febrer,[19] la (llavors) Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques va decidir sobre assumptes que presentaven notables similituds, atès que en tots dos casos es tractava d'esbrinar si es pot inscriure la divisió horitzontal d'un edifici, sense llicència urbanística ni declaració d'innecessarietat, en supòsits de construccions realitzades molts anys abans de l'entrada en vigor de la normativa que exigeix el compliment dels referits requisits per a l'accés al Registre de divisions horitzontals, cosa que no succeeix en el cas de la resolució ara comentada (i, a més, en la primera d'elles es diu ara que es tractava d'evitar la duplicitat de llicències). No es considera tampoc obstacle la Resolució JUS/4282/2010, de 19 de febrer,[20] perquè en aquell cas els habitatges estaven descrits al Registre des de 1961 i l'Ajuntament va certificar que no s'havia incrementat el nombre d'habitatges que apareixien al projecte i a la llicència d'obres, la qual cosa es va considerar com a declaració aformal de no necessitat de llicència. De manera semblant, tampoc no és rellevant la Resolució JUS/2348/2017, de 22 de setembre,[21] referida a la declaració d'obra nota antiga en què es tractava de fer constar al Registre la construcció d'un magatzem i d'un habitatge, sense divisió horitzontal, i on la DGDEJM havia afrimat que el Reial Decret 1093/1997, de 4 de juliol (article 52) havia consagrat una espècie de premi a l'infractor, que també recull l'article 28. 4 del Reial decret llei 7/2015, de 30 d'octubre, sens perjudici ara, però, de la competència autonòmica.[22] A la Resolució JUS/3525/2019, de 4 de desembre,[23] es va considerar acreditat que el document expedit per l'Ajuntament en el sentit que no hi havia pendent cap expedient de disciplina urbanística pendent i el certificat cadastral, que recollia ja el resultat de la segregació i posterior agrupació, es referien a la mateixa finca, de manera que es va estimar acreditada la prescripció de l'acció administrativa per al restabliment de la legalitat urbanística, atès que fins i tot en el supòsit que l'Ajuntament no hagués pogut conèixer l'inici del *dies a quo* de la prescripció, explícitament reconeixia que ja no pot exercir cap mesura per a restablir la legalitat urbanística en aquesta parcel·la. Per aquest motiu, no és

[17] DOGC. núm. 5557, d'1.2.2010. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 2, 2010, p. 4-7.
[18] DOGC núm. 6050, de 23.1.2012. Comentada a *InDret*, 4, 2012, p. 4-6.
[19] DOGC núm. 6105, d'11.4.2012. Comentada a *InDret*, 4, 2012, p. 4-6.
[20] DOGC núm. 5592, de 22.3.2010. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 2, 2010, p. 14-15.
[21] DOGC núm. 7474, de 16.10.2017. Comentada a *InDret*, 1, 2018, p. 11-16.
[22] Vegeu a continuació el comentari a la Resolució JUS/5031/2025, de 23.9.2025.
[23] DOGC núm. 8030, de 24.12.2019. Comentada a *InDret*, 1, 2020, p. 493-496.

procedent que el Registre de la Propietat torni a demanar un altre document de reconeixement explícit d'innecessarietat de llicència de parcel·lació (FD 2.7).

10. Resolució JUS/5031/2025, de 23 de setembre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Escriptura de canvi d'ús i descripció d'un local comercial que té una destinació residencial des de fa uns trenta anys

10.1. Introducció

Es sol·licita la constància registral del canvi d'ús d'un local comercial que, des de fa més de deu anys, té una destinació residencial. Els titulars aporten certificació expedida per un arquitecte, certificat d'eficiència energètica, certificació cadastral descriptiva i gràfica, cèdula d'habitabilitat, plànols i fotografies i un annex d'antecedents del qual se'n desprèn que el canvi d'ús ja s'havia produït el 1995. Entre les declaracions que fan hi ha el fet que consideren transcorregut el termini de sis anys per a la prescripció de les infraccions urbanístiques.

El registrador qualifica negativament, seguint la doctrina de la DGSJFP en Resolucions de 9 d'abril[24] i 25 de novembre de 2024[25] i a l'empara dels articles 187.1.k), 187.bis.c), 207 i 218 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, aprovat pel Decret llei 1/2010, de 10 d'agost, i l'article 30 del Decret 64/2014, de 13 de maig, que aprova el Reglament sobre protecció de la legalitat urbanística. Conclou que no ha prescrit l'acció per al restabliment de la legalitat urbanística, atès que a Catalunya no s'admet la prescripció de la modificació de l'ús, de forma que l'única manera d'obtenir la constància registral sol·licitada passa per la presentació d'un títol administratiu habilitant, ja sigui la llicència o el certificat municipal que acrediti la situació consolidada. La qualificació substitutòria va ser del mateix parer.

La notària autoritzant va recórrer. Reconeixia que la doctrina més recent de la DGSJFP quant a l'article 28.4, lletra *a,* de la Llei del sòl i rehabilitació urbana condiciona l'aplicació del precepte al fet que la normativa urbanística i la jurisprudència que la interpreta accepti la prescripció o la caducitat de l'acció de restabliment de la legalitat respecte a l'ús, cosa que no fa la legislació catalana (article 207 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya). Nogensmenys, argumenta que els articles en què es basa la nota de qualificació fan referència a la necessitat de llicència en supòsits de constitució o modificació del règim de propietat horitzontal, o de canvi d'ús d'edificacions, però no al canvi d'ús dels elements privatius ja existents, perquè la finalitat d'aquestes normes és evitar que s'incrementi el nombre d'habitatges pel que fa als autoritzats en una llicència urbanística anterior (que és justament el que succeeix en aquest cas, tal i com posa de manifest la Resolució – FD 3.3). La notària remarca que no s'està creant cap element nou, que la situació està plenament consolidada, que l'ús no vulnera el planejament vigent i que tot això s'acredita per mitjà dels certificats incorporats a l'escriptura. A més, entén que el canvi d'ús no és aliè al control administratiu, que pot reaccionar front d'irregularitats i fer-ho constar al Registre de la Propietat, a més d'haver de dictar, un cop rebuda la notificació registral, la resolució necessària per reflectir la situació urbanística mitjançant nota marginal.

[24] BOE núm. 102, de 26.4.2024.
[25] BOE núm. 310, de 25.12.2024.

L'Ajuntament formula al·legacions, amb els mateixos fonaments legals i jurisprudencials que va aportar quant a la Resolució JUS/5030/2025, comentada immediatament abans que aquesta.

Tal i com va succeir també en aquesta darrera resolució, en aquesta ocasió el recurs arriba tard a la DGDEJM, un mes i mig després de la seva presentació al Registre de la Propietat, amb la qual cosa es torna a dedicar el fonament de dret primer a recordar la necessitat que el recurs s'enviï amb la màxima celeritat, sens perjudici de completar més endavant l'expedient (per exemple, amb les al·legacions que formulin altres interessats, com és el cas de l'Ajuntament en el supòsit d'aquestes dues resolucions).

10.2. La prescripció de les accions per al restabliment de la legalitat urbanística quan les actuacions no autoritzades persisteixen en el temps: el canvi de destinació

La controvèrsia es situa en si han prescrit o no les accions per al restabliment de la legalitat urbanística en els casos en què hi ha unes obres realitzades sense llicència fa més de deu anys que han permès utilitzar el que abans era un local com a habitatge durant aproximadament trenta anys (FD 2).

Novament, la DGDEJM considera aplicable l'article 207.1 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, així con el CCC, que és dret comú (article 111-4 CCC), i assenyala que el mer decurs dels sis anys que marca la primera norma per a les accions de restabliment de la legalitat urbanística no és suficient per considerar produïda la prescripció (FD 3.1). Conclou que, tal i com mantenia el registrador (FD 3.2), el còmput del termini de prescripció no s'inicia fins que cessa l'activitat que vulnera la legalitat urbanística, sense que condueixi a un resultat diferent el fet que les obres es realitzessin amb anterioritat. De nou, es recorda que l'article 121-23.1 CCC fixa el *dies a quo* amb un criteri més subjectiu que no pas el Codi civil espanyol i que, en aquest cas, és clar que l'Ajuntament, a qui no se li va demanar llicència, no va conèixer ni va poder conèixer raonablement l'execució d'aquelles obres, que es van dur a terme a l'interior de la finca i no es podien apreciar des de l'exterior (FD 3.5).

Val a dir que potser resulta innecessari acudir a aquest darrer argument, perquè ja l'article 207.1 de la Llei d'urbanisme de Catalunya estableix que, en no haver finit les actuacions il·lícites ni cessat l'activitat il·lícita, el termini de prescripció no ha començat a córrer. Així ho confirma també la jurisprudència i resolucions de recursos governtatius citades pel registrador i per l'administració. Per tant, no calia, ni en aquesta resolució ni en la Resolució JUS/5030/2025, acudir al criteri que marca el CCC per a l'inici del còmput i, en aquest sentit, es pot dir que és un pronunciament *obiter dicta*. S'entreveu, però, al final del fonament de dret 3.3, la voluntat de trobar el paral·lelisme amb l'article 224.4 de la Llei de 2/2006, de 30 de juny, de sol i urbanisme del País Basc, a la qual es referia la Resolució DGDFP de 9 d'abril de 2024, en tant que aquesta estableix expressament que el termini de prescripció de les accions de restabliment de la legalitat urbanística compta des de la realització de l'obra o des de l'aparició de signes físics exteriors que permetin tenir-ne coneixement. No fa referència, en canvi, als supòsits en què l'activitat il·lícita no hagi cessat, de manera que, juntament amb el termini més curt de quatre anys, aquesta és una altra diferència substancial entre les dues normes autonòmiques.

Es confirma, en qualsevol cas, la qualificació negativa.

11. Resolució JUS/5032/2025, de 2 de novembre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Interpretació d'una clàusula testamentària: substitució vulgar, dret de representació i dret d'acréixer

11.1. Introducció

La resolució gira al voltant de la interpretació d'una clàusula testamentària en què el causant instituïa la seva esposa com a hereva universal i disposava que, en cas que el premorís, «la substituiran els seus nombrats fills, per parts iguals, amb dret de representació a favor dels seus descendents o d'acréixer entre ells en el supòsit de no deixar-los». El testament s'havia atorgat l'any 1979 i el causant va morir el 2024, havent-lo premort la seva esposa l'any 1990.

En obrir-se la successió, els dos únics fills del causant atorguen escriptura d'acceptació, adjudicació d'herència i renúncia de drets en què la filla renuncia purament i simplement a l'herència del seu pare, de manera que el seu germà s'adjudica tota l'herència en aplicació del dret d'acréixer, atès que considera que la clàusula testamentària empra expressament l'expressió «dret de representació», el qual només operaria en cas de premoriència (no poder heretar) i no pas en cas de repudiació (no voler heretar)

.

Presentada l'escriptura al Registre, la registradora emet una qualificació negativa, entenent que cal acta de notorietat relativa a l'existència o no de substituts (descendents de la renunciant) i/o la seva intervenció en la renúncia, d'acord amb l'article 82 del Reglament hipotecari, perquè considera que la clàusula testamentària s'ha d'interpretar segons la veritable voluntat del causant, més enllà de les paraules emprades, i que, en aquest cas, l'expressió «amb dret de representació» es refereix en realitat a una substitució vulgar, que opera en cas de premoriència, incapacitat o renúncia, llevat de voluntat expressa contrària del testador. La qualificació substitutòria confirma la negativa a inscriure.

El notari autoritzant interposa recurs governatiu al·legant que les paraules emprades en un testament notarial tenen un sentit jurídic tècnic i deliberat: el testador va ordenar una substitució vulgar per al cas de premoriència de la seva esposa i un «dret de representació» a favor dels descendents dels fills, institució pròpia del «no poder heretar» que no impedeix el dret d'acréixer entre cohereus quan un fill renuncia («no vol heretar»), d'acord amb l'article 462-1.1 CCC.

En el seu informe, la registradora rebutja l'aplicació de preceptes del Codi civil espanyol (art. 675, 1284 i 814.3 CC) que es mencionen en el recurs com a criteris interpretatius o d'integració, reiterant el caràcter tancat i autònom de l'ordenament successori català. I reconeix que hi ha un error material a la nota, que no va fer esment a l'article 155 de la Compilació de Dret civil de Catalunya, però sense que això generés indefensió perquè es citava l'equivalent al llibre cinquè del CCC, l'article 425-1. Es basa també en la Resolució de la DGDEJM JUS/4209/2023, de 27 de novembre,[26] i en la STSJC de 20 de gener de 1996.[27]

[26] DOGC núm. 9064, de 20.12.2023. Comentada a *InDret*, 1, 2024, p. 556-557. En aquella ocasió, es tractava d'una substitució vulgar establerta per al cas de premoriència, però, en no haver-se especificat que es reduïa la seva operativitat a aquesta causa, la DGDEJM la va estendre també als supòsits en què el primer designat no vulgui acceptar, àdhuc si es tracta d'un testament notarial. Es passava, doncs, per damunt de les paraules emprades, però era un cas diferent a aquest perquè no es va escollir expressament fer referència a dues institucions amb àmbits distints.

[27] RJ\1996\6248.

El dret aplicable per raó del temps queda establert, en el sentit de l'informe de la registradora, al fonament de dret primer, de conformitat amb la disposició transitòria segona de la Llei 10/2008, de 10 de juliol.

.

11.2. La interpretació de la voluntat del testador en l'àmbit registral

Una vegada més, l'òrgan resolutori es veu en la necessitat de dirimir una controvèrsia sorgida arran de la interpretació d'una clàusula testamentària. Com ja havia fet, entre altres, en les resolucions JUS/2014/2021, de 20 de juny,[28] i JUS/832/2021, de 23 de març,[29] la resolució recorda que la interpretació del testament es regeix per l'article 421-6 CCC, que prioritza la cerca de la «veritable voluntat del testador» sense subjectar-se necessàriament al sentit literal de les paraules (FD 2.1). No obstant això, la Direcció General també subratlla que en l'àmbit de la qualificació registral i del recurs governatiu, el testament és el document principal —i pràcticament exclusiu— per conèixer la voluntat del causant, a diferència del procediment judicial, on es poden admetre mitjans de prova extrínsecs. D'altra banda, la facultat interpretativa dels hereus decau quan es tracta d'una interpretació de part (FD 2.2).

.

Quan el testament és notarial, es parteix de què «el testador va comptar amb l'assessorament tècnic del notari autoritzant i les paraules emprades són i han de ser en el sentit jurídic genuí, i no podem apartar-nos de les paraules utilitzades en el testament o interpretar-les en un sentit o un altre. Per tant, no podem desconèixer que el testador va establir al seu testament una "substitució vulgar" i un "dret de representació", i va designar expressament les dues institucions amb la denominació específica» (FD 2-5).

.

11.3. Dret de representació i substitució vulgar en la successió testada

L'objecte del recurs consisteix a determinar si el que el testador ha anomenat «dret de representació» opera com una substitució vulgar, de manera que comprèn també els supòsits de renúncia (FD 3.1).

La Direcció General reitera la seva doctrina (recollida, especialment, a la Resolució JUS/735/2013, de 8 de març de 2013)[30] segons la qual el dret de representació i la substitució vulgar són institucions que persegueixen la mateixa finalitat (proporcionar un successor en defecte de l'inicialment cridat) i que entre totes dues hi ha algunes diferències essencials. Així, en el dret de representació l'hereu no arriba a ser-ho per no poder heretar, però no per no voler-ho, i els designats per substituir-lo són cridats per la llei pel fet de ser descendents del causant. En la substitució vulgar, en canvi, el substitut és cridat tant si l'instituït no pot com si no vol heretar, excepte que el testador hagi restringit expressament els supòsits, i els substituts són designats pel testador. Contràriament, «és una diferència de caràcter accidental que la substitució vulgar s'apliqui en la successió testada i el dret de representació en la intestada, ja que si és clar que la llei no pot recórrer a institucions que necessiten la voluntat particular precisament en supòsits en què aquesta manca, la voluntat particular sí que pot recórrer a institucions legals, llevat —com és obvi— que una norma imperativa ho prohibeixi. En aquest sentit, i atenent exclusivament

[28] DOGC núm. 8447,d'1.7.2021. Comentada a *InDret*, 4, 2021, p. 457-460.
[29] DOGC núm. 8378, de 31.3.2021. Comentada a *InDret*, 3, 2021, p. 298-302.
[30] DOGC núm. 6353, d'11.4.2013. Comentada a *InDret*, 4, 2013, p. 7-10.

aquest últim punt de vista, la distinció entre el dret de representació i la substitució vulgar pateix un excessiu nominalisme i, de fet, hi ha ordenaments jurídics que —com el dret navarrès: cf. Llei 309 de la seva Compilació— admeten el dret de representació en la successió testada i regulen així mateix en aquest àmbit la substitució vulgar. D'altra banda, i pel que fa al nostre propi dret, el preàmbul del Codi de successions (IV.c).7) anuncia com a novetat «la que introdueix el dret de representació en la successió testada en el supòsit d'institució genèrica de 'fills' o de la institució nominada i sense parts de tots els fills», que preveu l'article 144 del CS i que ara recull l'article 423-8 del CCC» (FD 3.3).

Partint d'aquestes premisses, considera possible que el testador en la successió voluntària pugui incloure un «dret de representació» com a mecanisme d'ordenació successòria. Escollir aquesta figura respondria, precisament, al desig del causant d'excloure la crida com a substituts dels descendents de qui repudia. Admet que el mateix resultat es podria aconseguir per mitjà d'una substitució vulgar restringida als casos en què l'hereu designat no pugui heretar, però això podria donar lloc a dubtes interpretatius perquè caldria la determinació dels substituts i la inoperativitat de l'acreixement i exigeix una previsió expressa del testador, que no cal si es recorre al dret de representació (FD 3.4).

En definitiva, conclou que quan el testador articula la clàusula combinant una substitució vulgar per a l'esposa i un dret de representació per als fills, no hi ha cap llacuna que justifiqui l'ampliació de la substitució al segon cas. Pretendre convertir el «dret de representació» ordenat pel testador en una «substitució vulgar tàcita» per via interpretativa suposaria vulnerar la voluntat clarament expressada pel causant. En conseqüència, no havent-hi substitució vulgar per al supòsit de no voler heretar la filla, quan renuncia, opera el dret d'acréixer a favor del seu germà. Per tant, s'estima el recurs i es revoca la nota de qualificació.

Tot i poder semblar literalista, en realitat la resolució aporta claredat i continuïtat en la interpretació d'aquest tipus de clàusules testamentàries, tot reforçant-se el valor de la redacció notarial del testament. Paral·lelament, es confirma la possibilitat d'emprar el «dret de representació» en la successió testada com un instrument diferenciat de la substitució vulgar, de manera que l'efecte de la repudiació d'un fill dona lloc al dret d'acréixer entre els cohereus immediats.

12. Resolució JUS/5033/2025, de 13 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9746, de 7.9.2026). Assignació de (l'anul·lat) número únic d'arrendaments de curta durada i prohibició estatutària de l'activitat d'allotjament turístic en propietat horitzontal

12.1. Introducció

Es va presentar petició d'assignació del número únic de registre d'arrendament de curta durada que establia el Reial decret 1312/2024, de 23 de desembre, ara anul·lat (vegeu, més amunt, el comentari a la Resolució JUS/5026/2025, apartat 7.2). A la petició s'hi van adjuntar amb posterioritat la comunicació prèvia d'inici de l'activitat a l'Ajuntament de 2012, el pagament de la taxa turística i el certificat d'inscripció al Registre de Turisme de Catalunya de 2013, així com un document de cessió de l'explotació i gestió de l'allotjament turístic signat l'any 2024.

El registrador va denegar l'assignació del número únic perquè al registre de la propietat hi consta inscrit que, des de març de 2020, es prohibeix taxativament la destinació de qualsevol departament a apartament d'ús turístic o similar i que cap propietari es va oposar a l'acord, per la qual cosa el pis de què es tractava no va quedar exempt de la limitació d'ús.

A la nota només es va ver referència al fet que es podia recórrer la decisió davant la DGSJFP de manera potestativa, en el termini d'un mes, o bé davant l'autoritat judicial en el termini de dos mesos. La recurrent va interposar el recurs davant la DGSJFP, però després el registrador el va elevar a la DGDEJM per considerar aquesta darrera era competent per a resoldre, tal i com afirmava en el seu informe.

El recurs es va basar principalment en la manca d'irretroactivitat de les lleis, en sentències del TS que la DGDEJM i el registrador afirmen que no són aplicables a Catalunya i en el fet que altres registres de la mateixa ciutat estaven concedint el número únic.

Rebudes fora de termini les al·legacions de la comunitat de propietaris, el registrador va defensar la qualificació fent referència a la Resolució JUS/167/2017, de 6 de febrer de 2017,[31] i basant-se també en què el propietari que ho era en adoptar-se l'acord només quedaria al marge de la prohibició si va ser dissident (és a dir, si es va oposar a l'acord) i si efectivament destinava l'habitatge a ús turístic en el moment de l'adopció de l'acord comunitari que el va prohibir. Va considerar que no n'hi havia prou amb tenir la llicència (s'entén que s'ha de referir també, si esqueia per la data, al règim de declaració prèvia), sinó que calia acreditar l'efectiva destinació a habitatge turístic.

12.2. La competència per a resoldre i les qüestions procedimentals

La competència per a resoldre de la Direcció General de la Generalitat de Catalunya es reforma, en el sentit vist en comentar la Resolució JUS/5026/2025 (i, amb posterioritat, però publicada abans, a la Resolució JUS/1751/2026, de 22.5.2026), en aquesta ocasió perquè la qualificació es basa en una norma de comunitat de propietaris que prohibeix l'activitat i, per a immobles situats a Catalunya, la regulació aplicable és el CCC (FD 1).

D'altra banda, remarca la DGDEJM que quan es notifica una qualificació sense fer-hi constar la possibilitat de recórrer davant d'ella en matèries de la seva competència, queda oberta a la persona interessada l'opció d'interposar el recurs més enllà del termini que marca la Llei, per incompliment del que estableix l'article 40 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (FD 2.2).

Novament en aquesta ocasió s'adverteix de la necessitat d'elevar l'expedient a l'òrgan resolutori el més aviat possible, encara que no hagin arribat les al·legacions de les persones interessades (FD 2.3).

12.3. Sobre la prohibició de l'activitat d'allotjament turístic autoritzada administrativament en règim de propietat horitzontal

[31] DOGC núm. 7308, de 14.2.2017. Comentada a *InDret*, 2,2017, p. 11-18.

Havent recordat que es poden adoptar acords de prohibició de certes activitats en els elements privatius (FD 3.1), la DGDEJM es fa ressò de la seva pròpia doctrina, recollida substancialment a la Resolució JUS/167/2017, que hauria seguit el criteri del TSJC. Aquesta tesi es resumeix en què: «a) L'acord que prohibeix l'activitat d'habitatge d'ús turístic és inscriptible si s'adopta amb una majoria del 80% o més de les quotes de propietat, encara que no compti amb el consentiment dels propietaris dels elements privatius que veuen limitades les facultats de destinar-los a habitatges d'ús turístic. b) L'acord, un cop inscrit, vincula tots els propietaris i els tercers adquirents. c) El propietari que no ha donat consentiment exprés a la limitació pot mantenir l'activitat mentre en sigui el titular i fins que, si és el cas, li caduqui la llicència d'activitat. d) Si en el moment que s'inscriu en el Registre la norma de limitació el propietari encara no exerceix l'activitat, es veurà privat d'exercir-la.» (FD 3.2).

Pel que fa a la irretroactivitat de la prohibició, la DGDEJM va considerar que els propietaris que havien obtingut llicència o havien fet la declaració responsable prèvia a l'inici de l'activitat abans de la inscripció de la modificació estatutària no es poden veure afectats, de manera que no se'ls podia privar de l'obtenció del número únic si s'hi van oposar i consta l'oposició al registre (requisit, aquest darrer, que sembla sumar-se als que s'acabaven de resumir), sens perjudici d'haver de complir, quan escaigui, amb el règim de llicències establert pel Decret llei 3/2023, de 7 de novembre (FD 3.3).

Fins aquí, semblaria que la resolució hauria de desestimar el recurs, atès que en el cas analitzat no hi havia hagut oposició a l'acord, però a continuació sembla que es canvia de parer. Així, es diu que «És cert que no es va oposar a l'acord, però aquesta no oposició no es pot interpretar com una renúncia a continuar exercint l'activitat per a la qual prèviament havia obtingut la llicència, ni consta a l'expedient que durant els cinc anys que han transcorregut des de la inscripció de l'acord la comunitat hagi instat el cessament de l'activitat ni hagi fet cap al·legació en aquest sentit. Tot i això, la manca d'oposició expressa el deixa en una posició claudicant. Sense perjudici de la vigència administrativa de la llicència, la comunitat pot instar civilment el propietari perquè cessi l'activitat.» (FD 3.4). Arribats a aquest punt, fa de mal dir si la DGDEJM considerava que la prohibició vinculava el propietari afectat o no i, per tant, si se li podia concedir el número únic o no. Sembla aclarir-se més endavant, quan, en el fonament de dret 4.4, després d'haver explicat quina és la finalitat de l'atorgament del número únic de registre d'arrendaments de curta durada, afirma que l'acord no afecta els titulars que, comptant amb l'habilitació administrativa per a realitzar l'activitat en el moment en què es va adoptar, s'hi van oposar. I és sobre aquesta base al final (la manca d'oposició) sobre la qual es basa la desestimació del recurs.

Cal tenir en compte que, en el moment d'iniciar-se l'activitat d'allotjament turístic, no només era possible dur-la a terme per mitjà de declaració responsable (sense que calgués, per tant, obtenir llicència, a diferència del que succeeix a partir de l'entrada en vigor del Decret 3/2023), sinó que tampoc un acord de la comunitat de propietaris prohibint els usos turístics hauria afectat els propietaris que no els haguessin consentit expressament, d'acord amb el que establia l'article 553-25.4 CCC en la seva redacció original i la interpretació que li havia anat donant la (llavors) Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques. Així, pel que feia a si l'exigència de consentiment exprés dels propietaris es referia als que en el moment de l'acord patissin un perjudici directe o bé si era aplicable també en cas de limitació potencial o de cara al futur de les facultats d'ús, la (llavors) DGDEJ acabava concloent que no podia distingir on el precepte no ho feia i que, vist a més que aquest ni tan sols exigia un perjudici, calia concloure que «la sola existència d'aquesta prohibició de la facultat d'ús com a apartament turístic ja és, en si, un

perjudici que demana, com a correlatiu, el consentiment exprés del propietari per a ser vàlid» (Resolució JUS/2410/2014, de 9 d'octubre de 2014; FD 2.4),[32] la qual cosa era coherent amb el criteri mantingut en la Resolució JUS/1631/2010, de 21 d'abril de 2010.[33] Seguidament, la DGDEJ es plantejava, en la primera de les resolucions citades, si l'article 553-25.4 CCC podria estar exigint el consentiment exprés només quan la limitació d'ús o gaudi recaigués sobre elements comuns i entenia que això seria plausible, però que la redacció del precepte era genèrica i, per tant, calia aplicar-lo també al supòsit en què es limitessin de manera general les facultats relatives a la totalitat dels elements privatius, com succeïa en el cas objecte del recurs (FD 2.6).[34] Aquesta doctrina va canviar amb l'aprovació de la nova redacció de l'article 553-25.4 CCC l'any 2015, tal i com s'ha anat recordant. Segurament cal entendre, efectivament, segons la disposició final, apartat 2, de la Llei 5/2015, del 13 de maig, que el fet de portar més o menys temps exercint una determinada activitat no treu que s'apliqui als nous acords el règim jurídic establert en la reforma esmentada, i amb ell, la interpretació donada per la jurisprudència i en la resolució de recursos governatius.

13. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Gestió Adequada de Conflictes (o, si esqueia, Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques o Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació)», *InDret*, 4, 2012, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/932.cat.pdf.pdf; *InDret*, 4, 2013, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/1010_cat.pdf; *InDret*, 3, 2014, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/1066_cat.pdf; *InDret*, 2, 2015, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/1136_cat.pdf; *InDret*, 3, 2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1240.pdf; *InDret*, 2, 2017, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/1297.pdf; *InDret*, 1, 2018, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1397.pdf; *InDret*, 1, 2020, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1517-2.pdf; *InDret*, 3, 2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/07/1641.pdf; *InDret*, 4, 2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1676.pdf; *InDret*, 1, 2024, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2024/01/1836.pdf; *InDret*, 2, 2024, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2024/04/1857.pdf; *InDret*, 3, 2026, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2026/07/2040.pdf

MARSAL GUILLAMET; Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques», InDret, 4, 2007, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/10/486_cat.pdf; *InDret*, 3, 2008, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2008/07/563_ca.pdf;*InDret*, 2, 2010, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/735_cat.pdf; *InDret*, 3, 2010, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/755_cat.pdf

[32] DOGC núm. 6742, de 4.11.2014. Comentada a *InDret*, 2, 2015, p. 16-20.
[33] DOGC núm. DOGC núm. 5637, de 27.5.2010. Comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret*, 3, 2010.
[34] En sentit semblant, Resolució JUS/2299/2013, de 28 d'octubre (DOGC núm. 6498, d'11.11.2013; comentada a *InDret*, 3, 2014, p. 9-11).

InDret
4.2026

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

Secreto profesional, *work product* y preparación de la defensa en la era de la inteligencia artificial. Comentario a la resolución de la Corte Distrital del Sur de Nueva York de 17 de febrero de 2026 (*United States v. Heppner*), por Ignacio CASTILLO VAL y Samuel MALAMUD HERRERA.

El corte de suministros y la violencia en las coacciones. Comentario a la STS 426/2026, de 24 de junio, por Lorena RAMÍREZ LUDEÑA.

Estado de necesidad y tráfico de órganos. Comentario a la STS 428/2026, de 24 de junio, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

El *efecto desaliento* como causa de exención o atenuación de la pena. De nuevo sobre el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en torno al caso «Aturem el Parlament». Comentario a la STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026 (*Molina Marín y otros c. España*), por Francisco FERNÁNDEZ PERALES.

-

[*] 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.

InDret
4.2026

Secreto profesional, *work product* y preparación de la defensa en la era de la inteligencia artificial

Comentario a la resolución de la Corte Distrital del Sur de Nueva York de 17 de febrero de 2026 (United States v. Heppner)

Ignacio Castillo Val
Director de la Unidad Especializada de Crimen Organizado y Drogas del Ministerio Público de Chile
ignacio.castillo.val@gmail.com

Samuel Malamud Herrera
Abogado asesor de la Unidad Especializada de Crimen Organizado y Drogas del Ministerio Público de Chile
smalamud@gmail.com

-

1. Introducción

¿Puede el secreto profesional (cliente-abogado) o la doctrina del *work product* extender su protección a los documentos generados a partir de las interacciones entre un usuario y una plataforma de inteligencia artificial (IA)? Un fallo reciente de un juez de la Corte Distrital del Sur de Nueva York descartó que esas interacciones quedasen amparadas por alguna de estas formas de protección.

La actualidad de esta discusión y los argumentos empleados por el tribunal para resolverla han despertado un comprensible interés entre académicos y profesionales. En este trabajo se examinan los principales fundamentos del fallo y se analiza cómo un caso de características similares podría resolverse conforme a la legislación chilena. A partir de esa comparación, se propone distinguir la función que la IA desempeña en cada supuesto: como interlocutor autónomo, como herramienta utilizada bajo dirección letrada o como medio de comunicación entre el abogado y su cliente.

2. Descripción del caso

En el contexto de una investigación penal seguida por los delitos de fraude en el mercado de valores y fraudes electrónicos, conspiración para cometer tales delitos, declaraciones falsas a auditores financieros y falsificación de documentos corporativos, el acusado B. Heppner fue detenido el 4 de noviembre de 2025. Durante su detención, el FBI ejecutó una orden de

allanamiento, en cuya ejecución fueron incautados diversos documentos y dispositivos electrónicos[1].

El abogado de Heppner, después de la detención, le representó a la Fiscalía (*Department of Justice*, DoJ) que, entre los materiales incautados, había aproximadamente 31 documentos digitales, que contenían interacciones (*chats* y elementos descargables) entre Heppner y la plataforma de inteligencia artificial *Claude*, operada por la empresa privada *Anthropic*[2].

Según el abogado de Heppner, los documentos representan comunicaciones entre Heppner y Claude que tuvieron lugar en 2025, después de éste recibiera una citación de un gran jurado y una vez que quedó claro que era imputado en la investigación. Heppner estaba al tanto de la investigación antes de su detención, ya que había sido sometido a actos de una indagatoria preliminar y utilizó la plataforma de IA —de manera independiente, sin la solicitud, sugerencia o requerimiento de su abogado— con el propósito de preparar informes en los que se esbozaran estrategias de defensa y posibles argumentos, anticipándose a los cargos que probablemente le iban a ser atribuidos.

La defensa alegó que su cliente utilizó la plataforma de IA como medio de defensa para preparar una serie de informes ante una inminente imputación formal (*indictment*) y que, por tanto, esos documentos generados por IA estaban amparados por el secreto profesional (*attorney-client privilege*) y protegidos por la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*). Además, la defensa sostuvo que Heppner había introducido en la plataforma de IA, entre otras cosas, información que había obtenido de su abogado; que el acusado había creado los documentos de IA para preparar la entrevista con su abogado; y que Heppner había compartido posteriormente el contenido de estos documentos con él. De conformidad con una «estipulación del protocolo sobre privilegios», la Fiscalía y el abogado defensor acordaron que el órgano de persecución penal separaría los documentos de IA y no los examinaría en tanto se resolvieran las alegaciones sobre privilegio. En oposición, la fiscalía presentó una moción solicitando al tribunal que desestimara la pretensión de la defensa, y sostuvo la legitimidad del acceso estatal a estos documentos.

El 10 de febrero de 2026, en una audiencia preliminar, las partes expusieron sus argumentos y el 17 de febrero el Juez de Distrito Jed S. Rakoff dio a conocer su decisión con sus fundamentos (*memorandum*), dando lugar a la moción del persecutor[3]. El magistrado de la Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró que las interacciones que Heppner mantuvo con una plataforma de IA no estaban protegidas frente a la inspección estatal[4].

[1] 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.

[2] *United States v. Heppner* (2026), No. 25-cr-00503-JSR (S.D.N.Y.).

[3] *Claude* es un asistente de inteligencia artificial generativa avanzado desarrollado por la empresa Anthropic. Se basa en grandes modelos de lenguaje (LLMs). Dentro de la variada oferta de plataformas de IA, Claude destaca en el razonamiento complejo, el análisis de documentos extensos y la programación.

[4] El mismo 10 de febrero, como se lee en el *memorandum*, el juez anunció verbalmente su decisión que luego fundamentó en su resolución.

3. Los argumentos del Juez Rakoff

En acápites sucesivos, la resolución descartó la aplicación del privilegio de secreto profesional y de la doctrina del producto del trabajo a los documentos generados por la plataforma de IA.

En lo que respecta a la reserva profesional[5], el juez destaca que esta opera como una excepción al principio general de que «toda prueba relevante es esencial»[6] y que, en base a la formulación jurisprudencial, protege frente a la divulgación de comunicaciones, siempre que concurran tres elementos: (1) que se trate de comunicaciones entre un cliente y su abogado; (2) que tales comunicaciones hayan estado destinadas a mantenerse bajo reserva, y que, de hecho, así haya sido; y (3) que el propósito de las mismas haya sido el obtener o prestar asesoría jurídica[7].

Con este marco, el juez concluye que los documentos que fueron generados por la plataforma de IA no satisfacen dos —si es que no los tres— de estos elementos. El propio juez, sin embargo, no otorga igual peso a los tres extremos: descarta sin matices los dos primeros, pero califica el tercero —si Heppner buscaba obtener asesoría legal de Claude— como «*perhaps… a closer call*», antes de resolver en su contra de todos modos. Esa asimetría es relevante para los escenarios hipotéticos que se examinan más adelante (*infra*, 4)[8].

En primer término, el juez descarta la existencia de una relación cliente-abogado, dado que no puede analogarse una interacción entre un usuario y una plataforma de este tipo con la relación de confianza que se crea con otro humano, especialmente si se trata de una relación con un profesional colegiado que tiene deberes fiduciarios y está sujeto a responsabilidad disciplinaria[9]. En consecuencia —y citando precedentes judiciales— si la discusión de cuestiones jurídicas entre dos personas que no son abogados no queda cubierta por el privilegio, en este caso, tampoco debiera ser aplicable la reserva. El juez, conforme se aprecia en su decisión, es consciente de que alguna doctrina ha sostenido que, si Claude es o no un abogado resulta irrelevante, porque las interacciones de un usuario en la IA, más que constituir comunicaciones, se asemejan al uso de otros programas informáticos basados en internet, como las aplicaciones de procesamiento de texto en la nube. Sin embargo, si se sigue el argumento del juez, el uso de tales aplicaciones no está intrínsecamente protegido y el argumento de que Claude es como cualquier otro tipo de software más bien va en contra de la

[5] *United States v. Heppner*, Memorandum, United States District Court for the Southern District of New York, 2026, Case No. 25-cr-00503-JSR [Disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/71872024/27/united-states-v-heppner/].

[6] Tanto en los sistemas del *common law* como en los de tradición continental, existe un consenso bastante asentado en torno a que las comunicaciones entre imputados (o, en general, personas que creen que pueden llegar a serlo) y sus abogados están amparadas por un régimen estricto de confidencialidad. En este marco, el privilegio abogado-cliente faculta al defensor para abstenerse de revelar cualquier información proporcionada por su representado. Esta protección no es meramente formal: cumple una función estructural en el proceso penal y resulta ser un mecanismo de protección de la profesión. Sin una garantía robusta de confidencialidad, los imputados difícilmente compartirían con sus abogados información sensible —incluso potencialmente auto incriminatoria— que resulta indispensable para una defensa adecuada. En consecuencia, el derecho a contar con asesoría letrada se vería sustancialmente debilitado. De ahí que el privilegio y el deber de confidencialidad se encuentren íntimamente vinculados con la garantía de una defensa efectiva y, en última instancia, con el derecho a un juicio justo.

[7] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 5.

[8] En la sentencia *United States v. Mejia*, No. 10-2724 (2d Cir. 2011), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. fijó el *dictum* con el cual se verifica el privilegio entre el abogado y su cliente.

[9] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*This issue perhaps presents a closer call*»).

invocación del privilegio, ya que todos los «privilegios reconocidos» requieren, entre otras cosas, «una relación humana de confianza», como ocurre, en el contexto abogado-cliente, con una relación «con un profesional autorizado que tiene deberes fiduciarios y está sujeto a disciplina»[10]. No existe —parece decir el juez, ni podría existir— una relación de ese tipo entre un usuario de IA y una plataforma como Claude.

El argumento del juez, sin embargo, no está exento de un problema de método: define el privilegio por su genealogía —siempre ha supuesto un vínculo humano de confianza— para concluir, casi por definición, que no puede extenderse a una herramienta que carece de esa cualidad, sin detenerse a evaluar si la analogía funcional entre la IA y otras aplicaciones de software (Google Docs, procesadores de texto en la nube) apunta en una dirección distinta: no a que Claude sea parte de una relación de confianza, sino a que pueda operar como canal a través del cual transita una comunicación entre el imputado y su abogado. Esta distinción —entre la IA como destinataria de la comunicación y la IA como medio o canal de una comunicación entre humanos— es, según se sostendrá más adelante (*infra*, 4), la que permite mostrar que la naturaleza no humana de la herramienta, por sí sola, no resuelve todos los escenarios posibles: ya que la relevancia jurídica dependerá de la función concreta que ésta desempeñe.

Segundo, la Corte descartó que las conversaciones almacenadas en la plataforma deban ser consideradas confidenciales. A criterio del juez, esto no deriva exclusivamente del hecho de que se trate de interacciones efectuadas con una plataforma controlada por terceros, sino que, particularmente, por la política de privacidad de tal plataforma de IA, suscrita voluntariamente por el acusado, que, entre otros aspectos, establece que la empresa (Anthropic) recopila tanto los datos ingresados por los usuarios (*inputs*), como las respuestas de la plataforma (*outputs*); que utiliza dichos datos para entrenar la IA generativa Claude y que Anthropic se reserva el derecho a revelar dichos datos a una serie de terceros, incluidas las autoridades reguladoras gubernamentales. En consecuencia, Heppner no podía albergar una expectativa razonable de que estas comunicaciones fuesen confidenciales[11].

Con todo, este segundo argumento merece un examen más detenido. La política de privacidad invocada por el tribunal no es sustancialmente distinta de las cláusulas que rigen servicios de correo electrónico o de almacenamiento en la nube (Gmail, Google Drive, iCloud), que también contemplan la entrega de datos a terceros ante un requerimiento legal válido, y que sin embargo no se ha entendido, hasta ahora, que destruyan por sí solas el privilegio de comunicaciones abogado-cliente cursadas por esos medios. Llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento del juez arriesga probar demasiado, a menos que se identifique con precisión qué distingue, en materia de confidencialidad, a una plataforma de IA que retiene y reutiliza los inputs de sus usuarios para entrenamiento de un proveedor de correo o de almacenamiento que simplemente aloja la información sin ese uso adicional. La respuesta, según se verá (*infra*, 4), pasa por la configuración concreta de cada herramienta —reglas de reutilización, plazos de retención, posibilidad de acceso de terceros— y no por la etiqueta «inteligencia artificial».

Tercero, a juicio del tribunal las comunicaciones del acusado no tuvieron por propósito obtener una asesoría jurídica. Si bien el propósito declarado de Heppner, al recurrir a la plataforma de

[10] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7, citando *In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig*., 802 F. Supp. 3d 688, 699 (S.D.N.Y. 2025).

[11] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 5-6.

IA, fue preparar una conversación posterior con su abogado, el juez indica que esta decisión no obedeció a una indicación de su abogado, sino que fue una decisión propia del acusado, por ende, «lo que importa a efectos del secreto profesional es si Heppner tenía la intención de obtener asesoramiento jurídico de Claude, y no si posteriormente compartió la información obtenida de Claude con su abogado». Para sostener esta conclusión, el tribunal subraya que es la propia plataforma la que advierte a los usuarios: «no soy abogado y no puedo ofrecer asesoramiento jurídico formal ni recomendaciones», y, seguido, recomienda a los usuarios: «debería consultar con un abogado cualificado que pueda evaluar adecuadamente sus circunstancias específicas»[12].

Conviene dejar constancia, además, de un argumento adicional del tribunal, distinto del test de los tres elementos, que no debe pasarse por alto. Aun si se asumiera —como sugirió la defensa — que parte de la información que Heppner introdujo en Claude provenía originalmente de su abogado y era, en ese sentido, privilegiada, el juez sostuvo que Heppner renunció a dicha protección al compartirla con una plataforma operada por un tercero, exactamente «como si la hubiese compartido con cualquier otro tercero», y ello con mayor razón atendida la política de privacidad de Anthropic ya examinada. Se trata de un argumento de renuncia (*waiver*), autónomo y acumulativo respecto del test de los tres elementos, que cierra cualquier posible vía de entrada de información originalmente privilegiada por la vía de sostener que fue «procesado» por la IA antes de llegar, o no, al abogado[13].

A diferencia de la reserva cliente-abogado, que protege comunicaciones, la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*) —cuyo caso fundacional en el derecho federal norteamericano es *Hickman v. Taylor*[14]— protege ciertos materiales preparados por abogados (y sus equipos) o a instancias de éste, en anticipación de un litigio o un juicio[15].

Aunque la información que un abogado obtiene directamente de un cliente es, en sentido amplio, «producto del trabajo», esta doctrina abarca mucho más que el secreto profesional entre abogado y cliente: el producto del trabajo incluye la información que el abogado obtiene de personas distintas del cliente. En su formulación, las Cortes norteamericanas han considerado que abarca: recuerdos personales del abogado, los memorandos, las notas manuscritas, los dictámenes jurídicos y la estrategia procesal, y solo puede ser objeto de divulgación en casos muy excepcionales[16].

---

[12] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7.

[13] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 7-8.

[14] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 8, n.3: aun asumiendo que parte de la información volcada por Heppner en Claude proviniera originalmente de su abogado, el tribunal consideró que Heppner renunció a cualquier privilegio sobre ella («*just as if he had shared it with any other third party*»), dada además la política de privacidad de Anthropic.

[15] *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), caso fundacional de la doctrina del *work product* en el derecho federal norteamericano, citado indirectamente en el memorando a través de *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194, 1196 (2d Cir. 1998) (citando, a su vez, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. en 510-11).

[16] En perspectiva comparada, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el deber de confidencialidad del abogado no se limita únicamente a la información que recibe de su cliente (y de terceros) en un contexto estrictamente confidencial —esto es, sin la presencia de terceros ajenos al equipo de defensa—, sino que se extiende al conjunto de antecedentes, hechos y datos a los que accede en virtud de su labor como abogado. Este ámbito comprende también lo que en el derecho estadounidense se denomina *work product*, es decir, el material generado por el propio abogado en el ejercicio de la defensa. Dicho concepto abarca, en términos generales, el contenido del expediente profesional del abogado en relación con el caso, incluyendo entrevistas, declaraciones, minutas, correspondencia, escritos judiciales, así como sus reflexiones y apreciaciones personales plasmadas por

En sus alegatos, el abogado de Heppner argumentó la afectación a la doctrina del *producto del trabajo* en base a dos consideraciones. Primero, se asiló en la Regla Federal de Procedimiento Penal 16(b)(2)(A), que dispone que, cuando la Fiscalía proporciona al imputado descubrimiento previo al juicio, el imputado queda entonces obligado a satisfacer las solicitudes de descubrimiento del ente persecutor, pero que dicha obligación no se extiende al descubrimiento o inspección de informes, memorandos u otros documentos elaborados por el imputado, o por su abogado o agente, durante la investigación o la defensa del caso. Sin embargo, en este caso, los documentos de IA fueron incautados a Heppner, al momento de su detención, en virtud de una orden de registro cuya validez no fue cuestionada por su abogado. De hecho, la Fiscalía no los solicitó, ni Heppner los entregó, en el marco del descubrimiento previo al juicio, es decir, no fue un caso de *discovery* sino de incautación compulsiva.

Como segundo argumento, la defensa invocó el precedente *Shih v. Petal Card, Inc.* En ese caso, un juez —de su mismo distrito— permitió a la demandante retener ciertas comunicaciones que había mantenido con una persona que en ese momento era su abogado y que posteriormente se convirtió en su esposo, las cuales habían sido preparadas en anticipación de un litigio o para el juicio. El tribunal sostuvo que la doctrina del *work product* protegía dichas comunicaciones «independientemente de si (el abogado/esposo) actuaba como su abogado en ese momento, y sin necesidad de demostrar que otro abogado 'dirigió el trabajo'.»[17] El juez Rakoff, sin embargo, rechazó ese razonamiento, especialmente porque ellos contradecían la fundamentación histórica de la doctrina del producto de trabajo que aplica únicamente en la relación cliente/abogado.

En definitiva, el tribunal rechazó la aplicación de esta excepción asilándose en consideraciones muy similares a las ya expuestas respecto al privilegio abogado-cliente[18]. Señaló que, por más que los documentos generados por la plataforma de IA hayan sido creados en anticipación de un eventual juicio, en ningún caso fueron elaborados por un abogado, ni reflejaron la estrategia de defensa de un abogado[19]. En palabras del juez: «dado que los documentos de IA no se elaboraron a instancias de los abogados y no revelaban la estrategia de estos, no merecen protección como material de trabajo»[20].

La exigencia de una intervención letrada no es, sin embargo, pacífica, especialmente fuera del contexto penal examinado en Heppner. En *Warner v. Gilbarco, Inc.*, un litigio civil resuelto precisamente el mismo día en que se anunció oralmente la decisión en *Heppner*, la Corte del

escrito. Tradicionalmente, en Estados Unidos este tipo de información no debía ser revelada al fiscal en el marco del *pretrial discovery*; sin embargo, en tiempos más recientes, la protección asociada al *work product* ha experimentado ciertas limitaciones y restricciones. Sobre esta doctrina judicial véase ANDERSON/CADIEUX/HAYS/HINGERTY, «Work Product Doctrine», *Cornell Law Review*, (68), 1983, pp. 762-881.

[17] COHN, «The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege», *The Georgetown Law Journal*, (71), 1984, pp. 922-924.

[18] *Shih v. Petal Card, Inc.* (2021), No. 18 Civ. 5495 (JFK) (S.D. N.Y.).

[19] Conviene, con todo, distinguir dos cuestiones analíticamente diferentes: una es determinar si un documento adquiere originariamente protección por haber sido elaborado para preparar la defensa o un litigio; otra es establecer si esa protección se pierde posteriormente como consecuencia de su divulgación a un tercero o de las condiciones tecnológicas bajo las cuales fue procesado. En *Heppner*, si bien el tribunal efectúa la distinción, parece asignar un peso excesivo a la potencial pérdida de confidencialidad de la información, por su tratamiento digital.

[20] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 9-10.

Distrito Este de Michigan le reconoció a una litigante *pro se*[21] la protección bajo la doctrina del *work product,* respecto de materiales vinculados a su utilización de ChatGPT. Con todo, existe un contexto distinto y diferencias relevantes respecto del caso *Heppner*. En particular, en *Warner* la discusión recae en un proceso civil, el reclamante se representaba a sí mismo (*pro se*) y la evidencia no fue obtenida mediante una orden de registro, sino que como fruto de un descubrimiento de prueba (*discovery*). En ese contexto, el tribunal entendió que los materiales reflejaban el análisis interno e impresiones mentales de la actora, reformulados mediante una herramienta informática, y rechazó además que el solo uso de una IA implicara renuncia a dicha protección[22]. En el caso *Heppner*, como ya se ha dicho, la decisión del juez recayó en un asunto penal, donde había una relación de cliente-abogado y donde el material se incautó precisamente de un allanamiento judicialmente a la casa del imputado.

4. Análisis de la resolución y perspectiva chilena

La atención que ha suscitado esta decisión, proveniente de una Corte Distrital, no radica en su capacidad para producir efectos vinculantes de alcance general, sino en la actualidad y proyección del problema que aborda. A medida que las herramientas de inteligencia artificial generativa se integran con creciente naturalidad en la vida jurídica, los tribunales —incluidos los de nuestro país— se verán inexorablemente enfrentados a dilemas tan complejos y desafiantes como el abordado por el juez Rakoff.

Algunos pasajes de la resolución muestran que nos encontramos todavía ante un debate incipiente y que queda mucho por decir al respecto. El propio razonamiento del fallo permite advertir varios escenarios alternativos. ¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el acusado hubiese consultado a una plataforma de inteligencia artificial por indicación de su abogado? El juez responde, en términos condicionales, que en tal caso Claude «podría decirse que funcionó de un modo análogo al de un profesional altamente capacitado que puede actuar como agente del abogado dentro de la protección del privilegio abogado-cliente», apoyándose en la doctrina del agente reconocida en *United States v. Adlman* y, en último término, en *United States v. Kovel* —el caso seminal que extiende el privilegio a agentes no letrados (contadores, intérpretes) que asisten al abogado en su labor—[23]. ¿No cabría sostener, entonces, la existencia de un propósito de obtener asesoría legal, precisamente por la vía de esa doctrina del agente? Y si, además, la política de privacidad de la plataforma resguardara el acceso de terceros a la consulta, ¿no podría afirmarse la concurrencia de una expectativa razonable de confidencialidad en dichas comunicaciones?[24]

[21] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 12.

[22] Del latín *pro se*, «por sí mismo».

[23] *Warner v. Gilbarco, Inc*., No. 2:24-cv-12333-GAD-APP, 2026 WL 373043 (E.D. Mich., Feb. 10, 2026). Aplicando la Fed. R. Civ. P. 26(b)(3), el tribunal recordó que un litigante *pro se* puede invocar la *work-product protection* respecto de materiales preparados en anticipación del litigio. La resolución distingue además el régimen de renuncia del *work product* del correspondiente al *attorney-client privilege*: respecto del primero, la divulgación debe realizarse frente a un adversario o de modo tal que incremente sustancialmente la probabilidad de que la información llegue a éste. El tribunal caracterizó las herramientas de IA generativa como «*tools, not persons*» y rechazó que su utilización, por sí sola, produjera *waiver*.

[24] *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1498-99 (2d Cir. 1995) (citando *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)); *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*Had counsel directed Heppner to use Claude, Claude might arguably be said to have functioned in a manner akin to a highly trained professional who may act as a lawyer's agent within the protection of the attorney-client privilege*»).

La confidencialidad tampoco debería depender exclusivamente de la etiqueta *IA* ni del tenor aislado de una cláusula contractual. Resultan relevantes las condiciones concretas de utilización de la herramienta: si los datos son empleados para entrenamiento, durante cuánto tiempo son conservados, quién puede acceder a ellos, qué posibilidades de divulgación existen y qué medidas técnicas o contractuales adoptó el usuario para preservar su reserva. Las condiciones de servicio constituyen un antecedente particularmente importante, pero no necesariamente agotan el análisis.

Sobre esta base, resulta oportuno trasladar el análisis a nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, al régimen del secreto profesional de los abogados.

Por claridad conceptual, conviene comenzar por distinguir dos nociones que tienden a confundirse: el deber de confidencialidad y el secreto profesional. El deber de confidencialidad consiste en una obligación, de fuente contractual —sin negar con esto sus dimensiones de obligación legal y deontológica— que impone al abogado el deber de reserva respecto de toda la información que haya adquirido del cliente en el desempeño de su rol como abogado. Por su parte, el secreto profesional opera, en el plano procesal, como una inmunidad o privilegio que hace efectivo ese deber de confidencialidad y faculta al abogado para resistir determinados requerimientos estatales de información en un proceso jurisdiccional o administrativo[25]. El deber de confidencialidad actúa como presupuesto del secreto profesional, y este último como norma instrumental que permite su resguardo ante requerimientos de información estatal.

En el sistema norteamericano esta distinción se ve también reflejada en la consideración del deber ético-profesional de confidencialidad y el privilegio de la relación abogado-cliente; deber de confidencialidad y secreto profesional, respectivamente[26].

Dado que el caso comentado involucra la eventual aplicación del privilegio abogado-cliente, el paralelismo en Chile corresponderá al secreto profesional, instituto que reconoce varias manifestaciones en el proceso penal: la prohibición de interceptación de comunicaciones entre el imputado y su abogado (artículo 222 del Código Procesal Penal [en adelante, CPP]), la prohibición de incautar comunicaciones entre el imputado y su abogado (artículo 220 del Código Procesal Penal) y la facultad de abstenerse a declarar por deber de confidencialidad asociado a funciones, estado o profesiones, entre ellos la de abogado (artículo 303 del Código Procesal Penal)[27].

Con fuerte anclaje en principios procesales como los de contradicción y de igualdad de armas entre las partes[28], el fundamento del secreto profesional se encuentra muy bien explicado en uno de los *leading cases* del sistema norteamericano, el precedente *Upjohn Co. v. United States*:

[25] Complementando este último punto, para evaluar una razonable expectativa de confidencialidad, parece relevante atender a las características concretas de la herramienta tecnológica, es decir, a las reglas de reutilización de los datos, los plazos de retención, las posibilidades de acceso por terceros y las salvaguardias contractuales o técnicas. La confidencialidad, por tanto, no debería depender de la etiqueta «IA», sino de la configuración y condiciones efectivas de uso del sistema. Así, PERLIN, «Client Confidentiality and Generative AI», *Harvard Journal of Law & Technology*, (40), 2027 (en prensa), pp. 52-54.

[26] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, «Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, (48-1), 2021, pp. 133-150.

[27] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 2011, p. 248.

[28] Restricción similar a la contenida en el artículo 416.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal española.

«su objetivo es fomentar una comunicación plena y sincera entre los abogados y sus clientes y, de este modo, promover el interés público general en el cumplimiento de la ley y la administración de justicia»[29].

Para facilitar el cumplimiento de las normas y el funcionamiento de la administración de justicia bajo estándares de debido proceso, el ordenamiento reconoce al abogado un rol institucional particular. La protección que brinda el secreto profesional resulta indispensable para que ese rol pueda desempeñarse adecuadamente y para asegurar un flujo franco de información entre abogado y cliente. En otras palabras, el abogado «no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas»[30].

A esto cabría agregar, en el ámbito de la litigación, que el secreto profesional indirectamente se vincula con el resguardo de la garantía del *nemo tenetur* y el ejercicio material de la defensa, dado que no tendría sentido salvaguardar estas garantías si un abogado estuviera obligado a declarar sobre todo lo que le refirió su representado y su estrategia de defensa[31].

En la doctrina española se ha insistido, en términos concordantes, en que el secreto profesional no constituye un privilegio personal del abogado, sino una garantía del cliente vinculada tanto al correcto ejercicio del derecho de defensa como a la protección de su intimidad[32]. La legislación española reciente refuerza esa aproximación al configurar expresamente la confidencialidad de las comunicaciones y la inviolabilidad de los documentos relacionados con la defensa[33].

Por su parte, si bien la doctrina del producto del trabajo no encuentra una consagración expresa en nuestro sistema legal, ni aparece reflejado como un tema frecuente en nuestra jurisprudencia, algunos autores la entienden incluida en la garantía constitucional a la defensa jurídica (artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) y, dentro del proceso civil, mediante el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil[34]. Respecto del Código Procesal Penal esta doctrina, parece analogable a las restricciones contenidas en el artículo 220 del CPP, en especial en el inciso 1° (literales b y c) y en el inciso 2°.

Desde el plano del derecho probatorio, tanto el secreto profesional como la doctrina del *work product*, pueden ser consideradas como reglas no epistémicas, en la medida que buscan

[29] CORTÉS BECHIARELLI, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (21), 2003, p. 161.

[30] *Upjohn Co. v. United States* (1981), 449 U.S. 383, 389. Antes ya se había pronunciado la Corte en *Fisher v. United States* (1976), 425 U.S. 391, 403; también en *Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1, 15-16, aunque en este caso destacando los beneficios públicos de reconocer el mismo privilegio de los abogados a la relación paciente-psicólogo (lo mismo que se puede extender al secreto confesional en el ámbito de la religión).

[31] MATURANA MIQUEL/MONTERO LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 138.

[32] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 143.

[33] MONTERDE GARCÍA, «Reflexión sobre la evolución histórica del principio de secreto profesional del abogado: el caso español», *Revista de Derecho UNED*, (31), 2023, p. 248; GUERRERO PALOMARES, «Secreto profesional y confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en la Unión Europea. La necesidad de estándares mínimos», *Revista General de Derecho Procesal*, (69), 2026, pp. 3-5.

[34] Recientemente ha sido consagrado en esos términos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

preservar valores procesales que se estiman de tal relevancia que justifican incluso el sacrificio del fin principal del proceso: la averiguación de la verdad[35].

Ahora bien, volviendo al asunto que parece relevante: ¿cómo podría resolverse una controversia semejante? ¿Podrían las policías y el Ministerio Público acceder a estas interacciones y documentos entre un imputado y la plataforma de IA existiendo la respectiva orden judicial de registro e incautación?

Echando mano a las normas disponibles de nuestro ordenamiento procesal penal, cabe descartar de plano la aplicación del artículo 303, puesto que lo que está en juego no es el forzamiento de la declaración del abogado defensor, ni siquiera que éste entregue documentación que se encuentra en su poder. El artículo 222 no parece tampoco idóneo para resolver el presente caso dado que el acceso a la información no se logra mediante la interceptación de una comunicación, sino más bien mediante la incautación de evidencia digital.

Por ello, es la protección que brinda el artículo 220 la que merece un análisis más detenido.

Antes de avanzar, conviene advertir una dificultad derivada de la propia estructura del artículo 220. Aunque el imputado tiene derecho a guardar silencio, la expresión «personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración» parece referirse en esta disposición a terceros facultados para abstenerse de declarar como testigos —particularmente aquellos contemplados en los artículos 302 y 303— y no al propio imputado. Así lo sugiere tanto la estructura interna del precepto como el artículo 217, que distingue expresamente la incautación de objetos y documentos según se encuentren en poder del imputado o de personas distintas de éste. De seguirse esta interpretación, los materiales preparatorios que permanezcan exclusivamente en poder del imputado no quedarían amparados, al menos de manera directa, por la prohibición de incautación del artículo 220.

Esta interpretación se ve reforzada además por el hecho de que el artículo 220 del Código Procesal Penal concibe la protección respecto de «comunicaciones» y «notas sobre comunicaciones», siempre haciendo referencia a una cadena de comunicación que parte en el imputado y tiene por destinatario a terceras personas. En este sentido, la norma parece tener por propósito el abarcar supuestos en que exclusivamente exista un intercambio de información entre el imputado y un tercero legalmente reconocido, lo que podría resultar en la negación de su aplicación en aquellos casos en que la defensa es ejercida por el propio imputado (*pro se*), esto implicaría eventualmente, a su vez, entrar en colisión con la garantía constitucional del derecho a la defensa penal[36].

[35] Véase ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 140.

[36] TARUFFO y en términos concordantes, GASCÓN ABELLÁN, sostienen que el secreto profesional no constituye propiamente una regla contra-epistémica, sino más bien una norma de carácter no epistémica —en el caso de TARUFFO— y derechamente política —en el caso de GASCÓN ABELLÁN—: esto es, una regla que, al igual que otras propias de los ordenamientos procesales orientadas a la tutela de garantías, no persigue directamente la averiguación de la verdad, aunque puede implicar la exclusión de prueba relevante o incluso la imposibilidad de acreditar hechos decisivos en juicio. En esta línea, TARUFFO incluye dentro de estas categorías figuras como los *privileges*, *immunities* y ciertas reglas de protección de la *privacy* del sistema anglosajón, tratándolas como limitaciones derivadas de la necesidad de resguardar valores distintos de la función cognoscitiva del proceso: TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, p. 167; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., 2010, p. 109.

La norma además parece ser bastante restringida en términos de limitar el alcance de esta protección a espacios concretos en los que estos documentos o evidencia puedan encontrarse (oficinas o establecimientos en los cuales ejerzan sus funciones las personas no obligadas a declarar). Desde luego que es razonable la protección de los despachos u oficinas en los que estas personas ejercen sus funciones, pero limitar la protección a dicho ámbito físico implica desatender otras circunstancias en las que parece razonable aplicar la misma regla, especialmente si se trata de información o documentos que puedan encontrarse alojados en un espacio digital deslocalizado[37].

Dejando de lado estas limitaciones del artículo 220 y retomando la probable solución de un caso como Heppner en Chile, un primer argumento —tentador— para solucionar en forma rápida este problema, consiste en sostener que el secreto profesional protege a abogados y, por ende, se requiere que estemos frente a un ser humano y no a una herramienta informática. Pero este argumento no es convincente. Sobre este punto se han pronunciado en distintas oportunidades las Cortes norteamericanas, planteando que ciertas plataformas tecnológicas (i.e.: *Google Docs*, *iCloud*, etc.) que almacenan la información que requiere el Estado, pueden ser el medio a través del cual viaja la información entre el cliente y su abogado, y bajo tales consideraciones, la información ahí albergada queda sujeta al privilegio abogado-cliente[38]. Dicho de otro modo, la plataforma de IA podría ser relevante en estos casos no como destinatario de la comunicación sino como *canal* o *medio*[39]. Por tanto, lo verdaderamente importante frente a estos problemas es determinar si estamos en presencia de información que pueda ser calificada como una *comunicación*.

Esta misma distinción —entre la IA como destinataria y la IA como canal— es la que, a nuestro juicio, permite cuestionar el punto de partida del juez Rakoff (*supra*, 3): si lo decisivo no es la naturaleza del interlocutor sino la función que la herramienta cumple en el flujo de la comunicación, el carácter circular de exigir «una relación humana de confianza» como condición de cualquier privilegio, pierde buena parte de su fuerza. Es, también, la misma intuición que el propio fallo recoge a través de la *doctrina del agente* de *Kovel* (*supra*, nota 23): lo que en el derecho chileno se plantea aquí como una distinción entre comunicación y preparación bajo dirección letrada tiene, en el derecho norteamericano, un desarrollo doctrinal ya asentado.

Esta distinción encuentra asidero en el propio texto legal. El literal a) del artículo 220 hace alusión expresa a la voz «comunicaciones» demandado algo más, esto es, que la comunicación haya sido sostenida «entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar [...]», entre esas personas, el abogado del imputado.

[37] Esto, desde luego, en un supuesto más bien excepcional en nuestro sistema, aunque reconocido en el inciso final del artículo 102 del Código Procesal Penal.

[38] En ese sentido, parece más adecuada la formulación de la regla de protección contenida en el artículo 16.5.a) de la Ley Orgánica 5/2024 española, que confiere protección a «todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa».

[39] Profusamente, con cita de precedentes judiciales, Guo, «*United States v. Heppner*», *Harvard Law Review. Blog Essays*, 2026 [Disponible en: https://harvardlawreview.org/blog/2026/03/united-states-v-heppner/].

Por tanto, la comunicación para estos efectos —y también según su sentido natural y obvio— involucra un mensaje entre dos sujetos, un emisor y un receptor, a través de un código común comprensible para ambos[40].

El medio es indiferente, dado que la Constitución Política garantiza la inviolabilidad «de toda forma de comunicación privada»[41], y el Código Procesal Penal no hace distinciones para estos efectos. De modo que una plataforma de IA podría ser el canal de comunicación. Además, entre las distintas modalidades de comunicación la aplicación de IA podría ser considerada una forma asíncrona de comunicación.

Las dificultades surgen, ante todo, porque no consta, en los hechos asentados, que Heppner haya remitido a su abogado, en un lapso cercano a su creación, los documentos generados mediante IA. Más aún, ni siquiera resulta claro que haya existido una intención de enviarlos; en efecto, su versión indica que los habría elaborado con miras a preparar una futura conversación con su abogado.

En este punto, sobre el concepto de «comunicaciones» que se emplea en el artículo 220, parece justificado establecer ciertas precisiones. A nuestro juicio, aun tratándose de comunicaciones asincrónicas, para que se configuren sus elementos en tanto forma de comunicación, no basta la existencia de un potencial receptor: es necesario, además, que el mensaje sea efectivamente enviado a éste[42]. De lo contrario, se ensancha excesivamente el concepto de comunicación, cuya existencia pasaría a depender de versiones incomprobables —y potencialmente interesadas— de los intervinientes, más que de hechos verificables y objetivos. Con todo, a nuestro entender, sin transmisión, el documento no queda directamente comprendido en la letra a) del artículo 220 del Código Procesal Penal, aunque ello no determina, en forma definitiva, si deba carecer de toda forma de protección por otra fuente diversa.

Cabe, asimismo, tener presente que muchas plataformas de inteligencia artificial permiten compartir, mediante servicios de mensajería o enlaces directos, el contenido de los chats generados por los usuarios. Esa funcionalidad puede facilitar la transmisión, pero no convierte por sí sola el material previamente elaborado en una comunicación abogado-cliente.

Sobre la base de lo expuesto, la restricción prevista en el literal a) del artículo 220 del CPP no parece aplicable a casos como el analizado, en los que no es posible hablar, en sentido propio, de una comunicación.

Tampoco resultan, en principio, aplicables las restricciones previstas en los literales b) y c) del artículo 220 del CPP. Sobre esto, la decisión del juez Rakoff adquiere particular sentido, ya que respecto a ambos literales la ley exige la intervención de un sujeto que podría abstenerse de declarar durante la investigación, conforme a lo dispuesto en el artículo 303.

---

[40] En rigor, y viendo cómo ha evolucionado la IA, ella puede ocupar, según el modo en que sea utilizada, posiciones funcionalmente distintas. Puede operar como mero canal o soporte tecnológico; como herramienta de organización o procesamiento de información; o como interlocutor analítico capaz de generar nuevas respuestas, hipótesis y estrategias. Esta distinción resulta relevante porque no todos esos usos presentan el mismo problema desde el punto de vista del secreto profesional.

[41] Álvarez Valenzuela, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, 2019, p. 33.

[42] Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

En consecuencia, si no es posible atribuir a los documentos generados mediante IA la naturaleza de productos derivados de la intervención de un abogado, en el ejercicio de su función profesional, difícilmente podrá sostenerse la aplicación de dichas excepciones legales.

Distinta sería la situación si se hubiera acreditado que —tal como sugiere el Juez Rakoff en términos condicionales— los documentos fueron creados por el investigado a indicación de su abogado. A lo que nosotros sumaríamos algunas exigencias adicionales —que desde luego deben ser acreditadas— consistentes en que el letrado hubiese orientado, al menos mínimamente, la actuación del usuario en la generación de dichos documentos, de modo que pueda sostenerse que hay una intervención relevante del abogado en la elaboración de estos y pueden, por tanto, ser considerados el fruto de su trabajo profesional y merecedores de esta forma extraordinaria de protección; y que conforme a la limitación material del artículo 220 del CPP pueda entenderse que estos documentos se encuentran en oficinas o establecimientos protegidos[43].

Existe, finalmente, un tercer supuesto que no debe confundirse con los anteriores: aquel en que el propio imputado utiliza autónomamente una herramienta de IA para ordenar los hechos, identificar problemas o preparar su defensa, sin que exista todavía una comunicación con su abogado ni una actuación bajo instrucciones de éste. *Warner* muestra que, al menos bajo ciertas formulaciones del *work product* estadounidense, la ausencia de intervención letrada no excluye necesariamente toda protección del proceso preparatorio de la parte. En Chile, donde el artículo 220 del CPP no ofrece una respuesta evidente para materiales de esa naturaleza mantenidos en poder del propio imputado, permanece abierta la cuestión de si el derecho de defensa reconoce un ámbito autónomo de preparación inmune, bajo determinadas condiciones, a su incautación y utilización probatoria por el Estado.

5. Reflexiones finales

Este fallo pionero, sin duda, constituye un punto de partida para una controversia que previsiblemente adquirirá creciente relevancia.

Una de las preguntas más interesantes que deja una resolución como la comentada, en un contexto en el que los abogados y los usuarios dependemos cada vez más de herramientas basadas en tecnologías de IA, es hasta qué punto y bajo qué condiciones deberemos extender estas protecciones para hacer plausible el ejercicio de la profesión legal.

Dado que los supuestos fácticos pueden variar y que los aspectos tecnológicos suelen ser todo menos triviales, ante el amplio abanico de casos similares, es importante recordar el fundamento de estas reglas.

Bien puede servir de orientación general, frente a este tipo de supuestos, atender al fundamento que subyace a las reglas del secreto profesional y a sus manifestaciones derivadas

[43] En rigor, la ausencia de envío efectivo al abogado constituye, ciertamente, un argumento relevante contra la aplicación literal del artículo 220 letra a) del CPP, construido en torno a comunicaciones entre sujetos determinados. Sin embargo, se podría también decir, que ello no permite concluir que todo material preparatorio anterior a esa transmisión carezca necesariamente de protección. Una cosa es que todavía no exista una comunicación abogado-cliente en sentido estricto y otra distinta que el documento quede, por esa sola circunstancia, completamente fuera del ámbito material del derecho de defensa.

—como la doctrina del *work product*—. En efecto, si la incorporación de esta clase de información, en casos como el analizado, compromete el adecuado ejercicio de la profesión de abogado al tornar inviable una relación de confianza entre el letrado y su cliente, resulta razonable reconocer la aplicabilidad de tales privilegios. Con todo, debe advertirse que este criterio general de funcionalidad podría servir como guía para interpretar adecuadamente el conjunto de normas que instrumentan la protección del privilegio abogado-cliente, pero no basta, por sí solo, para crear una reserva carente de apoyo en el ordenamiento vigente.

El caso examinado también permite avanzar hacia criterios de solución más concretos. Entre ellos, adquiere especial relevancia distinguir si la plataforma de IA ha sido utilizada como un medio de comunicación entre el abogado y su representado o, alternativamente, si ha sido empleada en la preparación de un asunto jurídico específico bajo la dirección, instrucción o supervisión del profesional o, finalmente, si la IA ha sido utilizada como herramienta autónoma por el imputado. En el primer caso, el problema es principalmente de comunicación y confidencialidad; en el segundo, de conexión con la actividad profesional del defensor y de custodia; en el tercero, quedaría aún abierta la pregunta acerca del carácter deficitario del ámbito de protección legal que parece otorgarse a la autodefensa.

La importancia del caso se aprecia asimismo en la discusión que abre acerca de la actualización de nuestras normas en materia de resguardo de la relación abogado-cliente. A lo menos dos aspectos de la actual formulación del artículo 220 del CPP merecen atención. Primero, la dificultad de extender directamente la prohibición de incautación a documentos elaborados y conservados por el propio imputado para preparar autónomamente su defensa, especialmente en los supuestos excepcionales de autodefensa; segundo, la incertidumbre que genera la exigencia de que los documentos se encuentren en poder de una persona facultada para no declarar, así como la referencia expresa a oficinas o establecimientos, frente a formas de custodia digital deslocalizada en servidores o servicios en la nube.

Finalmente, este caso también invita a reflexionar desde una perspectiva deontológica y, en particular, acerca de las competencias tecnológicas y los deberes profesionales que debe asumir el abogado cuando incorpora herramientas de inteligencia artificial en el ejercicio de su actividad. En este sentido, cuando tales herramientas se emplean en la preparación de una defensa, el abogado debe conocer razonablemente su funcionamiento y sus limitaciones técnicas, comprender las particularidades asociadas al tratamiento de la información y evaluar los riesgos que su utilización puede representar para la confidencialidad de los antecedentes. Todo ello exige, además, mantener una supervisión efectiva y permanente sobre el uso de estas herramientas[44].

[44] Este estándar es, en sustancia, una construcción funcionalmente equivalente que el derecho chileno podría ofrecer la doctrina del agente, reconocida en el derecho norteamericano a propósito de *Kovel* y *Adlman* (*supra*, nota 23), trasladada a un ordenamiento que no cuenta con una consagración expresa de la *work product doctrine*.

InDret
4.2026

El corte de suministros y la violencia en las coacciones

Comentario a la STS 426/2026, de 24 de junio

Lorena Ramírez Ludeña*
Universitat Pompeu Fabra
lorena.ramirez@upf.edu

-

1. Introducción

La STS 426/2026, de 24 de junio[1], dictada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aborda la cuestión de si la cancelación unilateral del contrato de suministro eléctrico de la vivienda familiar puede ser constitutiva del delito de coacciones del art. 172 CP. El interés de la decisión radica principalmente en la manera en que el Tribunal Supremo reconstruye el concepto de *violencia* y, en particular, en el modo en que articula la denominada *vis in rebus* y la relaciona con la ausencia de autorización legítima. Se trata de una sentencia del Pleno acompañada de un voto particular suscrito por cuatro de los catorce magistrados, por lo que la decisión aspira a fijar doctrina sobre un punto en el que las discrepancias son ingentes[2].

El propósito de este comentario es doble. En primer lugar, delimitar con precisión qué es lo que, por sí mismo, no resulta objetable de la decisión del Tribunal Supremo. En segundo lugar, identificar el punto en el que la sentencia sí se torna problemática, que no es centralmente la amplitud del concepto de *violencia* por el que se opta, sino la pérdida de su función delimitadora y el riesgo de razonamiento circular que se introduce al hacer depender la existencia misma de la violencia de la falta de legitimidad del sujeto. En este sentido, una cosa es adoptar una interpretación amplia y otra, mucho más problemática, que la violencia deje de desempeñar un rol relevante.

2. Los hechos del caso, la decisión del Tribunal Supremo y el voto particular

* 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.

[1] *United States v. Heppner* (2026), No. 25-cr-00503-JSR (S.D.N.Y.).

[2] *Claude* es un asistente de inteligencia artificial generativa avanzado desarrollado por la empresa Anthropic. Se basa en grandes modelos de lenguaje (LLMs). Dentro de la variada oferta de plataformas de IA, Claude destaca en el razonamiento complejo, el análisis de documentos extensos y la programación.

Los hechos probados describen una situación que tiene lugar en el marco de una crisis matrimonial. El acusado, en proceso de divorcio, había sufragado el coste del suministro eléctrico del inmueble en que permanecía su esposa tras la separación de hecho hasta que, después de seis meses, canceló sin previo aviso el contrato del que era el titular formal. Ello, se sostiene en la sentencia, con el ánimo de forzarla a que abandonase la vivienda familiar en la que esta había permanecido tras la separación.

El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Vigo condenó al acusado como autor de un delito de coacciones del art. 172.2, párrafos 1 y 3, CP —esto es, la modalidad de coacción leve agravada por darse en el ámbito de las relaciones a que se refiere el art. 173.2 CP (el vínculo conyugal), con la agravación adicional del párrafo 3 por el lugar de comisión (el domicilio)— a la pena de nueve meses de prisión, más penas accesorias de alejamiento y comunicación e inhabilitación. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la sentencia. El condenado interpuso entonces recurso de casación por infracción de ley, alegando esencialmente que no concurría el elemento típico de la violencia, dado que su conducta se limitó a la cancelación de un contrato del que era titular formal, y que la aplicación del tipo vulneraba el principio de intervención mínima[3]. El Tribunal Supremo, en Pleno, desestimó el recurso de casación y confirmó íntegramente la condena por delito de coacciones del art. 172.2, párrafos 1 y 3, CP, con imposición de costas al recurrente.

La argumentación del Tribunal Supremo, en apenas tres páginas, se construye en varios pasos. Se parte de la doctrina general según la cual la violencia típica de las coacciones no se limita a la *vis physica*[4]. Sobre esa base, considera que la cancelación del suministro resulta equiparable al corte de suministro mediante el uso de la fuerza. De acuerdo con el Tribunal Supremo, que el contrato figurase formalmente a nombre del acusado no le autorizaba a anular un servicio necesario para el uso de una vivienda que era de titularidad material de la familia, existiendo cauces civiles para dirimir la controversia[5]. La sentencia introduce, además, una cautela relevante, distinguiendo el caso enjuiciado, en el que la víctima gozaba de un título de acceso y disfrute de la posesión legítimo, de aquellos otros en los que quien cesa el suministro actúa frente a quien ocupa el inmueble sin título alguno que le ampare[6]. Entonces, los principales elementos presentes en la sentencia son:

[3] El mismo 10 de febrero, como se lee en el *memorandum*, el juez anunció verbalmente su decisión que luego fundamentó en su resolución.

[4] *United States v. Heppner*, Memorandum, United States District Court for the Southern District of New York, 2026, Case No. 25-cr-00503-JSR [Disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/71872024/27/united-states-v-heppner/].

[5] Tanto en los sistemas del *common law* como en los de tradición continental, existe un consenso bastante asentado en torno a que las comunicaciones entre imputados (o, en general, personas que creen que pueden llegar a serlo) y sus abogados están amparadas por un régimen estricto de confidencialidad. En este marco, el privilegio abogado-cliente faculta al defensor para abstenerse de revelar cualquier información proporcionada por su representado. Esta protección no es meramente formal: cumple una función estructural en el proceso penal y resulta ser un mecanismo de protección de la profesión. Sin una garantía robusta de confidencialidad, los imputados difícilmente compartirían con sus abogados información sensible —incluso potencialmente auto incriminatoria— que resulta indispensable para una defensa adecuada. En consecuencia, el derecho a contar con asesoría letrada se vería sustancialmente debilitado. De ahí que el privilegio y el deber de confidencialidad se encuentren íntimamente vinculados con la garantía de una defensa efectiva y, en última instancia, con el derecho a un juicio justo.

[6] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 5.

a) *Referencia a la doctrina general sobre la violencia en el art. 172 CP* (FD Tercero, apartado 1). La Sala recuerda la evolución jurisprudencial que ha ampliado el concepto de violencia más allá de la fuerza física, para incluir la intimidación y la fuerza sobre las cosas, siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos, así como la fórmula ya consolidada de que la mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción.

b) *Doctrina histórica de la propia Sala* (FD Tercero, apartado 3). Se recuerda que el Tribunal Supremo se ha inclinado tradicionalmente por calificar el corte de suministros como conducta constitutiva de coacciones, si bien con pronunciamientos aislados en sentido contrario fundados en elementos como la falta de deber legal o judicial de preservar el abastecimiento, o la falta de acreditación de elementos subjetivos u objetivos suficientes.

c) *Resolución del caso concreto* (FD Cuarto, apartado 1). El Tribunal considera que los hechos probados son suficientes, pese a no ser todo lo explícitos que podrían, para apreciar el tipo: la cancelación del suministro «se estima equiparable al corte de suministro mediante el uso de la fuerza material o física (que podría tener lugar, a título de ejemplo, mediante el corte de cables), tanto en sus consecuencias como en la ausencia de legitimidad de la acción». Subraya que el acusado, aunque titular formal del contrato, actuó sobre un bien de «titularidad material de la familia», con el fin de forzar el desalojo de su esposa y mejorar su posición negociadora en la ruptura matrimonial, lo que revela tanto la voluntad de compulsión como la ausencia de amparo normativo (frente a la vía civil, que es la llamada a dirimir estos conflictos).

d) *Fijación de doctrina general* (FD Cuarto, apartado 2). El Tribunal aprovecha el recurso para sentar un criterio negativo de alcance general, precisando que la solución alcanzada «no tiene por qué ser trasladable de manera automática o acrítica a todos los supuestos de corte de suministros de un inmueble, sean cuales sean las circunstancias concurrentes». Distingue entre el supuesto en que el sujeto pasivo ostenta «un legítimo, al menos, aparente o en disputa, título de acceso y disfrute de la posesión del bien» (caso enjuiciado) y aquel en que se actúa frente a quien «sin ostentar derecho ni título alguno que le ampare (por ejemplo, porque ha usurpado el bien), pretende un aprovechamiento de un bien ajeno». Para este segundo supuesto, el Tribunal apunta, sin que fuera el objeto del recurso, tres posibles vías dogmáticas para excluir la responsabilidad penal del titular que corta el suministro: (i) por atipicidad, al no colmarse el elemento normativo «sin estar autorizado»; (ii) por no exigibilidad, al no poder imponerse al titular la obligación de sufragar el suministro en beneficio de quien ocupa ilegítimamente el inmueble; y (iii) por la proscripción del enriquecimiento injusto que derivaría de sumar al aprovechamiento ilícito de la ocupación el disfrute gratuito de los suministros.

Frente a la posición mayoritaria, los magistrados Del Moral García, De Porres Ortiz de Urbina, Puente Segura y Hernández García formulan voto particular discrepante, sosteniendo que el recurso debió estimarse. Sus argumentos esenciales son: (i) la Sentencia mayoritaria persiste en mantener una interpretación extensiva del tipo objetivo de las coacciones que compromete los principios de taxatividad, exclusiva protección de bienes jurídicos y proporcionalidad, perdiéndose así una oportunidad de rectificar la situación dominante en la jurisprudencia, tal y como reclama la doctrina; (ii) la extensión del concepto de *violencia* a la cancelación de un contrato de suministro —máxime cuando, señalan, el titular llevaba meses pagándolo— excede cualquier sentido aceptable y razonablemente previsible del término «violencia», que debería quedar limitado a supuestos con un efecto de compulsión corporal directo, que se deriva

directamente de la violencia ejercida sobre objetos, en la línea de los ejemplos clásicos de WELZEL (disparos al aire, descolgar puertas); (iii) advierten del riesgo de convertir el delito de coacciones en un «cajón de sastre» aplicable a cualquier alteración contractual de las condiciones de convivencia (contratos de telefonía, préstamo, leasing, etc.), incluso en comisión por omisión; (iv) critican que la limitación *ad casum* fijada en el FD Cuarto, apartado 2, para excluir la tipicidad en casos de usurpación resulte imprecisa y pueda generar además un efecto destipificador indeseado sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP); y (v) concluyen que la vía adecuada habría sido sostener un concepto de violencia típica restringido, coherente con los principios de intervención mínima y taxatividad, en lugar de la extensión «casi ilimitada» que a su juicio consagra la mayoría.

3. El problema general: la violencia como elemento del delito de coacciones

El delito de coacciones se había configurado tradicionalmente como un delito de medios determinados. A diferencia de una figura construida en torno al puro resultado de restricción de la libertad, el art. 172 CP exige que dicha restricción se produzca con violencia. Esta exigencia cumple una función delimitadora nada trivial: no toda conducta que dificulte, condicione o incluso impida que otra persona actúe conforme a su voluntad constituye, por ese solo hecho, una coacción. La libertad de obrar puede verse afectada por una multiplicidad de mecanismos. Si cualquiera de ellos pudiera subsumirse en el tipo por el mero hecho de resultar eficaz para condicionar la conducta ajena, el precepto tendría un dominio de aplicación muy amplio y podría comportar la restricción de la libertad que, precisamente, pretende preservar.

No obstante, el componente de la violencia del delito de coacciones ha suscitado grandes controversias interpretativas, así como decisiones judiciales dispares. Como es sabido, el legislador de 1995 no incorporó en la redacción del art. 172 CP (junto al término «violencia») las expresiones «intimidación» o «fuerza en las cosas», que sí utiliza en otros tipos como el robo o la agresión sexual. De ahí que pudiera resultar plausible una concepción restringida de la violencia, limitada a la fuerza física sobre las personas. Con el transcurso del tiempo, el requisito de la violencia así entendido ha sido visto por la doctrina y la jurisprudencia como un obstáculo para la protección eficaz de la libertad. En este contexto, la jurisprudencia ha llevado a cabo una progresiva *espiritualización* del concepto, ampliándolo hasta incluir casos en que hay intimidación o fuerza en las cosas siempre que repercutan en la libertad de la víctima. En principio, esta evolución tiene una justificación atendible: el término «violencia» es usado comúnmente de un modo amplio, su significado no parece tener una extensión completamente fijada e inmutable, y los medios a través de los cuales puede restringirse eficazmente la libertad cambian con el desarrollo social y tecnológico[7]. El propio Tribunal Constitucional ha aceptado esa lectura amplia[8]. Conforme al Tribunal Constitucional, esa interpretación no se aparta del tenor literal ni recurre a pautas interpretativas y valorativas extravagantes, por lo que el principio de legalidad no se vería afectado. En esta línea, aquí defenderé que la cuestión decisiva no es si se puede adoptar un concepto amplio, sino qué función desempeña la violencia una vez ampliado su significado: si conserva un contenido autónomo o es en alguna medida

[7] En la sentencia *United States v. Mejia*, No. 10-2724 (2d Cir. 2011), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. fijó el *dictum* con el cual se verifica el privilegio entre el abogado y su cliente.

[8] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*This issue perhaps presents a closer call*»).

absorbida por los restantes elementos del tipo o si, incluso, acaba siendo absolutamente irrelevante.

Establecido lo anterior, analizaré principalmente si la decisión atenta contra el principio de legalidad, en particular en relación con la taxatividad y el carácter estricto de las leyes y su interpretación, que permiten que los ciudadanos se desempeñen autónomamente. Como suele señalarse, conozcamos efectivamente o no las normas por adelantado, lo relevante en este ámbito es que el ejercicio del poder se rija por normas suficientemente precisas, que sean fruto de interpretaciones admisibles en el contexto de la comunidad jurídica en cuestión, lo que supone que el poder esté limitado y que los ciudadanos estemos protegidos frente a la arbitrariedad en el ejercicio de ese poder[9]. En cambio, no se abordarán otras dos cuestiones planteadas por el voto particular: la exclusiva protección de bienes jurídicos y la proporcionalidad. Por lo que respecta a lo primero, porque es una cuestión ampliamente controvertida si la lectura amplia que se hace del componente de la violencia constituye un obstáculo para preservar la libertad, o si precisamente contribuye a ello. Respecto de la proporcionalidad, puede considerarse que la decisión de condenar a nueve meses de prisión no plantea problemas en este ámbito porque involucra una cuestión de género y un elemento fundamental como es el domicilio; o puede considerarse que sí los plantea, al tratarse de una baja de suministros después de unos meses, lo que no amerita una respuesta penal o, cuanto menos, esta respuesta penal. Al involucrar intuiciones encontradas, resulta difícil ofrecer argumentos que no se basen en apreciaciones subjetivas. Algo similar cabe decir de la cuestión, próxima, de si una conducta como la enjuiciada tiene entidad suficiente para justificar la intervención penal conforme al principio de *ultima ratio*[10]. Teniendo en cuenta lo anterior me centraré, como ya he señalado, en la posible afectación del principio de legalidad, con el propósito de poner de manifiesto en qué medida la decisión del Tribunal Supremo puede ser cuestionada.

4. Aspectos no criticables

Comenzaré señalando aquello que, pese a lo apuntado en el voto particular y que podría resultar intuitivo, no constituye en sentido estricto un defecto de la decisión del Tribunal Supremo. Así, separar lo objetable de lo inobjetable nos permitirá perfilar mejor la crítica, evitando que esta se disuelva en una impugnación genérica de una interpretación amplia de los tipos penales. En este ámbito, me centraré en cuatro críticas que pueden plantearse: que los jueces deben limitarse a aplicar el derecho, que no debe recurrirse a interpretaciones extensivas, que no debe decidirse de manera casuística y que no deben consolidarse líneas jurisprudenciales que recurren a interpretaciones extensivas.

4.1. Los jueces deben limitarse a aplicar el derecho

Un primer reproche posible sería que el Tribunal Supremo no se estaría limitando a aplicar el derecho, sino creándolo, y con ello vulnerando el principio de legalidad. En este ámbito, pueden distinguirse diferentes sentidos de «creación de derecho». Cuando los jueces resuelven una controversia, puede señalarse que crean una norma individual expresada en la parte

[9] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7, citando *In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig.*, 802 F. Supp. 3d 688, 699 (S.D.N.Y. 2025).

[10] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 5-6.

dispositiva de la sentencia, aplicando una norma genérica (una interpretación como producto), que constituye la premisa normativa del silogismo judicial. En aquellos casos en que existe una laguna normativa, suele suponerse que el juez crea la norma general que aplica. Pero ¿puede sostenerse que crea derecho cuando el caso plantea *simplemente* problemas de interpretación?

Desde una perspectiva intuitiva y ampliamente aceptada, entendemos que las palabras están vinculadas socialmente a determinadas descripciones y que utilizamos los términos para identificar los objetos que reúnen las características relevantes. Así, al atribuir un significado a «violencia», distinguimos entre situaciones que presentan esas características y aquellas que no. Esta concepción parece explicar cómo aprendemos y enseñamos el significado de las palabras y por qué determinados términos se aplican a unos objetos y no a otros. En el ámbito jurídico, esta perspectiva resulta plausible porque entendemos que las normas determinan cómo deben regularse distintas situaciones: cuando concurren determinadas circunstancias, se asocian a ellas consecuencias jurídicas específicas[11].

Sin embargo, esta concepción del lenguaje es idealizada y problemática, pues resulta difícil explicitar qué descripciones son determinantes incluso respecto de términos cotidianos. Las descripciones asociadas a las palabras suelen ser indeterminadas y contener errores[12]. En el ámbito jurídico, esto parece especialmente claro con términos como «violencia»: no contamos con descripciones transparentes que determinen sus usos correctos, sino con casos paradigmáticos y ciertas descripciones que nos parecen importantes a partir de los cuales reflexionamos sobre la similitud relevante para que una situación sea considerada violenta.

Rechazar esta forma de descriptivismo ingenuo supone admitir que los jueces, al adoptar decisiones interpretativas, no se limitan a constatar el derecho y una concepción adecuada del principio de legalidad debe ser sensible a las limitaciones del lenguaje. Ahora bien, la actividad creativa propia de la interpretación no equivale a una creación *ex novo* de derecho incompatible con dicho principio. La actuación judicial sigue estando limitada por el derecho, preservando así, en buena medida, la autonomía de los individuos. Esto también es aplicable cuando, además del significado ordinario de los términos, se emplean diversos instrumentos interpretativos que atienden cuestiones como las intenciones o el contexto. Incluso las concepciones escépticas sobre la interpretación admiten que estos instrumentos configuran un marco de posibilidades entre las que el juez escoge: aunque existe una actividad creativa, actuar fuera de ese marco ya no sería interpretar el derecho, sino crearlo genuinamente[13].

Esto permite entender el sentido de los precedentes interpretativos, como el establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia analizada: implican determinadas elecciones y, por tanto, cierta actividad creativa, pero siguen siendo precedentes que suponen una interpretación y pueden distinguirse de la genuina creación de derecho. Otra cuestión es si son vinculantes para los demás jueces, lo que depende de las normas del sistema que establecen elementos como cuándo deben tenerse en cuenta esos precedentes, qué efectos producen y si pueden ser exceptuados. También es distinta la cuestión de si esos precedentes constituyen fuentes del

[11] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7.

[12] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 7-8.

[13] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 8, n.3: aun asumiendo que parte de la información volcada por Heppner en Claude proviniera originalmente de su abogado, el tribunal consideró que Heppner renunció a cualquier privilegio sobre ella («*just as if he had shared it with any other third party*»), dada además la política de privacidad de Anthropic.

derecho. La literatura iusfilosófica reconoce que existen fuentes que son facultativas y reconoce también que algunas fuentes constituyen derecho en la medida en que proporcionan una lectura admisible de una fuente subyacente, en este caso, el Código Penal. Así, un precedente interpretativo que implique genuina creación no sería fuente de derecho, incluso aunque pudiera vincular a otros jueces. Esto no es algo extraño: también se reconoce que puede haber leyes inconstitucionales que, no obstante, los jueces tienen el deber de aplicar[14].

En definitiva, la actividad creativa es una característica ordinaria de la interpretación y permite explicar el sentido de los precedentes interpretativos. La vulneración del principio de legalidad dependerá, por tanto, de que dicha actividad traspase los límites que el sistema impone a la interpretación penal. No basta con afirmar que el Tribunal Supremo ha sido creativo al perfilar el concepto de violencia: habría que demostrar, además, que la solución adoptada no constituye una interpretación admisible del art. 172 CP y supone, por ello, una genuina creación de derecho. Esto nos conduce al segundo extremo.

4.2. Los jueces no deben llevar a cabo interpretaciones extensivas

Tampoco resulta convincente identificar, sin más, interpretación extensiva y vulneración del principio de legalidad. Con carácter general, interpretaciones que van más allá de una lectura estricta son consideradas jurídicamente admisibles. Además, como se ha expuesto, la evolución jurisprudencial en el caso específico de las coacciones muestra el tránsito desde concepciones estrictas, centradas en la fuerza física, hasta otras que admiten la intimidación y la fuerza sobre las cosas, sin que se sostenga de manera generalizada que esa ampliación constituye un error jurídico. El propio voto particular, que es crítico con la extensión al corte de suministros a situaciones como las que se plantean en la sentencia, admite la posible extensión a casos en que hay fuerza en las cosas por descolgarse puertas y ventanas, sin limitar la aplicación de «violencia» a la violencia física ejercida contra las personas. Entonces, puede adoptarse una actitud más o menos crítica respecto de la progresiva espiritualización de la violencia y la resolución de ciertos grupos de casos, pero ese posicionamiento es algo distinto de afirmar que toda interpretación extensiva es, de por sí, incompatible con el principio de legalidad.

Tampoco parece plausible enfatizar sin más que una interpretación es *demasiado* amplia, apelando a elementos como el tenor literal posible o la prohibición de analogía. Y ello porque existe una dificultad de fondo que debilita el reproche formulado en esos términos: la apelación al tenor literal posible como frontera nítida entre interpretación y analogía es muy problemática. No es evidente qué significa que un caso se encuentre dentro del tenor literal posible de «violencia»: ¿es posible atender al significado ordinario, al técnico-jurídico, al vigente en el momento de aprobación de la norma, al contemporáneo, al contexto sistemático, a la finalidad protectora? Y expresiones como «significado propio» o «sentido estricto», a las que suele recurrirse en este ámbito, no resuelven por sí mismas qué significado ha de atribuirse al término. Es más, la propia calificación de un caso como interpretación extensiva o como analogía depende en buena medida de cómo se haya determinado previamente el significado de la disposición y de qué instrumento interpretativo se considere prioritario: un mismo supuesto puede aparecer como incluido en el ámbito de aplicación del término si se parte del uso ordinario o de la finalidad de la norma, o como caso no previsto y extensión analógica, si se

[14] *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), caso fundacional de la doctrina del *work product* en el derecho federal norteamericano, citado indirectamente en el memorando a través de *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194, 1196 (2d Cir. 1998) (citando, a su vez, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. en 510-11).

privilegia una concepción sistemática restrictiva. De ahí que la crítica a la sentencia no pueda descansar *meramente* en fórmulas que sostengan que se vulnera la legalidad por optarse por una interpretación extensiva, o por superar el tenor literal posible[15].

4.3. Los jueces no deben resolver de manera casuística

Podría reprocharse que se resuelva la problemática de manera casuística, *i.e.* haciendo referencia a casos para dar cuenta del alcance de la norma. En este sentido, respecto del supuesto que nos ocupa, y con carácter general, se considera típico el corte de suministros cuando afecta a quien ostenta un título legítimo de acceso y disfrute del inmueble, mientras que se contempla la posible exclusión de la tipicidad cuando el corte afecta a quien, sin ostentar derecho ni título alguno que le ampare (por ejemplo, porque ha usurpado el bien), pretende aprovecharse de un inmueble ajeno. No obstante, considero que resolver de manera casuística en el sentido anterior tampoco es objetable en sí mismo.

Al explicitar la interpretación adoptada de un término o expresión por parte de un determinado tribunal, no puede sino recurrirse a propiedades y a casos genéricos, como ocurre respecto de «violencia». Así, en relación con este término, se ha apelado progresivamente a tres propiedades para dar cuenta de ella (violencia física contra las personas, intimidación y fuerza en las cosas); y, para dar cuenta del componente de la fuerza en las cosas, los tribunales suelen invocar ciertos grupos de casos, como el corte de suministros. En esta decisión del Tribunal Supremo en particular, se excluyen además los casos en que no hay derecho ni título. Nada de esto es en sí mismo problemático ni supone un atentado contra el principio de legalidad. Para explicar por qué, deviene relevante la distinción entre casos individuales (espaciotemporalmente delimitados) y casos genéricos (conjunto de situaciones que tienen en común determinadas propiedades), así como la distinción entre subsunción individual (de casos individuales) y subsunción genérica (relativa a casos genéricos)[16]. Como ya señalé con anterioridad, al tomar sus decisiones los jueces resuelven casos individuales, pero lo hacen a partir de entender que se trata de una instanciación de un caso genérico que reúne ciertas propiedades. Que un alto tribunal, al resolver un recurso con interés casacional, formule su decisión en términos que trasciendan el caso concreto es precisamente una de las funciones que le corresponden: contribuir a concretar el significado de disposiciones que admiten diferentes lecturas y a unificar criterios ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, como expresamente reconoce la sentencia. Conforme a lo que ya ha sido enfatizado de manera recurrente en la literatura, el recurso a ciertas propiedades y a ciertos casos genéricos conlleva normalmente problemas de infra y sobre inclusión, por comprender

[15] En perspectiva comparada, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el deber de confidencialidad del abogado no se limita únicamente a la información que recibe de su cliente (y de terceros) en un contexto estrictamente confidencial —esto es, sin la presencia de terceros ajenos al equipo de defensa—, sino que se extiende al conjunto de antecedentes, hechos y datos a los que accede en virtud de su labor como abogado. Este ámbito comprende también lo que en el derecho estadounidense se denomina *work product*, es decir, el material generado por el propio abogado en el ejercicio de la defensa. Dicho concepto abarca, en términos generales, el contenido del expediente profesional del abogado en relación con el caso, incluyendo entrevistas, declaraciones, minutas, correspondencia, escritos judiciales, así como sus reflexiones y apreciaciones personales plasmadas por escrito. Tradicionalmente, en Estados Unidos este tipo de información no debía ser revelada al fiscal en el marco del *pretrial discovery*; sin embargo, en tiempos más recientes, la protección asociada al *work product* ha experimentado ciertas limitaciones y restricciones. Sobre esta doctrina judicial véase ANDERSON/CADIEUX/HAYS/HINGERTY, «Work Product Doctrine», *Cornell Law Review*, (68), 1983, pp. 762-881.

[16] COHN, «The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege», *The Georgetown Law Journal*, (71), 1984, pp. 922-924.

supuestos que no se pretendía abarcar, y excluir otros que sí se querían regular. Los problemas de infra y sobre inclusión están presentes en todas las regulaciones que recurren a categorías generales. Pero, en lo que aquí interesa, en ningún caso reconocer lo anterior nos compromete con una suerte de particularismo en que la actuación de los jueces carece de límites, pudiendo resolver como les parezca en atención a las circunstancias del caso concreto[17]. Algo diferente es, en cambio, si los casos genéricos y las propiedades por las que opta el tribunal suscitan dudas y críticas, pero el *mero* recurso a casos genéricos no plantea problemas.

4.4. Que se consolide una línea jurisprudencial que comporta una interpretación extensiva es problemático

La STS 426/2026 no surge en un vacío jurisprudencial: se inserta en una evolución previa sobre la *vis in rebus* y la espiritualización de la violencia, y consolida, al resolver la discrepancia entre Audiencias, una determinada lectura del art. 172 CP. Podría pensarse que la consolidación de una interpretación amplia agrava el problema respecto del principio de legalidad. Sin embargo, esta objeción debe matizarse, atendiendo a la función que desempeñan los precedentes interpretativos y a las condiciones concretas en que operan.

En efecto, podría sostenerse que, si son los jueces quienes determinan el derecho al establecer precedentes, su actuación no está suficientemente limitada y puede resultar arbitraria. Frente a las leyes escritas, los precedentes conferirían amplios márgenes de libertad a los jueces. Para valorar esta cuestión no debe compararse una imagen idealizada de la legislación, que ofrecería una única respuesta a las cuestiones, con una práctica judicial en que el juez carece de restricciones. Dadas las limitaciones de los legisladores, del lenguaje del que se sirven, de los contextos cambiantes, entre otras consideraciones, ya hemos visto que los jueces llevan a cabo habitualmente cierta actividad creativa. Como ya se ha señalado, en este ámbito la limitación de la actuación judicial y la interdicción de la arbitrariedad dependen, en buena medida, del uso de técnicas interpretativas aceptadas y de la posibilidad de distinguir entre interpretación y creación[18]. En estas condiciones, un sistema de precedentes que concrete una interpretación puede no solo no obstaculizar sino contribuir a preservar la autonomía que fundamenta el principio de legalidad, dado que la alternativa no es un legislador fijando una única interpretación, sino que múltiples interpretaciones resulten posibles.

Ahora bien, que los precedentes puedan tener con carácter general esta función no significa que cualquier sistema con precedentes contribuya por igual a preservar la autonomía. Su incidencia depende, en primer lugar, del diseño institucional. Los sistemas que, por ejemplo, únicamente exigen citar el precedente, permiten gran discreción en su extracción o admiten excepciones no justificadas ofrecen una vinculatoriedad menor y preservan en menor medida la autonomía. También la existencia de distintos tribunales capaces de resolver de manera diferente puede dificultar esta finalidad[19].

[17] *Shih v. Petal Card, Inc.* (2021), No. 18 Civ. 5495 (JFK) (S.D. N.Y.).

[18] Conviene, con todo, distinguir dos cuestiones analíticamente diferentes: una es determinar si un documento adquiere originariamente protección por haber sido elaborado para preparar la defensa o un litigio; otra es establecer si esa protección se pierde posteriormente como consecuencia de su divulgación a un tercero o de las condiciones tecnológicas bajo las cuales fue procesado. En *Heppner*, si bien el tribunal efectúa la distinción, parece asignar un peso excesivo a la potencial pérdida de confidencialidad de la información, por su tratamiento digital.

[19] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 9-10.

Pero la cuestión depende, además, del contenido del concreto precedente. En el caso de la violencia en las coacciones, la espiritualización del concepto comporta una actividad creativa, pero inicialmente se mantiene dentro de las opciones admitidas por las técnicas interpretativas. Sin embargo, optar por una lectura amplia de la normativa deja mayores márgenes de discreción que otras alternativas más restrictivas. Convertir esta interpretación en precedente supone, por tanto, una oportunidad perdida para reducir esos márgenes y para que el legislador introduzca las precisiones necesarias.

Con todo, esta consecuencia debe ponerse en relación con el contexto jurisprudencial en el que se adopta la decisión. La *vis in rebus* ya estaba consolidada en materia de coacciones, con ejemplos como el corte físico de cables, por lo que la decisión del Tribunal Supremo no resulta completamente imprevisible. Además, antes de la STS 426/2026 coexistían sentencias en distintas direcciones. La consolidación de una interpretación, aunque amplia, reduce así la incertidumbre derivada de esa divergencia y puede suponer una ganancia en términos de previsibilidad y autonomía, en la medida en que sea adoptada por otros tribunales y el propio Tribunal Supremo no varíe su posicionamiento. En definitiva, el análisis acerca de si una decisión como la que nos ocupa, consolidando una determinada línea jurisprudencial, atenta contra el principio de legalidad requiere de un análisis complejo que atienda a numerosos aspectos.

5. Lo que sí es problemático en la sentencia

Descartado lo anterior, la crítica puede formularse ahora con mayor precisión. El defecto de la STS 426/2026 no reside en los elementos anteriores, sino en la arquitectura interna de su razonamiento sobre la *vis in rebus*. Diferentes problemas, estrechamente conectados, merecen atención: la pérdida de relevancia de la violencia como elemento del tipo y el riesgo de circularidad que introduce el recurso a la falta de autorización, con la consiguiente confusión entre elementos del tipo que deberían mantenerse separados.

5.1. La violencia como elemento irrelevante

La cuestión central puede formularse de manera muy sencilla: ¿sigue siendo la violencia un requisito autónomo del delito de coacciones tras la lectura que de ella hace la sentencia? La ampliación del concepto no conlleva, por sí sola, una respuesta negativa. Es perfectamente posible admitir que determinadas afectaciones sobre las cosas constituyen violencia y, al mismo tiempo, exigir que se demuestre por qué presentan las características que justifican calificarlas de violentas. El problema aparece cuando la explicación deja de centrarse en aquello que hace que una conducta sea violenta y pasa a centrarse exclusivamente en el resultado que se produce.

Este riesgo no es nuevo, sino que ya podía advertirse en decisiones anteriores sobre *vis in rebus*. Pero, a diferencia de otras decisiones previas[20], aquí el Tribunal sí intenta construir una justificación específica de la fuerza sobre las cosas, pues no se limita a afirmar que existe violencia, sino que sostiene que la cancelación del suministro es equivalente, por sus efectos, a una interrupción física del suministro mediante el corte de cables. Sin embargo, ese esfuerzo

[20] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 12.

argumentativo no elimina el problema de fondo. La comparación de la que parte la mayoría (cancelar el contrato y cortar físicamente el suministro serían equivalentes porque ambos producen la privación de electricidad) deja abierta la cuestión decisiva: ¿es la intervención sobre la cosa lo que permite calificar la conducta como *vis in rebus*, o es el efecto que la conducta produce sobre la libertad de la víctima?

Si lo determinante es lo primero, sería necesario explicar qué característica de la actuación del acusado permite hablar de fuerza sobre las cosas, y la respuesta no puede consistir simplemente en que la cancelación produce el mismo resultado que un corte físico: que dos conductas tengan idéntico efecto no significa que empleen el mismo medio. Cancelar un contrato es ejercer una facultad jurídica cuyo efecto material lo produce un tercero, la compañía suministradora; cortar un cable es una intervención material directa sobre una instalación. La equiparación por los efectos elude, precisamente, la pregunta por el medio[21].

Si, en cambio, lo determinante es el efecto sobre la libertad, entonces la categoría de *vis in rebus* corre el riesgo de convertirse en una etiqueta para designar cualquier conducta que produzca una restricción coactiva de la capacidad de actuación. En ese escenario, la violencia deja de operar como requisito delimitador y pasa a ser una mera descripción del resultado: existe violencia porque la conducta ha privado eficazmente a la víctima de una posibilidad de actuación que el autor quería impedir. El razonamiento debería mantener separadas las dos cuestiones (si la actuación restringió de manera relevante la libertad de la víctima y si la forma en que se produjo esa restricción constituye violencia en el sentido del art. 172 CP), puesto que, si la respuesta a la segunda se obtiene simplemente de la primera, el requisito de violencia pierde su autonomía.

La consecuencia última de este proceso es la transformación material del delito. El art. 172 CP no castiga cualquier comportamiento que limite ilegítimamente la libertad ajena, sino que exige que la limitación se produzca con violencia, y ese requisito cumple una función de selección de las formas de afectación de la libertad que justifican la intervención penal. Si la violencia se identifica con el carácter coercitivo de la conducta, bastaría con acreditar que el sujeto, careciendo de justificación jurídica y con la finalidad de doblegar la voluntad ajena, produjo causalmente una restricción relevante de la libertad, para afirmar la existencia de coacciones. La pregunta acerca de si hubo violencia dejaría entonces de aportar una condición adicional, y el delito de medios determinados se convertiría,*de facto*, en un ilícito puramente resultativo. Aquí reside la continuidad más significativa, y también más inquietante, de la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo[22].

Como ya se ha señalado, esta objeción es diferente de la que enfatiza que se ha llevado a cabo una interpretación extensiva. Una interpretación extensiva conduce a una lectura amplia respecto del conjunto de conductas que cuentan como violencia, pero sigue exigiendo demostrar que la conducta concreta pertenece a ese conjunto; hay, todavía, un delito de medios

[21] Del latín *pro se*, «por sí mismo».

[22] *Warner v. Gilbarco, Inc*., No. 2:24-cv-12333-GAD-APP, 2026 WL 373043 (E.D. Mich., Feb. 10, 2026). Aplicando la Fed. R. Civ. P. 26(b)(3), el tribunal recordó que un litigante *pro se* puede invocar la *work-product protection* respecto de materiales preparados en anticipación del litigio. La resolución distingue además el régimen de renuncia del *work product* del correspondiente al *attorney-client privilege*: respecto del primero, la divulgación debe realizarse frente a un adversario o de modo tal que incremente sustancialmente la probabilidad de que la información llegue a éste. El tribunal caracterizó las herramientas de IA generativa como «*tools, not persons*» y rechazó que su utilización, por sí sola, produjera *waiver*.

determinados, aunque el ámbito de aplicación del término relativo al medio sea amplio. En cambio, la irrelevancia de la violencia hace innecesario demostrar que la conducta es violenta, porque basta con probar que ha producido una restricción de libertad mediante un comportamiento ilegítimo. Lo verdaderamente preocupante de la sentencia no es, pues, haber ampliado el concepto, sino haberlo ampliado de tal modo que puede dejar de cumplir la función que justificaba su presencia en el tipo.

5.2. El riesgo de circularidad entre violencia y falta de autorización

La segunda dificultad permite formular el problema con mayor precisión, y se refiere al papel que la sentencia atribuye a la ausencia de autorización legítima. La propia resolución enumera, al exponer la doctrina general, la violencia y la ausencia de autorización como requisitos diferenciados de las coacciones[23]. Sin embargo, al aplicar esa doctrina al caso, utiliza precisamente la falta de legitimidad del acusado para reforzar la conclusión de que la cancelación del suministro equivale a una forma de violencia: el Tribunal Supremo señala que el ser titular formal del contrato no le autorizaba a anular el servicio y que existían cauces civiles para el conflicto, y de ahí extrae, junto con la finalidad coercitiva, la calificación de la conducta como *vis in rebus*.

La intuición normativa subyacente es atendible: no parece razonable permitir que alguien convierta una facultad formal (la titularidad de un contrato) en un instrumento de presión para imponer unilateralmente la solución de un conflicto que debería encauzarse por vías jurisdiccionales. Pero la ausencia de autorización no debería determinar que exista violencia, sino que, existiendo ya una conducta violenta, esta sea típica por no concurrir una autorización legítima.

Si la falta de autorización se emplea para demostrar que existe violencia, el razonamiento adopta una estructura con riesgo de circularidad, que puede reconstruirse así: (i) el acusado carecía de autorización para utilizar el suministro como mecanismo de presión; (ii) por ello, su actuación constituye una forma ilegítima de coerción; (iii) precisamente por ser una forma ilegítima de coerción, se califica como *vis in rebus*; y (iv) una vez calificada como violenta por existir fuerza en las cosas, se entiende que concurre el delito de coacciones[24].

Esta objeción no supone negar relevancia jurídica a la autorización; al contrario, el art. 172 CP la incorpora expresamente como elemento de tipo penal (sin estar legítimamente autorizado). El problema no es que la autorización importe, sino la función que se le asigna. La falta de autorización puede y debe operar como criterio de tipicidad (puede excluirla cuando el

[23] *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1498-99 (2d Cir. 1995) (citando *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)); *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*Had counsel directed Heppner to use Claude, Claude might arguably be said to have functioned in a manner akin to a highly trained professional who may act as a lawyer's agent within the protection of the attorney-client privilege*»).

[24] Complementando este último punto, para evaluar una razonable expectativa de confidencialidad, parece relevante atender a las características concretas de la herramienta tecnológica, es decir, a las reglas de reutilización de los datos, los plazos de retención, las posibilidades de acceso por terceros y las salvaguardias contractuales o técnicas. La confidencialidad, por tanto, no debería depender de la etiqueta «IA», sino de la configuración y condiciones efectivas de uso del sistema. Así, PERLIN, «Client Confidentiality and Generative AI», *Harvard Journal of Law & Technology*, (40), 2027 (en prensa), pp. 52-54.

ordenamiento permite legítimamente emplear un determinado mecanismo de presión), pero no debería convertirse en el criterio que transforma una conducta no violenta en violenta[25].

5.3. La confusión entre elementos del tipo

Los dos defectos anteriores comparten una raíz común: la mezcla de elementos que deberían analizarse por separado. La estructura del art. 172 CP invita a un examen escalonado en el que cada requisito desempeña una función distinta. Primero ha de determinarse si existe una conducta que pueda calificarse autónomamente como violenta, incluida, cuando proceda, una determinada forma de *vis in rebus*. Después, si esa violencia guarda una relación causal relevante con la restricción de la libertad. Y solo entonces, si el sujeto actuaba o no legítimamente autorizado. La sentencia, al fundir el juicio sobre la violencia con el juicio sobre la legitimidad y con la constatación del resultado coercitivo, hace que estos elementos se retroalimenten y pierdan su función discriminadora respectiva. De este modo, el contenido de «violencia» se torna redundante, lo que plantea problemas si asumimos, como es habitual, que el legislador no incorpora términos superfluos. No se trata aquí de indagar qué quiso efectivamente el legislador de 1995, sino de reconocer que sobre quien propone una lectura que priva de efecto a un elemento del enunciado recae una carga argumentativa específica. Y esa carga es en este caso particularmente exigente por dos razones. La primera es que la exigencia de un medio determinado parece cumplir manifiestamente una función de selección: discrimina qué formas de afectación de la libertad, entre las muchas que pueden condicionar eficazmente la conducta ajena, justifican la intervención penal. La segunda, que considero todavía más relevante, es que, aunque es cierto que las leyes contienen a menudo repeticiones y énfasis, una redundancia que supone restringir el alcance del tipo resulta inocua desde la perspectiva de la legalidad, mientras que la que aquí se produciría amplía el ámbito de lo punible. Adviértase, por lo demás, que este argumento no presupone concepción alguna sobre qué haya de entenderse por «violencia». Es neutral entre lecturas amplias y restrictivas, y solo exige que, sea cual sea la extensión atribuida al término, este conserve algún contenido diferenciado del resto de elementos del tipo.

La confusión anterior tiene, además, una proyección sistemática que el propio voto particular señala: la utilización de la falta de autorización como criterio que convierte una conducta en coacción puede difuminar la frontera con el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP, que precisamente contempla los supuestos en que alguien trata de satisfacer un derecho propio por vías de hecho no autorizadas, incluso ostentando un derecho legítimo. Si la ausencia de legitimidad pasa a ser el elemento decisivo para sostener que hay violencia, se corre el riesgo de un doble efecto indeseable: expandir el art. 172 CP y, correlativamente, producir un efecto destipificador respecto del art. 455 CP[26].

La crítica no obliga a abandonar la categoría de *vis in rebus* ni a sostener que «violencia» solo pueda significar contacto físico directo con el cuerpo de la víctima. Aunque aquí solo dejaré planteada la cuestión, cabe una reconstrucción más amplia que no obstante preserve la función autónoma del elemento. Así, podría sostenerse que existe *vis in rebus* cuando la actuación sobre una cosa produce un efecto coercitivo directo y relevante sobre la esfera de actuación de la

[25] Anríquez Novoa/Vargas Weil, «Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, (48-1), 2021, pp. 133-150.

[26] Bascuñán Rodríguez, «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 2011, p. 248.

víctima, de manera que la cosa funcione como medio material de la violencia y no simplemente como presupuesto o contexto de la restricción de libertad. Esta formulación permite distinguir dos grupos de casos: aquellos en que la cosa se convierte en el instrumento a través del cual se ejerce presión material sobre la víctima (romper la puerta para impedirle entrar o salir, descolgar puertas o ventanas, los ejemplos de WELZEL que invoca el voto particular) y aquellos en que la conducta sobre la cosa (dejar de pagar una factura, rescindir un contrato, modificar una contraseña, cesar en la prestación de un servicio) solo genera indirectamente una situación desfavorable que induce a la persona a modificar su comportamiento. El test podría articularse mediante algunas preguntas, como por ejemplo, cuál es la relación entre la actuación sobre la cosa y la persona, si la actuación produce directamente la situación coercitiva o solo la desencadena de manera mediata, qué papel desempeña materialmente la cosa en la constricción de la libertad, si el efecto coercitivo puede explicarse con independencia de la calificación jurídica de la conducta como ilegítima, o qué características permiten distinguir esa conducta de otras formas de presión o de ejercicio ilegítimo de derechos. Obviamente, se trata solo de un planteamiento inicial que amerita un abordaje mucho más detallado. Pero solo un análisis complejo de este tipo permitiría que la *vis in rebus* siga siendo una categoría amplia sin convertirse en una categoría ilimitada. Únicamente así puede evitarse que, tras haber construido una nueva modalidad de fuerza en las cosas, no quede criterio alguno para distinguirla de cualquier otra conducta que produzca indirectamente una situación material restrictiva de la libertad.

6. Conclusiones

La STS 426/2026 puede ser criticada desde la perspectiva del principio de legalidad, pero la crítica ha de formularse con mayor precisión de la que permite una oposición genérica a la interpretación extensiva de los tipos penales.

En primer lugar, no es problemático que el Tribunal Supremo desarrolle creativamente el significado de «violencia». La interpretación judicial comporta normalmente cierta actividad creativa, lo que no equivale a una creación *ex novo*. La amplitud de una interpretación no demuestra por sí sola una aplicación problemática, y la apelación al *tenor literal posible* no proporciona una frontera nítida entre interpretación y analogía. Tampoco es objetable que el Tribunal Supremo razone a partir del supuesto genérico del corte de suministros excluyendo ciertos casos en que se carece de legitimidad, ni que se contribuya a consolidar una línea jurisprudencial, pues la consolidación puede incluso contribuir a que haya una mayor previsibilidad.

En segundo lugar, el problema específico de la sentencia se encuentra en la arquitectura de su razonamiento sobre la violencia. La resolución corre el riesgo de que el resultado coercitivo deje de ser la consecuencia de una conducta violenta y pase a ser la razón por la que la conducta se califica como violenta; cuando esto ocurre, la violencia deja de operar como requisito autónomo del tipo y se convierte prácticamente en otro modo de describir la restricción de la libertad, con la consiguiente transformación del delito de medios determinados en un ilícito resultativo. A ello se añade la utilización de la falta de autorización para determinar la existencia misma de la violencia, que genera un razonamiento con riesgo de circularidad y confunde elementos del tipo (violencia y ausencia de autorización) que deberían

analizarse de forma escalonada e independiente, con la proyección sistemática adicional de difuminar la frontera con el art. 455 CP.

La cuestión decisiva que plantea la sentencia no es, por tanto, si cabe interpretar ampliamente el concepto de *violencia* ni si toda interpretación extensiva vulnera la legalidad. El problema aparece cuando la interpretación adoptada hace que el resultado coercitivo determine la existencia de violencia y cuando la falta de autorización se utiliza para completar, en lugar de acompañar, la justificación de ese elemento típico. Una cosa es ampliar el concepto de *violencia* y otra, muy distinta, hacer que la violencia deje de desempeñar un rol relevante. La primera es una operación interpretativa legítima; la segunda vacía de contenido el requisito que justifica la propia existencia del delito de coacciones como figura de medios determinados. La exigencia de una motivación que identifique qué rasgos de la conducta la convierten en violenta (al margen de su resultado y de su ilegitimidad) no es, así, una cautela formal, sino la garantía última frente a la expansión progresiva del ámbito del art. 172 CP, tanto más necesaria en la medida en que la decisión está llamada a operar como precedente.

InDret
4.2026

Estado de necesidad y tráfico de órganos

Comentario a la STS 428/2026, de 24 de junio

Oriol Martínez Sanromà
Universitat Oberta de Catalunya
omartinezsan@uoc.edu

-

1. Introducción

La sentencia objeto de este comentario[1] plantea un conjunto destacado de problemas relativos al delito de tráfico de órganos. En concreto, interesa principalmente la posibilidad de eximir o atenuar la pena tanto al receptor del órgano como a los demás intervinientes en atención al habitual contexto de angustia personal y necesidad que suele acompañar al hecho de requerir de un trasplante para paliar una enfermedad grave. Con ello pretendo analizar un aspecto fundamental, a saber, la relación que el conflicto subyacente al tráfico de órganos puede presentar con la causa de justificación de estado de necesidad. La tesis que defiendo, en la línea de la opinión de voces destacadas de entre la doctrina, es la siguiente: la regulación extrapenal sobre donación de órganos y la prohibición penal de su tráfico de conformidad con el art. 156 bis CP contienen una ponderación legislativa específica que determina las posiciones jurídicas de los implicados y, por ello, ocluye la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación. Sin embargo, ello no impide que determinadas circunstancias puedan proyectarse en el plano del merecimiento de pena. Al desarrollo de esta idea centraré las siguientes páginas. Con este fin, inicio el comentario con una exposición sucinta de los hechos probados y los puntos discutidos tanto en la sentencia en comento como en la resolución que fue objeto del recurso de casación (apdo. 2). Continúo delimitando lo que a mi parecer es el problema básico del caso: la existencia de un conflicto de intereses requerido de ponderación como juicio axiológicamente distinto al del estricto merecimiento de pena (apdo. 3). Utilizo los dos últimos apartados para, precisamente, proyectar esta dualidad analítica al caso de autos (apdos. 4 y 5).

2. Antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho

2.1. Hechos probados

Z, nacional del Líbano, padecía una enfermedad hepática que requería de un trasplante de hígado para su sanación. Dada la incompatibilidad de su hijo como donante, *Z* se valió de unos

[1] 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.

familiares residentes en España para que le ayudaran a captar a otros posibles donantes. A dichos efectos, estos familiares intentaron llevar a cabo el plan con un total de ocho personas, todas ellas sin recursos o en situación de necesidad económica y a quienes ofrecían dinero u otro tipo de recompensa para ser donantes vivos en favor de *Z*. Cuatro de estas personas se sometieron a diferentes pruebas en la Clínica Quirón de Valencia para determinar su compatibilidad con el receptor. Dos de ellas rechazaron en último momento la donación por varios motivos y otra fue rechazada por el propio *Z* dada la condición de mujer de la donante. Solo uno de ellos, *E*, accedió a operarse, haciéndose pasar por un amigo íntimo de *Z* que quería donar su hígado de manera gratuita y altruista. Ello no convenció a los responsables de los dos hospitales donde intentaron efectuar la operación (el Clínic de Barcelona y la Clínica Universitaria de Navarra) por no resultar creíble el carácter altruista de su proceder, ya que *E* era una persona de nacionalidad rumana que ni hablaba la lengua ni tenía la misma nacionalidad ni religión que *Z*.

Siendo indubitable la relevancia penal de los comportamientos de *Z* y sus familiares desde la perspectiva del delito de tráfico de órganos, aquí concierne una cuestión fundamental: si la necesidad vital de *Z* para ser receptor del hígado como consecuencia de su dolencia hepática podría configurar una razón para excluir o atenuar la pena, tanto a este sujeto como a sus familiares, por la realización de las conductas típicas del art. 156 bis CP. Esta posibilidad puede explorarse de tres formas distintas: (i) a la luz de la eximente (completa o incompleta) de estado de necesidad (arts. 20.5.º y 21.1.ª CP), (ii) a través de la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP o (iii) mediante la atenuante específica para el receptor del órgano establecida en el art. 156 bis 3 CP. La susceptibilidad de aplicar cualquiera de estos tres preceptos legales a un caso prototípico de tráfico de órganos será el asunto central de este comentario. A dichos efectos, la resolución del tribunal *a quo* y la propia del Tribunal Supremo aportan ideas fundamentales para con el correcto desarrollo dogmático de esta cuestión. Veamos.

2.2. La SAP Valencia 174/2023, de 24 de marzo

En la primera resolución condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia[2], objeto del recurso de casación, los familiares de *Z* alegaron la posibilidad de aplicar la figura del estado de necesidad como eximente (art. 20.5.º CP) o atenuante (art. 21.1.ª CP). Al respecto de esta posibilidad, el tribunal plantea una consideración de alto interés en lo que al impacto de la regulación extrapenal de la donación de órganos en las causas generales de justificación se refiere. Para ello, la Audiencia Provincial repara en la cláusula atenuante del art. 156 bis 3 CP (en el momento de los hechos, art. 156 bis 2 CP)[3]. En atención a la literalidad de este artículo y pese a no hacerlo de forma explícita, la sentencia de la Audiencia Provincial atribuye a la legislación extrapenal y a la regla antedicha una característica fundamental, a saber, un efecto oclusivo:

> «[S]i respecto del receptor del órgano el legislador, en atención a las características del bien jurídico protegido (…), ha optado por solo reconocer la posibilidad de una rebaja de pena de uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y del culpable, es decir, tampoco establece

[2] *United States v. Heppner* (2026), No. 25-cr-00503-JSR (S.D.N.Y.).

[3] *Claude* es un asistente de inteligencia artificial generativa avanzado desarrollado por la empresa Anthropic. Se basa en grandes modelos de lenguaje (LLMs). Dentro de la variada oferta de plataformas de IA, Claude destaca en el razonamiento complejo, el análisis de documentos extensos y la programación.

> una degradación automática, y, optar por explicar de esa rebaja a las personas distintas del receptor que puedan ejecutar alguna de las conductas típicas, no parece posible que, en esas circunstancias y vistas las características de este supuesto, se pueda entender habilitado al tribunal para generar supuestos de justificación o inexigibilidad aplicable a los demás autores».

Al parecer del tribunal, la existencia de una legislación específica sobre la materia y el carácter excepcional de la atenuante del art. 156 bis 3 CP cerraría (*ocluiría*) la posibilidad de aplicar las reglas generales de justificación. Así, el conflicto subyacente al supuesto de hecho (de forma esquemática: la necesidad vital del eventual receptor *vs*. la integridad física, libertad y dignidad del eventual donante) se resolvería de una forma particular a través de una regulación extrapenal, concediendo un derecho al necesitado a ser destinatario de un órgano solo de cumplirse con una serie de requisitos. De esto último daría fe el art. 156 bis 3 CP: resuelto el conflicto, cualquier modulación penológica solo tendría un efecto atenuante y se limitaría únicamente a la figura del receptor del órgano, no pudiéndose extender a terceros intervinientes. En este sentido, según la sentencia, «el legislador en este precepto da prioridad a los intereses generales y de este modo efectúa una ponderación específica de los bienes en conflicto (donante –sobre el que recae un evidente riesgo–, dignidad, sistema de trasplantes…) estableciendo solo la posibilidad de rebaja en grado para el receptor del trasplante y no para los que, no siendo el receptor, sean considerados autores de ese hecho». El tribunal concluye que «no podemos apreciar supuestos de exención o atenuación en contra de la propia redacción típica generando un precepto paralelo distinto, sin perjuicio de tener en cuenta, tal como hemos señalado, las circunstancias a la hora de modular la respuesta punitiva»[4]. Por tanto, habida cuenta de la existencia de una resolución específica del conflicto, este último no podría resolverse aplicando la lógica interna del estado de necesidad.

> No obstante lo anterior, la resolución sí se esfuerza (aunque desde una lógica distinta a la institución del art. 20.5.º CP) en rebajar la pena del hijo del receptor del órgano: el intento frustrado de donar una parte de su hígado antes del inicio de la operación delictiva constituiría una muestra de «amor filial» a tener en cuenta penológicamente. Con base en esta consideración, la resolución contempla aplicable al caso la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP en relación con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP. De esta manera, entiende el tribunal que, pese a no ser aplicable este último precepto al caso de autos (pues este «[g]eneralmente opera en los delitos de carácter personal como agravante y como atenuante en los patrimoniales»), sí entiende aplicable la atenuante de análoga significación. Sin embargo, para con la motivación de esta decisión, se echa de menos una fundamentación argumentativa más desarrollada. Ciertamente, la Audiencia Provincial se limita a analizar el problema de atender, a los efectos de una rebaja del *quantum* de pena, a una acción previa al inicio del *iter criminis* del delito de tráfico de órganos (la donación en vida frustrada del hijo)[5], sin ahondar en el carácter análogo de este «amor filial» con respecto a las demás circunstancias atenuantes del art. 21 CP.

2.3. La STS 428/2026, de 24 de junio

Los condenados familiares de *Z*, no conformes con la respuesta anterior, plantearon al Tribunal Supremo la indebida (in)aplicación de la eximente de estado de necesidad. Así, en opinión de los recurrentes, el art. 156 bis CP no cerraría el paso a la causa general de justificación del art.

[4] El mismo 10 de febrero, como se lee en el *memorandum*, el juez anunció verbalmente su decisión que luego fundamentó en su resolución.

[5] *United States v. Heppner*, Memorandum, United States District Court for the Southern District of New York, 2026, Case No. 25-cr-00503-JSR [Disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/71872024/27/united-states-v-heppner/].

20.5.º CP y, en caso de hacerlo, nada impediría aplicar la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP. En otras palabras: la existencia de una situación de angustia y necesidad al existir una persona requerida de un trasplante podría tener efectos penológicos atenuantes (e, incluso, eximentes), no solo en la figura del eventual receptor (art. 156 bis 3 CP), sino también en los demás intervinientes que pudieran haber realizado las conductas típicas impelidos por esa misma situación. Estas demandas permiten al tribunal reparar en tres cuestiones fundamentales: la propia caracterización del estado de necesidad y la posibilidad de su aplicación al supuesto (1), la eventualidad de aplicar la atenuante de análoga significación (2) y la trascendencia del art. 156 bis 3 CP en el caso de autos (3).

1. Sobre la posibilidad de apreciar un estado de necesidad, la sentencia es categórica al afirmar que, pese a que el receptor «padecía una enfermedad hepática severa y que el trasplante constituía la alternativa terapéutica indicada», el «ordenamiento les ofrecía un cauce lícito, consistente en el trasplante *inter vivos* condicionado a un consentimiento libre, consciente, informado, desinteresado y sometido a controles médicos, éticos y judiciales». De esta forma, «la conducta delictiva no surge como un medio ineludible para salvar la vida del receptor, sino que constituyó una vía paralela al procedimiento legal de sanidad para, fundamentalmente, endosar los riesgos a terceros que estaban compelidos económicamente para aceptarlos». En tanto que la «inevitabilidad de tener que recurrir al comportamiento típico no es un requisito periférico», sino un elemento esencial del estado de necesidad, no solo no sería de aplicación la eximente completa del art. 20.5.º CP, sino tampoco la incompleta del art. 21.1.ª CP al no estar «ante un supuesto en el que se conserve el núcleo de la causa de exención y solo falte algún requisito secundario». Repárese que, en este punto, el Tribunal Supremo utiliza un argumento paradigmático (e interno) para con la aplicabilidad del estado de necesidad agresivo: la noción de subsidiariedad. Al respecto, la idea es comúnmente conocida: la afectación de los bienes jurídicos de un tercero en una situación de necesidad solo es posible en caso de que se hayan agotado las vías institucionales que ofrece el ordenamiento para superar esa misma necesidad[6]. Sobre la compatibilidad, semejanzas y diferencias entre la idea antedicha y el denominado efecto oclusivo volveré más adelante en el texto.

2. En cuanto a la procedencia de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP, el Tribunal Supremo recorre también un camino argumentativo desfavorable a los intereses de los recurrentes. Al respecto, la resolución aclara que «[l]a atenuante analógica no constituye una cláusula general de equidad ni permite al Tribunal crear reducciones de responsabilidad desligadas del sistema legal de atenuantes». Por el contrario, para con su apreciación, se exige una «identidad de razón con alguna de las circunstancias previstas». Aplicando la idea al caso, el Tribunal Supremo indica que «la angustia derivada de la enfermedad de un familiar puede explicar el móvil de la conducta, pero no reduce aquí de forma jurídicamente apreciable la exigibilidad de abstenerse de captar donantes vulnerables mediante precio, promesa o recompensa» de tal

[6] Tanto en los sistemas del *common law* como en los de tradición continental, existe un consenso bastante asentado en torno a que las comunicaciones entre imputados (o, en general, personas que creen que pueden llegar a serlo) y sus abogados están amparadas por un régimen estricto de confidencialidad. En este marco, el privilegio abogado-cliente faculta al defensor para abstenerse de revelar cualquier información proporcionada por su representado. Esta protección no es meramente formal: cumple una función estructural en el proceso penal y resulta ser un mecanismo de protección de la profesión. Sin una garantía robusta de confidencialidad, los imputados difícilmente compartirían con sus abogados información sensible —incluso potencialmente auto incriminatoria— que resulta indispensable para una defensa adecuada. En consecuencia, el derecho a contar con asesoría letrada se vería sustancialmente debilitado. De ahí que el privilegio y el deber de confidencialidad se encuentren íntimamente vinculados con la garantía de una defensa efectiva y, en última instancia, con el derecho a un juicio justo.

manera que «[l]a relación familiar invocada no transforma en atípico, justificado, excusado o atenuado un comportamiento dirigido a obtener un órgano principal al margen de las garantías que precisamente tutelan al donante y a la credibilidad del sistema público de trasplantes».

3. Finalmente, en lo que al art. 156 bis 3 CP se refiere, la sentencia indica que la regla en cuestión positiviza «una ponderación legislativa particularmente intensa» que refleja que «el legislador ya ha tomado en consideración la singular posición de quien padece la enfermedad». Este juicio particular, prosigue el tribunal, solo afectaría al receptor del órgano y «no puede proyectarse automáticamente sobre otros partícipes que promuevan, favorezcan o faciliten la captación de donantes». Sobre su posible efecto oclusivo, la sentencia considera *prima facie* que la atenuante indicada «no excluye dogmáticamente, en toda hipótesis concebible, la operatividad de las causas generales de exención o atenuación de la responsabilidad penal reflejadas en la parte general». No obstante, acto seguido añade que la eventualidad de aplicar los arts. 20.5.º y 21.1.ª CP puede anularse en caso de que «la razón de la institución invocada resulte incompatible con la propia configuración típica o con la opción legislativa que la norma expresa». Por tanto, en lo que alcanzo, la posibilidad de tener en consideración a efectos penológicos (amplios) la especial situación personal del receptor del órgano solo podría canalizarse a través del art. 156 bis 3 CP, pues esta constituiría precisamente la «opción legislativa» de la norma. Consiguientemente, esta coyuntura solo podría proyectarse en forma de atenuante cuyos efectos penológicos se limitarían al receptor del órgano, excluyendo con ello a los demás intervinientes en el delito.

3. Delimitando el problema: conflicto y (anti)juridicidad

Como siempre, la comodidad de cualquier comentario de jurisprudencia me permite esgrimir alguna consideración crítica sobre la sentencia y plantear una solución (quizás no en el fondo, pero sí en la forma) distinta. Así pues, si «el legislador ya ha tomado en consideración la singular posición de quien padece la enfermedad» en el contexto de un precepto penal que (en palabras de la Audiencia Provincial) «efectúa una ponderación específica de los bienes en conflicto», cabe preguntarse por qué el Tribunal Supremo aborda materialmente el primero de los dos problemas antedichos (la eximente completa o incompleta de estado de necesidad). Ello se podría haber descartado con base en la misma argumentación que esgrime el alto tribunal en la propia sentencia (aunque más explícita en la de la Audiencia Provincial): el art. 156 bis 3 CP *qua* juicio atenuante específico de la Parte Especial circunscrito al receptor del órgano ocluiría (cerraría) la posibilidad tanto de aplicar las reglas eximentes de la Parte General como de extenderlas al resto de intervinientes (p.ej., al transportista o al cirujano) cuando estas se fundamentaran en la especial situación de necesidad del receptor.

En realidad, estimo que el Tribunal Supremo entremezcla dos planos distintos. Por un lado (*supra* 1), una cuestión de ponderación genérica de la causa de justificación de estado de necesidad teniendo en cuenta la noción de subsidiariedad. Según lo dicho, el art. 20.5.º CP no sería de aplicación al caso de autos porque el ordenamiento jurídico ya ofrece un cauce legal para superar la situación de necesidad que subyace al conflicto (*lógica de la subsidiariedad*). Por el otro (*supra* 3), una cuestión de ponderación específica de la legislación extrapenal (y penal) sobre donación (y tráfico) de órganos y su efecto oclusivo con respecto a las reglas generales de justificación. Según lo dicho, esta legislación y el art. 156 bis CP cerrarían el paso a la aplicación de la causa genérica de estado de necesidad (*lógica del efecto oclusivo*). Entiendo que ambos

planos difieren en su contenido y responden (me reitero) a *lógicas* distintas, lo que repercute en la comprensión de la operatividad tanto de la atenuante del art. 156 bis 3 CP (aplicable al receptor) como de la de análoga significación del art. 21.7.ª CP (aplicable *a priori* a los demás intervinientes). Para ver estos efectos, sin embargo, considero importante entender el papel que desempeña una causa de justificación en la arquitectura analítico-axiológica de la teoría del delito. Solo luego podrá analizarse su relación con todos los preceptos legales aquí en disputa (arts. 20.5.º, 21.1.ª, 21.7.ª y 156 bis 3 CP).

El punto de partida es el siguiente: al caso de autos subyace un conflicto entre el interés vital de *Z* y el interés en la integridad física y la dignidad de un eventual donante (y otros intereses generales, como la equidad en el acceso al sistema público de trasplantes). Creo que esta composición puede visualizarse mejor con un ejemplo extremo: imagínese que, en el marco de una guerra, el soldado *X* necesita urgentemente un órgano para sobrevivir tras ser lesionado de gravedad (permitirá el lector que suspenda momentáneamente la plausibilidad médica de un supuesto de estas características). Para con este fin, *X* extrae el órgano en cuestión de *W*, quien se encuentra malherido y en estado de inconsciencia en el hospital de campaña (valga como variable el hecho de que *W* haya fallecido). La cuestión es evidente: ¿está justificado que *X* extraiga el órgano de *W*? Mejor: ¿tiene *X* un derecho a extraer el órgano configurando con ello un deber de tolerancia por parte de *W* y de terceros presentes en la escena? La conflictividad del supuesto se explica por el carácter dual de la conducta lesiva: al extraer el órgano, *X* salva su vida en detrimento de la integridad física (y dignidad) de *W*. Pues bien, si las causas de justificación se refieren a este tipo de esquemas duales, esto quiere decir que estas se proyectan sobre «un conflicto que debe resolverse evaluando lo que está en juego», esto es, *ponderando*[7].

En efecto, las reglas generales de justificación sirven para resolver los conflictos que pudieran generarse a raíz de la realización de una conducta típicamente desaprobada y la consiguiente afectación de los intereses de un tercero. El objeto de la justificación es, como decía, una *actio duplex*[8]. Y es en este contexto en el que deben entenderse circunscritos los arts. 20.4.º y 5.º CP. Con su aplicación, el conflicto se solucionará obligando a que una de las dos partes sacrifique (total o parcialmente) sus intereses en favor de la salvaguarda de los del otro. En última instancia, por tanto, las reglas de justificación permiten identificar al sujeto que «debe asumir tal sacrificio por ser preferentemente competente»[9] y obligan a terceros a no interferir en esta estructuración normativa de las posiciones jurídicas. A estas obligaciones se las denomina deberes de tolerancia[10]. Dependiendo de sus particularidades, la lógica que tomará la resolución del conflicto podrá ser, bien la del estado de necesidad agresivo, bien la del estado de necesidad defensivo, bien la de la legítima defensa.

Todas estas tres estructuras se cobijan bajo el *topos* comúnmente señalado como «justificación de una conducta» o «antijuridicidad». Ello debe relacionarse, en palabras de FERNÁNDEZ PERALES, con el «plano de la determinación de posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia correlativos–»[11]. En última instancia, por tanto, lo que concierne al denominado «juicio de

[7] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 5.

[8] En la sentencia *United States v. Mejia*, No. 10-2724 (2d Cir. 2011), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. fijó el *dictum* con el cual se verifica el privilegio entre el abogado y su cliente.

[9] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*This issue perhaps presents a closer call*»).

[10] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7, citando *In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig.*, 802 F. Supp. 3d 688, 699 (S.D.N.Y. 2025).

[11] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 5-6.

antijuridicidad» es la posibilidad o no de declarar la existencia de un derecho (a defenderse o de necesidad) y, en su caso, un correlativo deber de tolerancia[12]. Y ello, siguiendo al autor referido, constituiría una decisión axiológicamente distinta a la estrictamente penal del merecimiento de sanción[13]. Ambos juicios supondrían, en consecuencia, parcelas valorativamente disímiles: en una se analizaría si el agresor tiene un derecho y el agredido (y otros terceros) un deber de tolerar tal agresión como cuestión general de Derecho[14]; en otra, si el agresor es o no merecedor de pena con base en la teleología propia del Derecho penal[15]. De asumirse estas ideas (y me alejo en este punto del autor antedicho) considero adecuado concluir con una parte de la doctrina que cabe configurar una correlación «derecho – deber de tolerancia» (fijar las posiciones jurídicas de los involucrados en el conflicto) con respecto a una conducta merecedora de pena. Así lo ha defendido explícitamente PAWLIK, para quien sería perfectamente posible castigar un comportamiento que el afectado tenía el deber de tolerar[16].

Repárese como ejemplo de lo anterior en el problema del elemento subjetivo en las causas de justificación. Si entendemos que la estructuración de las posiciones jurídicas debe realizarse con arreglo a criterios estrictamente objetivos, de tal forma que la representación subjetiva del afectado sobre la tenencia de un derecho de defensa o necesidad es irrelevante para con aquella asignación de derechos[17], se puede afirmar que quien mata a alguien en una situación objetiva de legítima defensa sin saber que concurre esta circunstancia dispone de un derecho a realizar dicha conducta típica. Consiguientemente, la persona agredida tiene el deber de tolerarla. Y nada de lo anterior impide desaprobar penalmente la conducta de quien se ha defendido en caso de que se entienda que la ausencia de este elemento subjetivo constituye una razón para que dicho agente merezca pena. La incongruencia objetivo-subjetiva en lo que la situación de defensa se refiere permitiría castigar al detentador del derecho a defenderse por una tentativa inidónea de delito[18]. Por su parte, la relevancia penal de esta conducta no podrá ser alegada por el agredido para justificar un supuesto derecho a defenderse suspensivo de su deber primario de tolerancia frente a quien le agrede no siendo consciente de la situación justificante.

[12] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7.

[13] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 7-8.

[14] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 8, n.3: aun asumiendo que parte de la información volcada por Heppner en Claude proviniera originalmente de su abogado, el tribunal consideró que Heppner renunció a cualquier privilegio sobre ella («*just as if he had shared it with any other third party*»), dada además la política de privacidad de Anthropic.

[15] *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), caso fundacional de la doctrina del *work product* en el derecho federal norteamericano, citado indirectamente en el memorando a través de *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194, 1196 (2d Cir. 1998) (citando, a su vez, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. en 510-11).

[16] En perspectiva comparada, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el deber de confidencialidad del abogado no se limita únicamente a la información que recibe de su cliente (y de terceros) en un contexto estrictamente confidencial —esto es, sin la presencia de terceros ajenos al equipo de defensa—, sino que se extiende al conjunto de antecedentes, hechos y datos a los que accede en virtud de su labor como abogado. Este ámbito comprende también lo que en el derecho estadounidense se denomina *work product*, es decir, el material generado por el propio abogado en el ejercicio de la defensa. Dicho concepto abarca, en términos generales, el contenido del expediente profesional del abogado en relación con el caso, incluyendo entrevistas, declaraciones, minutas, correspondencia, escritos judiciales, así como sus reflexiones y apreciaciones personales plasmadas por escrito. Tradicionalmente, en Estados Unidos este tipo de información no debía ser revelada al fiscal en el marco del *pretrial discovery*; sin embargo, en tiempos más recientes, la protección asociada al *work product* ha experimentado ciertas limitaciones y restricciones. Sobre esta doctrina judicial véase ANDERSON/CADIEUX/HAYS/HINGERTY, «Work Product Doctrine», *Cornell Law Review*, (68), 1983, pp. 762-881.

[17] COHN, «The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege», *The Georgetown Law Journal*, (71), 1984, pp. 922-924.

[18] *Shih v. Petal Card, Inc.* (2021), No. 18 Civ. 5495 (JFK) (S.D. N.Y.).

Nuevamente, la estructuración de las posiciones jurídicas constituye una operación distinta a la del estricto merecimiento de pena.

> Aunque no de forma explícita, la distinción tajante entre «asignación de posiciones jurídicas» y «desaprobación estrictamente penal de conductas» defendida por FERNÁNDEZ PERALES da cuenta, a mi parecer, de una idea muy relevante: la acción estatal frente al comportamiento criminal no es exclusivamente punitiva, pues esta puede tomar múltiples dimensiones adicionales y distintas entre sí. De este modo, la conducta antisocial como fenómeno y todas sus implicaciones pueden abordarse, no solo castigando, sino también previniendo (allí las medidas de seguridad), restituyendo (allí la responsabilidad civil derivada del delito), restaurando a las víctimas o, importante aquí, *justificando* (mejor: decidiendo si y en qué medida la lesión inherente a la conducta *a priori* antisocial debe ser tolerada). El delito *qua* perturbación antijurídica típicamente abarcada e imputable personalmente a un sujeto, catalizador de la reacción punitiva, demanda de unos presupuestos vinculados al conjunto de principios que informan la asignación de un deber de soportar la pena (legalidad, culpabilidad, etc.) que no tienen por qué coincidir con los que pudieran servir para fundamentar otro tipo de reacción estatal al crimen. La inercia a la hora de estructurar todas estas reacciones posibles (restaurativa, restitutoria o preventiva) tomando como punto de referencia la construcción dogmática del delito (lógica punitiva) puede acabar impregnando a aquellas (y, de hecho, las impregna) de la gramática propia del castigo, la cual responde a un *telos* muy determinado[19].

Sea como fuere, lo importante ahora es quedarse con la distinción: asignar posiciones jurídicas (correlación de derechos y deberes) constituye una valoración axiológicamente disímil a la de desaprobar penalmente una conducta con criterios de merecimiento y necesidad de pena. Dicho esto, procede contrastar esta distinción con las previsiones legales que alegaron los familiares de *Z* para eximir/atenuar sus respectivas penas. El objetivo es doble: por un lado, analizar en cuál de los dos ámbitos afecta cada uno de estos preceptos (en otras palabras, ¿asignan posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia– o influyen en el proceso de desaprobación estrictamente penal de conductas?); por el otro, ver el impacto concreto que estas previsiones legales pudieran tener en el caso de autos. Al efecto, parto del conflicto en comento (intereses del necesitado vs. intereses del donante) y planteo un análisis doble nivel. Primero, explorar cómo asigna el Derecho las posiciones jurídicas (derechos y deberes) de los implicados en el conflicto subyacente a la donación de órganos (*primer nivel de análisis*). Segundo, allende lo anterior, ver si alguna de las características de este conflicto latente puede tenerse en consideración en el momento de desaprobar penalmente las conductas de los distintos intervinientes con base en criterios de merecimiento y necesidad de pena (*segundo nivel de análisis*).

4. La asignación de posiciones jurídicas

El conflicto inherente al caso en comento podría solucionarse *prima facie* a través de la lógica interna del estado de necesidad. A ello parece referirse la regla del art. 20.5.º CP cuando permite excluir la pena a quien «para evitar un mal propio o ajeno [aquí, *Z* y sus familiares] lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber [aquí, el art. 156 bis CP]». Sin

[19] Conviene, con todo, distinguir dos cuestiones analíticamente diferentes: una es determinar si un documento adquiere originariamente protección por haber sido elaborado para preparar la defensa o un litigio; otra es establecer si esa protección se pierde posteriormente como consecuencia de su divulgación a un tercero o de las condiciones tecnológicas bajo las cuales fue procesado. En *Heppner*, si bien el tribunal efectúa la distinción, parece asignar un peso excesivo a la potencial pérdida de confidencialidad de la información, por su tratamiento digital.

embargo, tanto la resolución de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo apuntan a una conclusión diametralmente opuesta: el art. 20.5.º CP no se podría aplicar al caso en la medida en que el legislador ya habría ofrecido una respuesta al conflicto a este subyacente a través de la legislación en materia de trasplante de órganos. Si el objetivo ahora es observar cómo se asignan las posiciones jurídicas de todos los implicados en el conflicto aquí comentado, cabe por tanto analizar si es cierto o no que esta legislación específica *ocluye* la posibilidad de acudir a la regla general de estado de necesidad. Al efecto, sin embargo, hay que despejar antes la siguiente incógnita: ¿qué es realmente el efecto oclusivo?

4.1. El efecto oclusivo

Con arreglo a las cláusulas generales de justificación, la decisión última sobre la estructuración de las distintas posiciones jurídicas se resolverá siempre en el caso concreto en atención a las características específicas del supuesto. Ciertamente, aquellas, dada su amplitud, pueden referirse a múltiples colisiones de intereses. El problema, no obstante, es que de situaciones conflictivas hay muchas y su resolución jurídica no depende siempre de la identificación de una regla aplicable *ad casum* con la que el juzgador condense una específica ponderación efectuada con base en las reglas generales. Una tesitura tal ofrecería al aplicador del Derecho la potestad de resolver todo tipo de conflicto a la luz de una cláusula general lo suficientemente amplia como para dar cabida a cualquier tipología de colisión de intereses (desde el aborto a la eutanasia, pasando por el mismo tráfico de órganos). Y es evidente que esto no es así: son muchos los conflictos cuya resolución depende, por las razones que sean y amén de las reglas generales, de una norma especial. En estos casos, el legislador se arroga la decisión sobre la competencia preferente de los titulares de los intereses en conflicto, efectuando él mismo una ponderación específica al subrogarse en la posición que pudiera ocupar el juzgador en ausencia de esta regla especial[20]. Ocurre en multitud de ocasiones: en la regulación de la eutanasia, en la institucionalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o en la prohibición de la tortura[21].

Para con el respeto y correcto funcionamiento de esta lógica, estoy de acuerdo con una parte importante de la doctrina cuando defiende que la existencia de estas normas especiales *ocluye* (cierra) la posibilidad de acudir a las disposiciones generales sobre justificación[22]. Así pues, «la resolución definitiva del conflicto» no se produce a través de una ponderación *in casum*, sino mediante «el establecimiento de una regla basada en una decisión estatal»[23]. Solo a través de este efecto oclusivo es posible ofrecer una preeminencia a la voluntad del legislador a la hora de resolver determinados conflictos de forma específica *qua* síntesis (siquiera ideal) de un proceso político democrático.

[20] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 9-10.

[21] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 12.

[22] Del latín *pro se*, «por sí mismo».

[23] *Warner v. Gilbarco, Inc*., No. 2:24-cv-12333-GAD-APP, 2026 WL 373043 (E.D. Mich., Feb. 10, 2026). Aplicando la Fed. R. Civ. P. 26(b)(3), el tribunal recordó que un litigante *pro se* puede invocar la *work-product protection* respecto de materiales preparados en anticipación del litigio. La resolución distingue además el régimen de renuncia del *work product* del correspondiente al *attorney-client privilege*: respecto del primero, la divulgación debe realizarse frente a un adversario o de modo tal que incremente sustancialmente la probabilidad de que la información llegue a éste. El tribunal caracterizó las herramientas de IA generativa como «*tools, not persons*» y rechazó que su utilización, por sí sola, produjera *waiver*.

> Lo ilustro con el siguiente ejemplo: si el legislador ha querido «zanjar» el conflicto que genera el fenómeno del aborto concediendo a la mujer un derecho a interrumpir su embarazo dentro de los plazos y condiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo; el juez no puede traer a colación la regla general del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP para justificar la conducta del padre que impide abortar a la titular del derecho para salvar la viabilidad del feto[24]. La decisión estatal (avalada por el Tribunal Constitucional) sobre las posiciones jurídicas era otra: la mujer tiene un derecho a abortar con su correlativo deber de tolerancia por parte de terceros[25]. En cambio, si la titular del derecho decidiera interrumpir voluntariamente su embarazo fuera de las condiciones temporales o materiales de la Ley Orgánica antedicha (p.ej., una semana antes del parto por un motivo ajeno a su salud vital), esta no podría alegar un estado de necesidad: la regulación específica ya había cerrado nuevamente la cuestión al no conceder un derecho a la mujer en estas circunstancias. La norma especial que regula la materia «expresa ya la solución que el legislador ha querido otorgar a ese concreto conflicto»[26].

Por todo lo dicho, el axioma es el siguiente: la concurrencia de una resolución específica del conflicto impide aplicar el estado de necesidad, de tal forma que si aquel se ha resuelto en favor de *A* en lugar de *B*, este último no podrá alegar el art. 20.5.º CP en detrimento del primero.

Llegados a este punto, cabe reparar en una última cuestión. Decía *ut supra* que el Tribunal Supremo acudió a la noción de subsidiariedad (= agotamiento de los canales institucionales) para descartar la aplicación de la eximente de estado de necesidad en el caso en comento. No obstante, conviene precisar la distinción entre la idea de *subsidiariedad* y la de *oclusión*. En palabras de FERNÁNDEZ PERALES, la noción de subsidiariedad «refiere solamente la prioridad de la vía institucional para solucionar el conflicto propio de la situación de justificación»; en cambio, el efecto oclusivo «refiere la solución definitiva del conflicto con el establecimiento de una regla basada en una decisión estatal, que imposibilita la aplicación de causas de justificación por hacer lícita la acción que, según dicha regla, es ilícita»[27]. De este modo, mientras el efecto oclusivo determina qué norma debe aplicarse (de existir, la específica; de no existir, la genérica) para resolver un conflicto distribuyendo las posiciones jurídicas de los sujetos implicados; la subsidiariedad es un requisito interno del propio estado de necesidad, por lo que solo puede traerse a colación cuando la regla con la que se decida el conflicto sea, precisamente, la del art. 20.5.º CP. En otras palabras: el estado de necesidad no es subsidiario a aquella legislación (penal o extrapenal) que pudiera existir en cuanto a la resolución del conflicto se refiere, sino solo «a los procedimientos institucionales de neutralización de peligros»[28].

---

[24] *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1498-99 (2d Cir. 1995) (citando *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)); *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*Had counsel directed Heppner to use Claude, Claude might arguably be said to have functioned in a manner akin to a highly trained professional who may act as a lawyer's agent within the protection of the attorney-client privilege*»).

[25] Complementando este último punto, para evaluar una razonable expectativa de confidencialidad, parece relevante atender a las características concretas de la herramienta tecnológica, es decir, a las reglas de reutilización de los datos, los plazos de retención, las posibilidades de acceso por terceros y las salvaguardias contractuales o técnicas. La confidencialidad, por tanto, no debería depender de la etiqueta «IA», sino de la configuración y condiciones efectivas de uso del sistema. Así, PERLIN, «Client Confidentiality and Generative AI», *Harvard Journal of Law & Technology*, (40), 2027 (en prensa), pp. 52-54.

[26] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, «Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, (48-1), 2021, pp. 133-150.

[27] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 2011, p. 248.

[28] Restricción similar a la contenida en el artículo 416.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal española.

> Así, mientras la legislación sobre el aborto ocluye (*excluye*) la aplicación del estado de necesidad; las instituciones asistenciales (caso del hurto famélico) no sustituyen (*no excluyen*) la regla del estado de necesidad, sino que constituyen una de las alternativas cuya existencia debe valorarse precisamente al aplicar el requisito de la subsidiariedad, inherente a la regla resolutiva del art. 20.5.º CP[29].

En estos términos, la pregunta a plantearse es la siguiente: la legislación extrapenal (y penal) sobre donación (y tráfico) de órganos, ¿ocluye la aplicación del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP (*lógica del efecto oclusivo*) o su agotamiento constituye un requisito para asignar un derecho de necesidad con su correspondiente deber de tolerancia a la persona requerida de un trasplante (*lógica de la subsidiariedad*)?

4.2. La resolución del conflicto que subyace al trasplante de órganos

Sin perjuicio de haber sido desbrozado muy inteligentemente por diferentes voces de entre la doctrina[30], el art. 156 bis CP es prácticamente un completo desconocido en la teoría y la práctica del Derecho penal. A ello no ayuda que la aplicación de este delito se haya planteado en contadas ocasiones[31]. Lejos de existir indicios de una elevada cifra negra, lo cierto es que su irrelevancia práctica se puede explicar por el buen funcionamiento y éxito del Sistema Nacional de Trasplantes. La existencia de procedimientos seguros de acceso, orientados a garantizar los derechos de donantes y receptores, evita que las personas interesadas acudan a canales extraoficiales. Es más, los pocos casos que han llegado a los tribunales distan de parecerse a lo que el imaginario popular podría concebir como «tráfico de órganos»: un trasplante llevado a cabo en el contexto de la trata de seres humanos. En España, los supuestos que han merecido la atención responden más bien al siguiente esquema, idéntico al del caso de autos: se intenta acelerar un trasplante de donante vivo mediante una donación dirigida aludiendo a una supuesta (y evidentemente inexistente) relación familiar o de amistad entre el receptor y un donante en situación de vulnerabilidad. Todos los casos conocidos terminaron siendo detectados antes de que llegara a realizarse el trasplante, gracias a la combinación de denuncias externas y de los controles propios del sistema.

Sea como fuere, es común entender que el art. 156 bis CP proyecta la tutela jurídico-penal requerida por el Sistema Nacional de Trasplantes. Su protección asegura la viabilidad y credibilidad del propio sistema a través del refuerzo de dos de sus pilares fundamentales: (i) el carácter libre, informado y expreso del consentimiento del donante (art. 156 bis 1.a) 1.ª CP) y (ii) la equidad en el acceso y el carácter gratuito y altruista de la donación (art. 156 bis 1.a) 2.ª y 3.ª CP)[32]. A través de estos (y otros) principios, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción de órganos, intenta dar cuenta (y superar) tres realidades importantes: (i) la escasez de órganos frente a la necesidad de trasplantes (de allí la salvaguarda de la equidad en el acceso), (ii) la tensión entre la autonomía individual y el interés colectivo (de allí la existencia

[29] CORTÉS BECHIARELLI, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (21), 2003, p. 161.

[30] *Upjohn Co. v. United States* (1981), 449 U.S. 383, 389. Antes ya se había pronunciado la Corte en *Fisher v. United States* (1976), 425 U.S. 391, 403; también en *Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1, 15-16, aunque en este caso destacando los beneficios públicos de reconocer el mismo privilegio de los abogados a la relación paciente-psicólogo (lo mismo que se puede extender al secreto confesional en el ámbito de la religión).

[31] MATURANA MIQUEL/MONTERO LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 138.

[32] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 143.

de mecanismos que pretenden asegurar el consentimiento libre e informado del donante) y (iii) la posible mercantilización del cuerpo humano (de allí la necesidad de que la donación sea gratuita).

Con ello, el Sistema Nacional de Trasplantes estructura las posiciones jurídicas de los implicados en el conflicto (derechos y deberes de tolerancia) de forma definitiva, cerrando el paso a la posibilidad de alegar un estado de necesidad (*lógica del efecto oclusivo*)[33]. Efectivamente, el eventual receptor de un órgano solo dispondrá de un derecho jurídicamente protegido al efecto en caso de que se cumplan (formal y materialmente) todos los requerimientos con los que el ordenamiento jurídico pretende superar los problemas antedichos. Fuera de este marco regulatorio, no hay derecho posible, pues la decisión estatal ha «zanjado» el conflicto (permítase: «póngase a la cola y espere»). Por tanto, es esta regulación especial y no la del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP la que determina las distintas posiciones jurídicas y, por tanto, la que da una solución específica al conflicto subyacente a la donación y extracción de órganos por causas de necesidad médica.

En todo caso, para que esta regla especial pueda ser de aplicación, será necesario que el supuesto de autos constituya «el tipo de conflicto que pretendía el legislador resolver», pues «[e]l efecto oclusivo sólo se proyecta sobre aquellas situaciones que se tuvieron en cuenta para la ponderación, pero no sobre otras que presenten elementos de juicio no ponderados»[34]. Pues bien, si lo que pretende resolver esta legislación específica es el conflicto entre el interés del receptor y determinados intereses individuales (integridad física y consentimiento del donante) y/o generales (acceso equitativo, etc.), puede afirmarse que, en el supuesto objeto de este comentario, el juzgador no puede acudir a la regla general de estado de necesidad para convertir en lícito («*Z* tiene un derecho al trasplante de *E*, por lo que sus familiares pueden ayudarlo al respecto») algo ilícito («*Z* no tiene un derecho al trasplante de *E*, por lo que sus familiares no pueden ayudarlo al respecto»).

> Si el conflicto que alegaran los familiares, el propio *Z* u otros intervinientes en el delito se alejara de este paradigma (interés del receptor *vs*. interés del donante), dicho conflicto quedaría extramuros del ámbito de aplicación de la ley especial, por lo que la regla aplicable sí podría constituirla la del estado de necesidad (imagínese que uno de los intervinientes decide participar en el hecho antijurídico motivado por la amenaza real de una organización criminal de matar a su hija).

5. El merecimiento de pena

Nada de lo anterior impide que, en el momento de desaprobar penalmente la conducta ilícita de *Z* y de sus familiares, puedan tenerse en consideración las circunstancias del supuesto de hecho para, de ser el caso, atenuar la pena merecida por la realización de las conductas típicas del art. 156 bis CP. Ello, sin embargo, ya no es una cuestión de asignación de posiciones jurídicas (si se prefiere, de *antijuridicidad*) sino de merecimiento y necesidad de pena (si se prefiere, de

[33] MONTERDE GARCÍA, «Reflexión sobre la evolución histórica del principio de secreto profesional del abogado: el caso español», *Revista de Derecho UNED*, (31), 2023, p. 248; GUERRERO PALOMARES, «Secreto profesional y confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en la Unión Europea. La necesidad de estándares mínimos», *Revista General de Derecho Procesal*, (69), 2026, pp. 3-5.

[34] Recientemente ha sido consagrado en esos términos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

tipicidad culpable). Abordo esta última posibilidad a través de las dos atenuantes alegadas por los recurrentes: la del art. 156 bis 3 CP y la analógica del art. 21.7.ª CP.

5.1. La atenuante del art. 156 bis 3 CP

La circunstancia atenuante del art. 156 bis 3 CP establece:

> «Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable».

A mi parecer, este precepto legal configura la siguiente estructura: asignadas las posiciones jurídicas (*antijuridicidad*), en caso de que el receptor intervenga en el tráfico de órganos realizando una de las múltiples conductas típicas señaladas por el art. 156 bis CP (*tipicidad*), el juzgador podrá tener en cuenta aquellas «circunstancias del hecho y del culpable» que pudieran fundamentar una aminoración de su *quantum* de pena. El hecho de que este apdo. 3 limite la atenuante al receptor del órgano tiene una *explicación* clara y una *consecuencia* evidente:

En cuanto a la *explicación*: la especial posición que ocupa el receptor en la cadena sucesiva de actos idóneos para paliar su necesidad (desde la captación al uso del órgano extraído) motiva que determinadas circunstancias puedan tenerse en consideración, no solo para determinar la pena en concreto dentro del margen establecido por el delito en cuestión, sino para atenuarla en uno o dos grados. Si bien la necesidad vital del eventual receptor no puede justificar una lesión a la integridad física y dignidad de un eventual donante, sí puede tenerse en consideración para remarcar, en el marco de la multiplicidad de intervinientes que concurrirán en el tráfico de órganos, la especial posición personal de aquel[35].

En cuanto a la *consecuencia*: la repercusión penológica atenuante de estas «circunstancias del hecho y del culpable» se limitará a la figura del receptor, pues solo en él concurren las características personales que fundamentan la existencia de esta modulación penológica. Sin embargo, ello no impide que, a la hora de determinar la pena de los demás intervinientes, el juzgador pueda tener en consideración las «circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho» (art. 66.1.6.ª CP), aunque sin efectos atenuantes, por lo que su relevancia queda ceñida únicamente a la determinación exacta de la extensión de la pena dentro del marco establecido por el art. 156 bis CP.

Con esto claro, conviene ahora reparar en el contenido de las circunstancias a las que alude esta regla atenuante:

1. *Circunstancias del hecho*: la posibilidad de atenuar la pena del receptor del órgano puede basarse en aquellos datos objetivos relativos a la concreta ejecución del delito que den fe de un merecimiento o necesidad de pena menor. Son múltiples: (i) la entidad objetiva del episodio de tráfico (no es lo mismo un hecho aislado que una operación organizada); (ii) el grado de desarrollo del delito (en un tipo en el que, de conformidad con la doctrina, se adelantan tanto las barreras de protección del bien jurídico, la afectación a los intereses protegidos no será la misma en la fase de captación que en la de la efectiva extracción); (iii) la forma concreta de obtención del órgano (aquí pueden distinguirse los supuestos de explotación especialmente

[35] Véase ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 140.

intensa de personas vulnerables con aquellos de menor gravedad objetiva); (iv) las particularidades del procedimiento legal de obtención del órgano por parte del específico receptor (p.ej., la existencia de una lista de espera considerablemente mayor a la que garantiza normalmente el Sistema Nacional de Trasplantes); o (v) la posición objetiva del receptor en la configuración del hecho antijurídico (esto es, el *quantum* de intervención del sujeto)[36].

> Con respecto a la circunstancia (v), cabe efectuar el siguiente *excursus*: la amplitud típica del delito de tráfico de órganos ha llevado a la doctrina a entender que el tipo en cuestión configura un concepto unitario de autor[37]. De esta manera, cualquier conducta que, en los términos establecidos por el art. 156 bis CP, contribuya al tráfico de órganos recibirá un tratamiento penológico unitario. Siguiendo esta lógica, la doctrina entiende que resultará extraordinario apreciar conductas accesorias de participación diferenciadas de aquellas que realizan el tipo (autoría) como paso previo, en su caso, a la aplicación de la regla de determinación de la pena del art. 63 CP. Sin embargo, frente a esta línea doctrinal consolidada, entiendo que existen razones para no excluir la posibilidad de identificar «partícipes» en la construcción del hecho típico del delito del art. 156 bis CP y (lo que es realmente importante) atenuar la pena a aquellos sujetos cuya contribución pudiera merecer el calificativo de complicidad (arts. 29 y 63 CP). Así pues, considero que en este punto la doctrina confunde dos niveles de análisis distintos: por un lado, la configuración del hecho antijurídico a través de la conjunción coordinada de múltiples contribuciones típicamente desaprobadas; por el otro, la cuantificación individual de cada una de estas aportaciones al suceder ilícito.
>
> Desde esta perspectiva y en términos generales, la realización de cualquier tipo no queda circunscrita exclusivamente a quienes ostentan la condición de autores; también comprende a todos aquellos sujetos cuya actuación, objetivamente prohibida, se integra en la ejecución de un plan delictivo compartido y contribuye a la producción del hecho ilícito[38]. En consecuencia, la diferenciación entre autoría y complicidad no determina quién realiza el tipo, sino que responde a un plano analítico posterior orientado a valorar la entidad de la aportación de cada interviniente[39]. De este modo, mientras la autoría se sanciona con la pena prevista por el correspondiente tipo penal (arts. 28 y 61 CP), la complicidad recibe una respuesta punitiva atenuada (arts. 29 y 63 CP).
>
> En atención a lo anterior, entiendo que el art. 156 bis CP no amplía el círculo de autores. Por el contrario, este precepto extiende el ámbito de lo típico para alcanzar conductas que, con base en una redacción alternativa resultativista, podrían quedar excluidas de la configuración del hecho total. Por tanto, co-configurado este último a través de todos aquellos comportamientos típicamente señalados por el art. 156 bis CP (promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar),

[36] TARUFFO y en términos concordantes, GASCÓN ABELLÁN, sostienen que el secreto profesional no constituye propiamente una regla contra-epistémica, sino más bien una norma de carácter no epistémica —en el caso de TARUFFO— y derechamente política —en el caso de GASCÓN ABELLÁN—: esto es, una regla que, al igual que otras propias de los ordenamientos procesales orientadas a la tutela de garantías, no persigue directamente la averiguación de la verdad, aunque puede implicar la exclusión de prueba relevante o incluso la imposibilidad de acreditar hechos decisivos en juicio. En esta línea, TARUFFO incluye dentro de estas categorías figuras como los *privileges*, *immunities* y ciertas reglas de protección de la *privacy* del sistema anglosajón, tratándolas como limitaciones derivadas de la necesidad de resguardar valores distintos de la función cognoscitiva del proceso: TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, p. 167; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., 2010, p. 109.

[37] Esto, desde luego, en un supuesto más bien excepcional en nuestro sistema, aunque reconocido en el inciso final del artículo 102 del Código Procesal Penal.

[38] En ese sentido, parece más adecuada la formulación de la regla de protección contenida en el artículo 16.5.a) de la Ley Orgánica 5/2024 española, que confiere protección a «todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa».

[39] Profusamente, con cita de precedentes judiciales, GUO, «*United States v. Heppner*», *Harvard Law Review. Blog Essays*, 2026 [Disponible en: https://harvardlawreview.org/blog/2026/03/united-states-v-heppner/].

> nada impide traer a colación las reglas de determinación de la pena aplicable a los casos de multiplicidad de intervinientes. Ciertamente, la existencia de estas últimas responde a la necesidad de graduar cuantitativamente el nivel de intensidad de las distintas contribuciones que hayan podido construir objetivamente el hecho prohibido (en este caso, el tráfico de órganos *lato sensu*) en atención a los principios de proporcionalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, en un supuesto de confluencia de múltiples intervenciones penalmente desaprobadas desde la perspectiva del tipo (póngase el caso: el transportista del órgano, su guardador, el cirujano, el receptor y el captador), sería perfectamente posible atribuir un *quantum* de pena a cada uno de los intervinientes acorde con el peso relativo de su aportación en la configuración colectiva del específico tráfico de órganos (siguiendo el caso: quizás el transportista merece la pena del cómplice mientras que el cirujano, la del autor).

2. *Circunstancias del culpable*: Tal y como indica FELIP I SABORIT, «los supuestos previstos en el art. 156 bis 3 CP serán situaciones de disminución de la exigibilidad de una conducta ajustada a Derecho atendida la situación motivacional anormal del sujeto, causa próxima, si no idéntica, al estado de necesidad exculpante (…) y, en menor medida, al miedo insuperable». En opinión de este autor, «[d]ado que esta exculpación incompleta se presentará en la mayoría de supuestos, el legislador ha optado por una previsión expresa»[40]. Efectivamente, la situación de angustia y necesidad vital permite presentar la conducta típica del receptor del órgano como algo *comprensible* (que no *justificado*), lo que permitirá (aunque no de forma automática) imponer la pena atenuada en uno o dos grados.

5.2. La atenuante analógica del art. 21.7.ª CP

Si bien el art. 156 bis 3 CP no es de aplicación a los demás intervinientes, de tal manera que *sus* «circunstancias del hecho y del culpable» solo podrán tenerse en consideración a la hora de determinar la extensión de la pena dentro del marco penológico instado por este delito; nada impide aplicarles las demás circunstancias atenuantes de la Parte General que responden a cuestiones de estricto merecimiento o necesidad de pena. En este apartado, me interesaré por aquella que plantearon con mayor énfasis los recurrentes: la atenuante analógica.

El argumento con el que aquellos intentaron fundamentar la aplicación del art. 21.7.ª CP descansaba «en la situación de riesgo vital de *Z*; en el vínculo familiar que le unía con él; en la finalidad de evitar su muerte; y en la afirmación de que no se invocó un estado de necesidad justificante, sino una reducción de culpabilidad». Pareciera, entonces, que cualquiera de estas circunstancias, conjunta o aisladamente consideradas, debería impactar sí o sí en la determinación de la pena de los condenados, a cuyos efectos serviría el art. 21.7.ª CP. De ser esta la idea sostenida por los recurrentes, la analogía establecida por este precepto se equipararía a una «*analogia iuris*»: entre el supuesto reglado y el que se pretende considerar análogo bastaría con que se diera «el mismo fundamento jurídico último, lo que remite a la equidad, o a la justicia del caso»[41]. Con ello se daría cumplimiento a uno de los pasos lógicos de la estructura analógica, a saber, la identificación del motivo (jurídico) que «justifica que para el

[40] En rigor, y viendo cómo ha evolucionado la IA, ella puede ocupar, según el modo en que sea utilizada, posiciones funcionalmente distintas. Puede operar como mero canal o soporte tecnológico; como herramienta de organización o procesamiento de información; o como interlocutor analítico capaz de generar nuevas respuestas, hipótesis y estrategias. Esta distinción resulta relevante porque no todos esos usos presentan el mismo problema desde el punto de vista del secreto profesional.

[41] ÁLVAREZ VALENZUELA, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, 2019, p. 33.

supuesto regulado se haya dado una determinada consecuencia jurídica que ahora se pretende hacer extensiva al caso no regulado»[42].

Sin embargo, la atenuante analógica no puede convertirse en una especie de «cajón de sastre» con el que proyectar aquellos elementos que, al parecer de un supuesto «juzgador virtuoso»[43], deberían impactar en el proceso de desaprobación del hecho y de su imputación al autor. Como indica MONTIEL, ello convertiría la analogía en una «estructura argumentativa prácticamente vacía que ofrece solamente un camuflaje "legal" al puro subjetivismo del juez»[44]. Por tanto, las referencias a la *poena naturalis*, la exclusión social o a las repercusiones de la sanción en el entorno del penado (por poner tres ejemplos comunes de reivindicación doctrinal como formas de atenuante analógica) pueden resultar motivos loables para intentar rebajar el componente aflictivo de la pena forense. Pero, por sí solas, no son razones jurídicas suficientes para impactar en un proceso de desaprobación e imputación que se sostiene, no en una regla abstracta de equidad, sino en el entramado de presupuestos (constitucionales y de Derecho positivo) que permiten presentar la pena como una respuesta legítima en atención a la identidad política del ordenamiento jurídico. Al efecto, falta un elemento fundamental: que estas razones, más allá de su nobleza, sean análogas a aquellos motivos que la comunidad política ha considerado relevantes para atenuar la pena y que no son otros que los establecidos en el art. 21 CP.

Lo anterior no es solo una entelequia retórica. El art. 4.1 CC establece que «[p]rocederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Si la analogía instada por el art. 21.7.ª CP no es distinta a la que establece el art. 4.1 CC como legislación supletoria (art. 4.2 CC), esto quiere decir que, para la aplicación de aquella, es necesario que el supuesto legalmente previsto (aquel al que se refiere cada una de las atenuantes «anteriores» del propio art. 21 CP[45]) y el que carece de una consecuencia jurídica explícita constituyan proyecciones de una misma «identidad de razón» [*eadem ratio decidendi*][46]. La referencia a esta expresión ha llevado a la doctrina civilista a entender que el art. 4.1 CC instituye una *analogia legis*, de tal forma que «se toma como premisa mayor del razonamiento jurídico únicamente una norma jurídica concreta» para poder afirmar o descartar que «existe la misma razón para decidir en el mismo sentido uno y otro supuesto»[47]. Para el caso del art. 21.7.ª CP: la razón cuya identidad debe regir la aplicación analógica al «supuesto no regulado» del tratamiento dispensado al «supuesto regulado» es la que fundamenta este mismo tratamiento específico. La «análoga

[42] Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

[43] En rigor, la ausencia de envío efectivo al abogado constituye, ciertamente, un argumento relevante contra la aplicación literal del artículo 220 letra a) del CPP, construido en torno a comunicaciones entre sujetos determinados. Sin embargo, se podría también decir, que ello no permite concluir que todo material preparatorio anterior a esa transmisión carezca necesariamente de protección. Una cosa es que todavía no exista una comunicación abogado-cliente en sentido estricto y otra distinta que el documento quede, por esa sola circunstancia, completamente fuera del ámbito material del derecho de defensa.

[44] Este estándar es, en sustancia, una construcción funcionalmente equivalente que el derecho chileno podría ofrecer la doctrina del agente, reconocida en el derecho norteamericano a propósito de *Kovel* y *Adlman* (*supra*, nota 23), trasladada a un ordenamiento que no cuenta con una consagración expresa de la *work product doctrine*.

[45] Similar, MEDINA CASCALES, «Inteligencia artificial y deontología profesional en la abogacía: el posicionamiento institucional del Consejo General de la Abogacía Española ante la mediación algorítmica», *Revista Derecho y Proceso*, (9), 2026, pp. 92-94.

[46*] Agradezco los comentarios de Marisa Iglesias, Mariona Llobet, Josep Joan Moreso y Josep M. Vilajosana a una versión previa de este trabajo.

[47] STS 426/2026, Penal (Pleno), de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2026:2963).

significación», por tanto, solo puede determinarse comparando la circunstancia del supuesto de hecho que se pretende tener en consideración para atenuar la pena con una circunstancia atenuante concreta de las previstas en el art. 21 CP[48].

Con esto dicho, la pregunta es clara: el hecho de verse impelido a contribuir a un tráfico de órganos por la situación de necesidad vital de un familiar, ¿es una proyección de una razón de identidad análoga de las que fundamentan las distintas circunstancias atenuantes del art. 21 CP? Descartando, por ser obvio su disimilitud con cualesquiera de las características del caso de autos, las atenuantes de grave adicción (art. 21.2.ª CP), estado pasional (art. 21.3.ª CP), confesión (art. 21.4.ª CP) y reparación del daño (art. 21.5.ª CP), intento responder a la cuestión con la atenuante sobrante: la de dilaciones indebidas (art. 21.6.ª CP). Pues bien, siguiendo a PUENTE RODRÍGUEZ, entiendo que el fundamento de esta circunstancia reside «en la necesidad de compensar la causación de un daño indebido imputable al Estado»[49]. Esta razón de identidad podría proyectarse (de forma totalmente extraordinaria) en aquel supuesto en el que el Sistema Nacional de Trasplantes, por un problema coyuntural y una falta de previsión imputable a la Administración Pública, presentara retrasos desproporcionados que pudieran afectar a la sensación de bienestar y seguridad del receptor del órgano y, con ello, motivar a sus familiares a buscar una alternativa más rápida para superar y paliar el retraso.

6. Conclusiones

No todos los conflictos entre intereses se resuelven mediante la identificación de una regla aplicable *ad casum* de acuerdo con las reglas que rigen las causas generales de justificación. En muchas ocasiones, el legislador resuelve de forma definitiva el conflicto mediante la distribución de los derechos y deberes de tolerancia correlativos, de modo que se cierra (u *ocluye*) la posibilidad de aplicar las eximentes y atenuantes de los arts. 20 y 21 CP vinculadas, en términos generales, a la antijuridicidad. Así, la previa distribución de las posiciones jurídicas llevada a cabo por el legislador impide al juzgador acudir a las causas de justificación, sin perjuicio de que determinados aspectos latentes del conflicto puedan ser tenidos en consideración a efectos del estricto merecimiento de pena. Esto es lo que ocurre con la regulación de la donación de órganos: fuera del Sistema Nacional de Trasplantes, en cuyo marco pueden salvaguardarse una serie de principios irrenunciables (el altruismo, la gratuidad, el consentimiento libre y la equidad en el acceso), no es posible declarar lícito un trasplante apelando a la situación objetiva de necesidad del receptor. Ello no impide que, a la hora de valorar jurídico-penalmente la conducta de los intervinientes en ese hecho antijurídico, esta misma situación pueda ser tenida en consideración con base en otras eximentes y atenuantes

[48] La resolución se dicta en Pleno jurisdiccional (art. 197 LOPJ) precisamente por el interés casacional derivado de la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre el carácter típico del cese de suministros en el marco de crisis conyugales, extendiéndose la disparidad también al ámbito arrendaticio. A favor, entre otras, SAP Madrid, Sección 26.ª, 79/2025, de 29 de enero (ECLI:ES:APM:2025:764), y SAP Barcelona, Sección 20.ª, 106/2025, de 7 de febrero (ECLI:ES:APB:2025:2313); en contra, SAP Valencia, Sección 1.ª, 520/2010, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APV:2010:4082), y SAP Pontevedra, Sección 4.ª, 84/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APPO:2023:1497).

[49] El recurso se articuló por un único motivo, infracción de ley del art. 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del art. 172.2 CP. El Tribunal Supremo recuerda en la sentencia su doctrina sobre el alcance limitado de la casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias respecto de las del Juzgado de lo Penal (art. 847.1.b) LECrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016), que impone un respeto absoluto al hecho probado y ciñe el debate a la subsunción jurídica.

(muy especialmente, la atenuante analógica) o, en el caso del receptor del órgano, mediante la circunstancia atenuante prevista en el art. 156 bis 3 CP.

InDret
4.2026

El *efecto desaliento* como causa de exención o atenuación de la pena. De nuevo sobre el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en torno al caso «Aturem el Parlament»

Comentario a la STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026 (Molina Marín y otros c. España)

Francisco Fernández Perales
Universitat Oberta de Catalunya
ffernandezpera@uoc.edu

-

1. Introducción

Cinco años después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2021, de 24 de junio[1], que desestimó los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo[2], que tuvo por objeto el caso *Aturem el Parlament*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha declarado –respecto de cuatro de los penados– en su sentencia de 3 de septiembre de 2026 (*Molina Marín y otros c. España*) que dicha condena vulneró el artículo 11 (derecho de reunión y manifestación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) –a la luz del artículo 10 (derecho a la libre expresión)–. El Tribunal Supremo había condenado en su sentencia –que, si bien fue confirmada por el Tribunal Constitucional, lo fue con el voto particular de cuatro magistrados– a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP –coacción a parlamentarios–, además de por una falta de daños a uno solo de ellos, a tres años de prisión, revocando la sentencia absolutoria en lo que hace al primer delito mencionado dictada previamente por la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio[3]. Los penados solicitaron el indulto al Ministerio de Justicia, sin que se resolviera dicha solicitud, si bien recayó un informe

[1] 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.

[2] *United States v. Heppner* (2026), No. 25-cr-00503-JSR (S.D.N.Y.).

[3] *Claude* es un asistente de inteligencia artificial generativa avanzado desarrollado por la empresa Anthropic. Se basa en grandes modelos de lenguaje (LLMs). Dentro de la variada oferta de plataformas de IA, Claude destaca en el razonamiento complejo, el análisis de documentos extensos y la programación.

desfavorable del Tribunal Supremo. Finalmente, en octubre de 2024 la Audiencia Nacional declaró la prescripción de las penas impuestas[4].

El TEDH declara la violación del derecho de reunión y manifestación que supuso la condena a penas de prisión severas por el efecto desaliento generado con ellas atendiendo a la ausencia de violencia –pese al «ambiente intimidatorio» al que habría dado lugar la protesta– predicable de la conducta de los penados. Puesto que las sentencias que analiza el TEDH ya fueron objeto de comentario en esta sección de la revista[5] y que también se han comentado ampliamente los problemas de subsunción de las conductas enjuiciadas[6], en este comentario me centraré principalmente en la reflexión acerca de si constituye o no un problema el que no se haya determinado todavía con precisión la articulación sistemática del efecto desaliento como causa de exención o atenuación de la pena. El modesto objetivo de este trabajo es, por lo tanto, argumentar que, por más que la vigencia del sistema no sea un valor en sí mismo, no deja de ser imprescindible para una actividad dogmática que haga posible el control racional de la discusión doctrinal, que a su vez permite precisar el alcance de razones eximentes como el efecto desaliento. Lejos de ser, entonces, un límite a la vigencia del Derecho positivo elaborado a sus espaldas, la dogmática jurídico-penal hace posible articular su contenido con precisión. Con el ejemplo de la discusión doctrinal acerca de cómo el efecto desaliento debe conducir a la exención de pena o a su atenuación tratará de mostrarse lo antedicho.

2. Los argumentos de la STEDH de 3 de septiembre de 2026

Los recurrentes alegaron frente al TEDH la vulneración de su derecho a la libre expresión y a la libertad de reunión y manifestación. Sin embargo, el Tribunal entendió que el caso debía valorarse con arreglo únicamente al art. 11 CEDH, que proclama el derecho de reunión y manifestación, si bien «bajo la luz del artículo 10», relativo al derecho a la libre expresión. A su parecer, los penados podrían haber previsto que sus acciones podían «resultar en un ambiente intimidatorio que impidiera a los diputados llegar al lugar de la sesión o limitara la libre expresión de sus opiniones o la emisión de su voto». Siendo así, acepta el tribunal que la acción policial estuviera justificada y que la condena tuviera como fin «la prevención del desorden y la protección de los derechos y libertades de otros». La importancia de la actividad del Parlamento para el funcionamiento de una democracia debe tener, en opinión de la sala, una adecuada

[4] El mismo 10 de febrero, como se lee en el *memorandum*, el juez anunció verbalmente su decisión que luego fundamentó en su resolución.

[5] *United States v. Heppner*, Memorandum, United States District Court for the Southern District of New York, 2026, Case No. 25-cr-00503-JSR [Disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/71872024/27/united-states-v-heppner/].

[6] Tanto en los sistemas del *common law* como en los de tradición continental, existe un consenso bastante asentado en torno a que las comunicaciones entre imputados (o, en general, personas que creen que pueden llegar a serlo) y sus abogados están amparadas por un régimen estricto de confidencialidad. En este marco, el privilegio abogado-cliente faculta al defensor para abstenerse de revelar cualquier información proporcionada por su representado. Esta protección no es meramente formal: cumple una función estructural en el proceso penal y resulta ser un mecanismo de protección de la profesión. Sin una garantía robusta de confidencialidad, los imputados difícilmente compartirían con sus abogados información sensible —incluso potencialmente auto incriminatoria— que resulta indispensable para una defensa adecuada. En consecuencia, el derecho a contar con asesoría letrada se vería sustancialmente debilitado. De ahí que el privilegio y el deber de confidencialidad se encuentren íntimamente vinculados con la garantía de una defensa efectiva y, en última instancia, con el derecho a un juicio justo.

relevancia en el examen de la «necesidad de las interferencias respecto del derecho de reunión y manifestación pacífica»[7].

El Tribunal entiende, por lo tanto, que las acciones de los manifestantes fueron «más allá del nivel de una perturbación menor», por lo que podía justificarse la adopción de medidas para limitarlas. Sin embargo, las sanciones impuestas serían al menos cuestionables, pues se trata de sanciones *penales* que implicarían, además, pena de prisión, teniendo como objeto acciones que, en todo caso, se habrían mantenido pacíficas[8]. Los tribunales españoles que enjuiciaron el caso no habrían atribuido ninguna «acción violenta en concreto» y la violencia puntual ejercida por algún individuo que formara parte de la manifestación no podría limitar el derecho de los demás a manifestarse. El carácter *obstructivo* o *molesto* de las acciones, que en todo caso se enmarcan en una manifestación comunicada a las autoridades, no podría, en opinión del tribunal, llegar a considerarse violento. En definitiva, las circunstancias del caso resultarían de insuficiente gravedad como para imponer «una pena de prisión particularmente severa»[9], por lo que las penas impuestas se consideran de «naturaleza desproporcionada» y tanto su severidad como la dilación en sustanciarse la totalidad del proceso judicial contribuyeron a desalentarles tanto a ellos como a la ciudadanía para participar en manifestaciones y, en términos más generales, para participar en un debate político abierto[10]. Siendo así, el Tribunal concluye que la restricción del derecho de reunión y manifestación no era «necesario en una sociedad democrática», por lo que se produjo una vulneración del referido derecho[11].

3. El efecto desaliento como causa de exención o atenuación de la pena y el problema de su ubicación sistemática

3.1. La vinculación de conductas antijurídicas con el ámbito de protección de los derechos fundamentales

La sentencia del TEDH objeto de comentario afirma la vulneración de los derechos de reunión y manifestación debido a la imposición de una sanción penal *severa* a algunos de los manifestantes en el caso *Aturem el Parlament*. La severidad de la sanción haría de la restricción del derecho de reunión y manifestación con el fin de proteger la seguridad pública y los derechos de los afectados por la protesta una respuesta desproporcionada al producir un efecto desaliento en los penados y en la ciudadanía en general. Tales afirmaciones, con el grado –escaso– de precisión con el que se formulan, difícilmente permiten su reconstrucción en términos dogmático-sistemáticos. En todo caso, la desproporción de la imposición de una sanción penal de tal magnitud, por el efecto desaliento que genera, se erigiría en causa, al menos, de atenuación de la pena. En los supuestos en los que fuera el mero carácter penal de la sanción el elemento que diera lugar a dicha desproporción por el efecto desaliento generado se erigiría, en cambio, en causa de exención de la pena[12].

[7] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 5.

[8] En la sentencia *United States v. Mejia*, No. 10-2724 (2d Cir. 2011), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. fijó el *dictum* con el cual se verifica el privilegio entre el abogado y su cliente.

[9] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*This issue perhaps presents a closer call*»).

[10] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7, citando *In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig.*, 802 F. Supp. 3d 688, 699 (S.D.N.Y. 2025).

[11] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 5-6.

[12] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7.

Dicha exención de pena no puede articularse con arreglo al art. 20.7 CP, pues se trata de supuestos donde no se ha ejercido el derecho fundamental correspondiente[13], sino que éste desplegaría un efecto indirecto que otorgaría cierta protección a la conducta, que estaría próxima a su ámbito de aplicación. En definitiva, esta sería una consecuencia del mandato de eliminar los «obstáculos que desincentiven a los ciudadanos de ejercer sus derechos fundamentales»[14] que deriva de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Tratando de delimitar el ámbito de esas conductas que, pese a no ser lícitas, tendrían alguna *relación* con el derecho fundamental correspondiente, se llega a afirmar que se trata de conductas en ejercicio de dicho derecho, si bien constituyen un exceso[15]. Más allá de los problemas conceptuales que implica una afirmación tal[16], CUERDA ARNAU expresa claramente la idea de fondo exponiendo que tales conductas «se relacionan con el mismo porque no son, en puridad de términos, hipótesis que queden fuera de las fronteras del derecho, el límite conceptual más allá del cual el derecho en cuestión deja de existir»[17]. Fuera de esas fronteras, las conductas «desnaturalizan y desfiguran el derecho en cuestión»[18], términos que parecerían cumplir una función heurística en la determinación del límite entre el exceso que no excluye la conducta del ámbito del derecho y el que sí[19]. En definitiva, se parte de una distinción entre el «ámbito material» de un derecho y el «ámbito jurídicamente protegido» de ese derecho[20], de modo que todo ejercicio *prima facie* de un derecho se encuentra *vinculado*[21] definitivamente a él, en el sentido de incluir en él las conductas que constituyan un exceso, pero cuya vinculación con el derecho no implica una desnaturalización de éste[22]. Si una conducta puede incluirse en el

[13] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 7-8.

[14] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 8, n.3: aun asumiendo que parte de la información volcada por Heppner en Claude proviniera originalmente de su abogado, el tribunal consideró que Heppner renunció a cualquier privilegio sobre ella («*just as if he had shared it with any other third party*»), dada además la política de privacidad de Anthropic.

[15] *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), caso fundacional de la doctrina del *work product* en el derecho federal norteamericano, citado indirectamente en el memorando a través de *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194, 1196 (2d Cir. 1998) (citando, a su vez, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. en 510-11).

[16] En perspectiva comparada, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el deber de confidencialidad del abogado no se limita únicamente a la información que recibe de su cliente (y de terceros) en un contexto estrictamente confidencial —esto es, sin la presencia de terceros ajenos al equipo de defensa—, sino que se extiende al conjunto de antecedentes, hechos y datos a los que accede en virtud de su labor como abogado. Este ámbito comprende también lo que en el derecho estadounidense se denomina *work product*, es decir, el material generado por el propio abogado en el ejercicio de la defensa. Dicho concepto abarca, en términos generales, el contenido del expediente profesional del abogado en relación con el caso, incluyendo entrevistas, declaraciones, minutas, correspondencia, escritos judiciales, así como sus reflexiones y apreciaciones personales plasmadas por escrito. Tradicionalmente, en Estados Unidos este tipo de información no debía ser revelada al fiscal en el marco del *pretrial discovery*; sin embargo, en tiempos más recientes, la protección asociada al *work product* ha experimentado ciertas limitaciones y restricciones. Sobre esta doctrina judicial véase ANDERSON/CADIEUX/HAYS/HINGERTY, «Work Product Doctrine», *Cornell Law Review*, (68), 1983, pp. 762-881.

[17] COHN, «The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege», *The Georgetown Law Journal*, (71), 1984, pp. 922-924.

[18] *Shih v. Petal Card, Inc.* (2021), No. 18 Civ. 5495 (JFK) (S.D. N.Y.).

[19] Conviene, con todo, distinguir dos cuestiones analíticamente diferentes: una es determinar si un documento adquiere originariamente protección por haber sido elaborado para preparar la defensa o un litigio; otra es establecer si esa protección se pierde posteriormente como consecuencia de su divulgación a un tercero o de las condiciones tecnológicas bajo las cuales fue procesado. En *Heppner*, si bien el tribunal efectúa la distinción, parece asignar un peso excesivo a la potencial pérdida de confidencialidad de la información, por su tratamiento digital.

[20] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 9-10.

[21] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 12.

[22] Del latín *pro se*, «por sí mismo».

referido *ámbito material*, la dimensión institucional de los derechos fundamentales y su «carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico» obligarían a determinar si la sanción penal produce «un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada»[23]. Se traza, por ende, una tripartición gradual, que comienza en el ejercicio *legítimo* de un derecho y, pasando por el ejercicio *excesivo* –y, por ende, ilegítimo– de un derecho, llega hasta la conducta que en modo alguno constituye el ejercicio del correspondiente derecho, quedando, fuera de sus fronteras[24].

Parecería que esta distinción es la propia de la concepción de los derechos elaborada en el marco de la teoría conflictivista, siendo uno de sus principales rasgos la adopción de la concepción amplia del supuesto de hecho de las normas iusfundamentales[25]. Con arreglo a ésta, como desarrolló ALEXY, se tiene por subsumida en el supuesto de hecho (*Tatbestand*) cualquier acción que pueda incluirse en el ámbito semántico de sus conceptos, llevando a cabo «interpretaciones amplias». Posteriormente, ese ámbito de protección (*Schutzbereich*) inicial o provisional se restringe, dando lugar al ámbito de protección definitivo, que sí desencadena consecuencias jurídicas directas[26]. Así, respecto de un pintor que coloca caballete y lienzo en una carretera transitada para llevar a cabo allí mismo su actividad artística, ALEXY afirmaba que no cabe duda de que la actividad artística sigue siéndolo cuando se perturba y se pone en peligro con ello el tráfico[27]. Incluso cuando se excluya del ámbito de protección definitivo del derecho a la creación artística dicha conducta, seguiría formando parte de su ámbito conceptual. Si el *ámbito material* de un derecho alcanza hasta su *desfiguración conceptual*, no parece posible que la tripartición referida pueda servir a los fines de determinar qué conductas se encuentran vinculadas al derecho fundamental correspondiente en tal medida que su sanción sería desproporcionada y, además, podría entonces causar un efecto desaliento. En la línea de lo expuesto a este respecto por DE DOMINGO PÉREZ[28], más bien parece que es una reflexión teleológica acerca de cuál es el bien que quiere realizarse con la vigencia del correspondiente derecho lo que nos permite hallar ese ámbito de proximidad a su ámbito. En términos más propios de la discusión doctrinal constitucional, la teoría de los límites internos

[23] *Warner v. Gilbarco, Inc*., No. 2:24-cv-12333-GAD-APP, 2026 WL 373043 (E.D. Mich., Feb. 10, 2026). Aplicando la Fed. R. Civ. P. 26(b)(3), el tribunal recordó que un litigante *pro se* puede invocar la *work-product protection* respecto de materiales preparados en anticipación del litigio. La resolución distingue además el régimen de renuncia del *work product* del correspondiente al *attorney-client privilege*: respecto del primero, la divulgación debe realizarse frente a un adversario o de modo tal que incremente sustancialmente la probabilidad de que la información llegue a éste. El tribunal caracterizó las herramientas de IA generativa como «*tools, not persons*» y rechazó que su utilización, por sí sola, produjera *waiver*.

[24] *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1498-99 (2d Cir. 1995) (citando *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)); *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*Had counsel directed Heppner to use Claude, Claude might arguably be said to have functioned in a manner akin to a highly trained professional who may act as a lawyer's agent within the protection of the attorney-client privilege*»).

[25] Complementando este último punto, para evaluar una razonable expectativa de confidencialidad, parece relevante atender a las características concretas de la herramienta tecnológica, es decir, a las reglas de reutilización de los datos, los plazos de retención, las posibilidades de acceso por terceros y las salvaguardias contractuales o técnicas. La confidencialidad, por tanto, no debería depender de la etiqueta «IA», sino de la configuración y condiciones efectivas de uso del sistema. Así, PERLIN, «Client Confidentiality and Generative AI», *Harvard Journal of Law & Technology*, (40), 2027 (en prensa), pp. 52-54.

[26] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, «Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, (48-1), 2021, pp. 133-150.

[27] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 2011, p. 248.

[28] Restricción similar a la contenida en el artículo 416.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal española.

–propia de las teorías coherentistas de los derechos–[29], que no distingue entre delimitación inicial y limitación posterior del ámbito de protección de los derechos, ofrece un mayor rendimiento a efectos de proteger también las conductas incluidas en el ámbito de proximidad de aquellos[30].

3.2. Las propuestas doctrinales para eximir o atenuar la pena en atención al efecto desaliento de la sanción penal

Como se ha expuesto ya, la doctrina parece haber entendido que la desproporción de la sanción se explica no por la proximidad de la acción al ámbito de protección de un derecho fundamental, sino por el efecto desaliento que aquélla podría generar. Sin embargo, la falta de una articulación sistemática clara[31] de la exención o atenuación de la pena en atención al efecto desaliento que podría resultar de su imposición resulta problemática. Por un lado, se ha propuesto articular la solución a través del juicio de tipicidad, debiendo entonces «orientar la subsunción» el fin de evitar causar un efecto desaliento[32]. Esta posibilidad tendría que llevar a «robustecer las exigencias clásicas de legalidad, que resultan aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental». No bastaría «con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley», siendo necesario que «su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho»[33].

En primer lugar, no queda claro qué significa que las exigencias del principio de legalidad resulten «aún más reforzadas», pues se trataría de un principio que debe realizarse siempre en la mayor medida posible, sin que opere con menor intensidad en supuestos en los que no se trate de la restricción de un derecho fundamental. En segundo lugar, si lo que se pretende es una interpretación restrictiva de los tipos[34] se frustraría la función del juicio de tipicidad tal y como es entendido por lo general en los sistemas postfinalistas, pues con aquél se atribuye un sentido a la conducta y ésta recibe además una valoración al menos *prima facie*[35] que es, en todo caso, previa a la determinación de la ilicitud de la conducta, presupuesto necesario para que el efecto desaliento entre en consideración.

Por otro lado, se ha propuesto atenuar la pena. Así, por ejemplo, COLOMER BEA entiende que «en ningún caso el efecto desaliento determina que la conducta castigada pierda su naturaleza delictiva». En realidad, la dimensión institucional de los derechos fundamentales

---

[29] CORTÉS BECHIARELLI, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (21), 2003, p. 161.

[30] *Upjohn Co. v. United States* (1981), 449 U.S. 383, 389. Antes ya se había pronunciado la Corte en *Fisher v. United States* (1976), 425 U.S. 391, 403; también en *Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1, 15-16, aunque en este caso destacando los beneficios públicos de reconocer el mismo privilegio de los abogados a la relación paciente-psicólogo (lo mismo que se puede extender al secreto confesional en el ámbito de la religión).

[31] MATURANA MIQUEL/MONTERO LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 138.

[32] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 143.

[33] MONTERDE GARCÍA, «Reflexión sobre la evolución histórica del principio de secreto profesional del abogado: el caso español», *Revista de Derecho UNED*, (31), 2023, p. 248; GUERRERO PALOMARES, «Secreto profesional y confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en la Unión Europea. La necesidad de estándares mínimos», *Revista General de Derecho Procesal*, (69), 2026, pp. 3-5.

[34] Recientemente ha sido consagrado en esos términos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

[35] Véase ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 140.

fundamentaría más bien «un deber especial de proporcionalidad por parte del juez consistente en imponer una pena inferior que la que aplicaría si se tratase de una conducta que no tuviese relación alguna con el contenido de los derechos fundamentales». Entiende el autor que, entonces, la solución podría estar en la aplicación de la eximente incompleta de ejercicio de un derecho (art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP)[36]. Sin embargo, la eximente incompleta –en relación con el ejercicio de un derecho– sirve al fin de reducir la pena cuando estén presentes todos los elementos esenciales de la eximente, faltando alguno de los elementos que no reúnan dicho carácter, de modo que la atenuación se fundamenta en la proximidad de la acción al ámbito de protección del derecho. Es decir, el grado de injusto penal disminuye[37]. El posible efecto desaliento que produciría la sanción penal no es, por ende, razón alguna para estimar la disminución del injusto penal[38], sino que lo es para reducir la pena que le corresponde a ese injusto penal. Quizás precisamente por esta razón se ha propuesto también acudir a la atenuante analógica (art. 21.7 CP) en relación con la eximente incompleta[39], si bien esta solución requeriría una fundamentación específica al respecto[40].

Parecería, entonces, que son razones dogmático-sistemáticas las que pondrían en cuestión la forma en que se ha propuesto tomar en consideración el efecto desaliento para eximir o reducir la pena a imponer. ¿Significa esto que se coloca la vigencia del sistema, como un valor por sí mismo, por delante de una solución material correcta? A mi juicio, la vigencia de un sistema con el que realizar la calificación jurídica de un hecho en atención a los rasgos de la teoría del delito y de la pena no debe concebirse como un límite a la búsqueda de soluciones materiales correctas –en este caso, que doten de efectividad a los valores constitucionales–, sino como un elemento del método dogmático que permite ofrecer un control racional de tales soluciones. Sin embargo, la crítica al método dogmático y concretamente a su proceder sistemático lo ha caracterizado como un límite injustificado a la aplicación de la ley que aboca a la imprevisibilidad y que, además, es usado habitualmente para dar apariencia neutral a decisiones valorativas. En mi opinión, en cambio, solo una precisa articulación dogmático-sistemática de la exención o atenuación relativa al efecto desaliento permite explorar correctamente su alcance, como tratará de mostrarse.

---

[36] Taruffo y en términos concordantes, Gascón Abellán, sostienen que el secreto profesional no constituye propiamente una regla contra-epistémica, sino más bien una norma de carácter no epistémica —en el caso de Taruffo— y derechamente política —en el caso de Gascón Abellán—: esto es, una regla que, al igual que otras propias de los ordenamientos procesales orientadas a la tutela de garantías, no persigue directamente la averiguación de la verdad, aunque puede implicar la exclusión de prueba relevante o incluso la imposibilidad de acreditar hechos decisivos en juicio. En esta línea, Taruffo incluye dentro de estas categorías figuras como los *privileges*, *immunities* y ciertas reglas de protección de la *privacy* del sistema anglosajón, tratándolas como limitaciones derivadas de la necesidad de resguardar valores distintos de la función cognoscitiva del proceso: Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, p. 167; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., 2010, p. 109.

[37] Esto, desde luego, en un supuesto más bien excepcional en nuestro sistema, aunque reconocido en el inciso final del artículo 102 del Código Procesal Penal.

[38] En ese sentido, parece más adecuada la formulación de la regla de protección contenida en el artículo 16.5.a) de la Ley Orgánica 5/2024 española, que confiere protección a «todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa».

[39] Profusamente, con cita de precedentes judiciales, Guo, «*United States v. Heppner*», *Harvard Law Review. Blog Essays*, 2026 [Disponible en: https://harvardlawreview.org/blog/2026/03/united-states-v-heppner/].

[40] En rigor, y viendo cómo ha evolucionado la IA, ella puede ocupar, según el modo en que sea utilizada, posiciones funcionalmente distintas. Puede operar como mero canal o soporte tecnológico; como herramienta de organización o procesamiento de información; o como interlocutor analítico capaz de generar nuevas respuestas, hipótesis y estrategias. Esta distinción resulta relevante porque no todos esos usos presentan el mismo problema desde el punto de vista del secreto profesional.

3.3. Sobre la utilidad de la articulación sistemática de la exención o atenuación de pena por el efecto desaliento de la sanción penal

En el sentido antes brevemente anticipado, CUERDA ARNAU ha argumentado que la actividad dogmática desde VON LISZT, lejos de «disipar las inseguridades de la exégesis», nos ha llevado a una sucesión de complejas construcciones doctrinales de rasgos muy diversos entre sí que, partiendo de la misma confusión, a saber, que la dogmática sería una disciplina teórica y no práctica, han dado lugar a un lenguaje que se aparta del común y se superpone al texto legal, «con la consiguiente quiebra de la seguridad y la certeza en la aplicación de la ley»[41]. En su opinión, la edificación de «esquemas conceptuales que varían de autor a autor y que incluso se contraponen, dificulta o impide el entendimiento de la ley y aboca a la imprevisibilidad de sus consecuencias»[42]. Este proceder doctrinal estaría a su juicio marcado por una pretensión científica insostenible, pues «el delito no es un objeto real sobre el que tal "ciencia" se proyecta» al modo de una «ciencia de la responsabilidad»[43]. Así, habría que «dar paso a una dogmática más modesta que no se considera ciencia sino solo hermenéutica»[44]. Renunciando a esa pretensión científica se impediría, entre otras cosas, que el valor del sistema se sitúe por encima del texto legal, legitimándose así, además, «la absoluta libertad interpretativa»[45].

En su planteamiento, que parte de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, la doctrina debe emprender la tarea de dotar de un significado estable a las clases de acciones recogidas en los tipos penales[46]. Como ha expresado MARTÍNEZ-BUJÁN, desde las premisas de dicha concepción la acción deja de ser considerada el sustrato de un sentido para ser concebida como el sentido de un sustrato[47]. Esto implica que las propias acciones constituyen el sentido que el sistema de reglas con el que se opera jurídicamente atribuye. Pero para que un sustrato constituya un significado, sería necesaria la regularidad de una convención[48]. Por ende, la tarea de la dogmática sería la de contribuir a la estabilización de la interpretación de las leyes

---

[41] ÁLVAREZ VALENZUELA, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, 2019, p. 33.

[42] Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

[43] En rigor, la ausencia de envío efectivo al abogado constituye, ciertamente, un argumento relevante contra la aplicación literal del artículo 220 letra a) del CPP, construido en torno a comunicaciones entre sujetos determinados. Sin embargo, se podría también decir, que ello no permite concluir que todo material preparatorio anterior a esa transmisión carezca necesariamente de protección. Una cosa es que todavía no exista una comunicación abogado-cliente en sentido estricto y otra distinta que el documento quede, por esa sola circunstancia, completamente fuera del ámbito material del derecho de defensa.

[44] Este estándar es, en sustancia, una construcción funcionalmente equivalente que el derecho chileno podría ofrecer la doctrina del agente, reconocida en el derecho norteamericano a propósito de *Kovel* y *Adlman* (*supra*, nota 23), trasladada a un ordenamiento que no cuenta con una consagración expresa de la *work product doctrine*.

[45] Similar, MEDINA CASCALES, «Inteligencia artificial y deontología profesional en la abogacía: el posicionamiento institucional del Consejo General de la Abogacía Española ante la mediación algorítmica», *Revista Derecho y Proceso*, (9), 2026, pp. 92-94.

[46*] Agradezco los comentarios de Marisa Iglesias, Mariona Llobet, Josep Joan Moreso y Josep M. Vilajosana a una versión previa de este trabajo.

[47] STS 426/2026, Penal (Pleno), de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2026:2963).

[48] La resolución se dicta en Pleno jurisdiccional (art. 197 LOPJ) precisamente por el interés casacional derivado de la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre el carácter típico del cese de suministros en el marco de crisis conyugales, extendiéndose la disparidad también al ámbito arrendaticio. A favor, entre otras, SAP Madrid, Sección 26.ª, 79/2025, de 29 de enero (ECLI:ES:APM:2025:764), y SAP Barcelona, Sección 20.ª, 106/2025, de 7 de febrero (ECLI:ES:APB:2025:2313); en contra, SAP Valencia, Sección 1.ª, 520/2010, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APV:2010:4082), y SAP Pontevedra, Sección 4.ª, 84/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APPO:2023:1497).

realizando propuestas que puedan servir a interpretaciones de las normas vigentes que doten de efectividad a los principios constitucionales[49].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO refiere precisamente a VIVES ANTÓN y a su escuela para reivindicar el método dogmático, distinguiendo no obstante entre «la existencia de "mala" dogmática» –que entiende que sería la que en realidad es objeto de la crítica de CUERDA ARNAU–, que prescinde del texto legal o adolece de incoherencias internas –entre otras posibles deficiencias–[50], y una dogmática «correcta», capaz de rechazar planteamientos incompatibles con la legislación y que hace controlable la argumentación jurídico-penal, constituyendo un límite «a la potestad punitiva del Estado»[51]. CUERDA ARNAU, ciertamente, escribió posteriormente que la clase de dogmática defendida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si bien en ningún caso podría entenderse científica, sí sirve al fin de conseguir una «aplicación racional, coherente y no contradictoria del Derecho», tratando así de evitarse la arbitrariedad, logrando «mayor seguridad e igualdad en la práctica ordinaria»[52]. A juicio de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si no se cuenta con la función que cumple la dogmática jurídica –recurriendo a la teoría de la argumentación de ALEXY, señala la «estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística» que aporta–, la alternativa es la arbitrariedad. En definitiva, la dogmática sería «una técnica ordenada, con reglas como la coherencia y no contradicción, que se somete a constante revisión y que procura una aplicación no arbitraria del Derecho»[53].

Resulta particularmente interesante que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO acabe aclarando que, en todo caso, «el respeto a los derechos fundamentales está sin duda por encima de las consideraciones dogmáticas», pero que esta afirmación no le es impropia a una «correcta dogmática», pues conlleva una pretensión de seguridad jurídica y de limitación del poder punitivo[54]. A mi parecer, más bien se trata de que las construcciones conceptuales producto de la dogmática jurídico-penal deben reflejar los rasgos del ordenamiento jurídico, por lo que la vigencia de los derechos fundamentales y su protección de conformidad a lo que se disponga en aquél debe contribuir a dar forma al sistema y a determinar el significado de sus categorías. Es decir, que tales *consideraciones dogmáticas* quedarían refutadas si entran en contradicción con la protección que el ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, de modo que el sistema que no sea

[49] El recurso se articuló por un único motivo, infracción de ley del art. 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del art. 172.2 CP. El Tribunal Supremo recuerda en la sentencia su doctrina sobre el alcance limitado de la casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias respecto de las del Juzgado de lo Penal (art. 847.1.b) LECrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016), que impone un respeto absoluto al hecho probado y ciñe el debate a la subsunción jurídica.

[50] La sentencia se apoya, entre otras, en las SSTS 1091/2005, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6008); 628/2008, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:7267); 982/2009, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6736); 552/2015, Penal, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4123); 658/2020, Penal, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4073); y 35/2021, Penal, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2021:69).

[51] Se invoca al respecto la jurisprudencia de la Sala Primera sobre atribución del uso de la vivienda y contribución a los gastos comunes (por todas, cita la STS 667/2026, Civil, de 4 de mayo [ECLI:ES:TS:2026:2087]), como cauce debido para resolver el conflicto sin acudir a vías de hecho.

[52] Se apela expresamente al art. 3.1 CC y, en particular, a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, para modular el alcance del criterio.

[53] Acerca de la evolución de la violencia en las coacciones, véase lo expuesto en RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, pp. 481-496; RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

[54] STC (Sala Segunda) 137/1997, de 21 de julio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997).

capaz de permitir la articulación de una solución que tiene reflejo en el ordenamiento jurídico debe quedar descartado como hipótesis que integre una teoría del delito.

La crítica referida, por ende, parece apuntar a una tarea dogmática llevada a cabo a espaldas del Derecho positivo y que antepone sus construcciones conceptuales a los fundamentos de éste apoyándose en su carácter científico. Ciertamente, parecería ya superado en la discusión el problema del *objeto* de la dogmática jurídica. El Derecho positivo y, particularmente, la Constitución serían solo el marco en el que tiene lugar aquélla, pero no constituiría su objeto en exclusiva[55]. Desde este punto de partida, se ha llegado a comprender la dogmática jurídica como una disciplina práctica[56], concernida por la *corrección material* de sus soluciones. Su cientificidad sería entonces puesta en duda por no consistir su tarea en la formulación de teorías sobre el *ser* del Derecho positivo, sino en la formulación de doctrinas basadas en su *deber ser*. Desde ambos puntos de vista, entonces, se negaría la cientificidad de la dogmática, pero no se renunciaría a su racionalidad[57].

Sin embargo, desde la crítica al método dogmático se establecería como límite a la construcción doctrinal el anteponer ésta «a la Constitución, a la ley y al entendimiento de las mismas según el uso común del lenguaje y el sentido común»[58]. Pero, como se ha expuesto, el Derecho positivo constituye el marco en el que se produce la construcción doctrinal. El sistema no sería entonces una imposición ajena al Derecho positivo, sino que constituiría la expresión de una teoría del delito confeccionada con arreglo a aquél. Ahora bien, la tarea dogmática entendida como parte de la filosofía práctica consiste en discutir sobre el Derecho *correcto*, ocupándose entonces de debatir acerca de las premisas valorativas adecuadas para la solución de los casos[59]. CUERDA ARNAU ha rechazado el carácter científico de la dogmática descartando que se trate de una disciplina teórica, pero cuando afirma que, en el ámbito de la dogmática, se está en el

[55] Sobre estas cuestiones, véanse LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios de Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, pp. 47-68; y FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002. Véanse también las contribuciones aparecidas en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, especialmente ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 173-206.

[56] No obstante, se trata de una cuestión relevante, dado que conductas de este tipo son muy habituales: recurrimos con frecuencia a los pequeños ámbitos de dominio de que disponemos (la titularidad de un contrato, de una cuenta o de un servicio) para presionar a otros a hacer o dejar de hacer algo, y no toda forma de presión ilegítima merece una respuesta penal. No la abordaré en cuanto tal, por las razones apuntadas, pero la cuestión está estrechamente conectada con el problema aquí analizado. La exigencia de violencia como medio determinado es precisamente la vía por la que el tipo selecciona, entre las múltiples formas de afectación de la libertad, aquellas que justifican la intervención penal (véase *infra* 5.1). Por ello, si dicho requisito pierde autonomía, el carácter fragmentario del derecho penal en este ámbito queda sin una de sus garantías principales.

[57] En países como España, la educación memorística suele favorecer que los jueces tengan esa visión sobre el lenguaje, como queda patente en el modo en que plasman sus decisiones interpretativas, y en muchas de sus referencias al sentido literal. Véase RAMÍREZ LUDEÑA, «Las teorías del derecho en la formación de los jueces», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (30), 2014, pp. 37-59.

[58] Esto ha llevado a algunos autores a entender que las descripciones asociadas con las palabras y expresiones son más sofisticadas, por ejemplo, recurriendo a cúmulos de descripciones con relevancia diversa, lo que puede dar lugar a dudas y equivocaciones. Véase SEARLE, «Proper Names», *Mind*, (67-266), 1958, pp. 166-173. Y ha llevado a los defensores de las teorías de la referencia directa a rechazar que las descripciones jueguen un papel central en la explicación de cómo y a qué referimos lo que, a su vez, puede generar dudas e ideas erróneas sobre la similitud relevante entre diferentes objetos. Véase RAMÍREZ LUDEÑA, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, 2015, particularmente el capítulo 2.

[59] GUASTINI, «A Skeptical View on Legal Interpretation», *Analisi e diritto*, 2005, pp. 139-144.

ámbito «práctico de lo que se *debe* hacer»[60], no parece estar diciendo exactamente lo mismo que quienes abogan por una tarea dogmática en la que se discuta sobre las premisas valorativas desde las que se construyen las soluciones dogmáticas.

La distinción queda clara en la explicación de VIVES ANTÓN acerca de por qué la dogmática no puede considerarse científica. Más bien, sería a su entender «un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y desde los valores a los que las normas jurídicas sirven de vehículo»[61]. Como expone MARTÍNEZ-BUJÁN, la *pretensión de justicia* inherente al Derecho tendría entonces «dos vertientes», una en la que se concreta como *pretensión de validez* –que la norma tenga una justificación procedimental (*à la* HABERMAS)–, y otra descompuesta en diversas pretensiones de validez –que se concretan en su planteamiento al modo de las categorías sistemáticas tradicionales, si bien con rasgos distintos– relativas a la correcta aplicación de la norma al caso concreto. Esta segunda vertiente determinaría que la labor del «intérprete (o aplicador) del Derecho debe estar guiada por el objetivo de garantizar que se respeten los límites impuestos jurídicamente al poder de castigar que ostenta el Estado»[62]. Ese *deber hacer* refiere entonces la *praxis* jurídica aplicativa del Derecho, por lo que el objeto de la dogmática no es desde este punto de vista el dar cuenta de un *deber ser* del Derecho que deba conducir su interpretación, esto es, discutir sobre el Derecho *correcto* antes referido.

La crítica de CUERDA ARNAU al uso de las construcciones dogmáticas en ciertas resoluciones judiciales ofrece un buen ejemplo. Así, en la imputación de un homicidio en comisión por omisión, la teoría del incremento del riesgo –como ocurriera en el caso *Madrid Arena*– llevaría a «resultados difícilmente compatibles con el lenguaje común y, por ende, con el principio de legalidad»[63]. Dicha teoría convertiría en autor del resultado a cualquiera que «realice una conducta de riesgo vinculada de algún modo causalmente» a aquél. A su juicio, en «sentido lógico gramatical» solo sería autor quien realizara –en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN– «el tipo de acción relevante y ofensivo en el que concurre la predecibilidad general». Además, con arreglo a aquella teoría se estaría convirtiendo «un delito de resultado en un delito de peligro»[64]. En

[60] La distinción entre interpretación y creación dista de ser sencilla, ya que no es solo la semántica y la pragmática lo que importa a efectos de la distinción: la visión que se tiene sobre qué teoría de la interpretación jurídica y qué teoría del derecho son correctas deviene crucial. Por ejemplo, «dworkinianos» y «hartianos» ofrecen diferentes caracterizaciones sobre cuándo un juez crea o interpreta derecho, y sobre qué tipo de consideraciones son relevantes para entender si se interpreta en lugar de crear derecho. En todo caso, la incidencia de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho no excluye la posibilidad de que interpretación y creación puedan seguir siendo diferenciadas, si se adopta una teoría en particular, o si las diversas teorías posibles concuerdan en su comprensión de casos particulares. Sobre estas cuestiones, y la diferenciación de la actividad creativa de la vinculatoriedad y de la consideración de fuente de derecho, véase RAMÍREZ LUDEÑA, «Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition», en ENDICOTT *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, 2023, pp. 418-430.

[61] Sobre el carácter problemático de la noción de «tenor literal posible», RAMÍREZ LUDEÑA, «The Meaning of "Literal Meaning"», *Analisi e diritto*, (1), 2018, pp. 83-101; y LA MISMA, *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

[62] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1974, principalmente el capítulo 2.

[63] Como ejemplos de autores que sostienen que los problemas de sobre e infra inclusión no conducen al particularismo, véanse RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, 2002, pp. 128 ss.; y SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991, pp. 31-34.

[64] De hecho, como ya se ha señalado, suele considerarse que los precedentes de los altos tribunales son fuente de derecho dependientes de proveer una interpretación admisible del texto subyacente, por lo que aquellas particulares decisiones que excedan las interpretaciones admisibles no serán una fuente del derecho, pese a que,

definitiva, citando las palabras de VIVES ANTÓN afirma que no se trata aquí de «elaborar una teoría "científica", sino de saber cuándo podemos entender un proceso determinado como acción de matar, de robar, etc.». Se trataría, entonces, de «dar (buenas) razones para poder afirmar más allá de toda duda razonable que aquella acción hubiera evitado el resultado»[65].

Pese al enorme interés que suscita su planteamiento y lo sugerente de su crítica al método dogmático, cabe preguntarse, sin embargo, cómo resulta suficiente y cómo es controlable racionalmente una discusión doctrinal en tales términos. Más allá de oponer un derecho fundamental a una teoría que fundamenta la responsabilidad penal vulnerándolo, las disputas doctrinales no tienen siempre una estructura similar, sino que requieren una toma de posición en relación con determinadas premisas valorativas. Piénsese en la propia determinación del alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación en el caso que da lugar a este comentario, en la discusión relativa a instituciones que han tratado de fundamentarse desde muy diversas premisas valorativas, como el estado de necesidad o en la disputa doctrinal sobre las categorías del sistema y su orden y función. Una dogmática que recurre a premisas valorativas extrajurídicas, siempre que las explicite y tenga una pretensión de coherencia, ofrece la posibilidad, al menos, de un control racional de la actividad dogmática. Así se evita el peligro –puesto de manifiesto desde uno y otro punto de vista– de que la construcción dogmática sirva para enmascarar intereses particulares desde una apariencia de neutralidad. La explicitación de las premisas las hace, en palabras de ENGLÄNDER, «racionalmente criticables», de modo que cabe señalar que se basan en extremos fácticos erróneos, que no son compatibles con el Derecho vigente o que se incurre en una contradicción valorativa[66]. Además, el pensamiento sistemático puede también abrirse a la tópica en desarrollo de los denominados *sistemas abiertos*[67].

Puede explorarse, también, la posibilidad de distinguir un nivel de fundamentación –propio de la filosofía práctica–, donde la racionalidad puede ser sustantiva o procedimental, en el que se trata de la *justificación* del Derecho, y un segundo nivel en el que no se cuestiona la racionalidad valorativa expresada en el Derecho positivo, que constituye el objeto de descripción, si bien se

con carácter general, los precedentes interpretativos sí lo sean.

[65] En el caso español, aspectos como el rol de la doctrina en la precisión de los conceptos relevantes es algo también a tener en cuenta respecto de la preservación de la autonomía. Además, todos los magistrados acuerdan en una única decisión, lo que facilita la extracción de *la* ratio. Frente a lo que ocurre en el *Common Law*, esa extracción ya de por sí es más sencilla dada la menor relevancia que los altos tribunales suelen conferirle a los hechos particulares al tomar sus decisiones. No obstante, que en ciertos contextos se requiera una sucesión de decisiones jurisprudenciales en un mismo sentido, puede dificultar la extracción de la ratio, y por lo tanto la preservación de la autonomía.

[66] Por ejemplo, en la STS 412/2020, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2736), sobre supresión de datos de la nube de una expareja en que, aunque el Tribunal afirmaba la existencia de violencia, la argumentación se concentraba en las consecuencias producidas (la pérdida de datos, la dificultad de recuperarlos, la afectación de la intimidad), de modo que la violencia se afirmaba, más que argumentaba. Así lo sostuve en RAMÍREZ LUDEÑA, *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

[67] Cabe pensar que el esfuerzo argumentativo del Tribunal Supremo habría resultado más plausible si, en lugar de apelar a la fuerza en las cosas, hubiera entendido que concurre violencia como intimidación, categoría que la propia sentencia recoge al exponer la doctrina general (FD Tercero, apartado 1). La cancelación del contrato podría entenderse entonces como una muestra de poder sobre la esposa, un modo de hacerle ver que le conviene abandonar la vivienda, de manera que la violencia se asociaría al medio empleado y no solo al resultado. Ello exigiría, con todo, identificar qué rasgos de la conducta permiten calificarla de intimidatoria con independencia del efecto que produzca; de lo contrario, el problema de la autonomía del requisito reaparecería en esta otra categoría.

requiere de una formulación hipotética[68] para lograr realizar dicha descripción al completo. La dogmática jurídica, situándose en este segundo nivel, no pondría en cuestión el Derecho positivo ni la racionalidad valorativa que subyace a él –legitimados democráticamente–, pero trataría de definir ésta con arreglo a criterios de coherencia interna y externa y de completitud –consistiendo en un trabajo de especificación y no de descubrimiento[69], ciertamente, pero con un fin explicativo de aquello que está implícito en el Derecho positivo–. Así, en el primer nivel, propio de la filosofía del Derecho penal, se construirían *doctrinas* con las que no se trata de formular una hipótesis a fin de comprobar su capacidad explicativa, sino de reivindicar su corrección material. En cambio, en el segundo nivel, el propio de la dogmática jurídica, se formularían *teorías*[70] sobre el contenido del Derecho –tanto en la construcción sistemática como en la interpretación del contenido de las categorías e instituciones dogmáticas– no con la pretensión de defenderlas, sino de probar su capacidad explicativa –del Derecho– conforme a los modelos elaborados en el marco de la filosofía de la ciencia[71] por POPPER y LAKATOS[72].

[68] Dicho en otros términos, la cuestión no es que el Tribunal Supremo utilice el efecto coercitivo para determinar el alcance de la violencia (algo que puede resultar inevitable en la delimitación de cualquier medio típico), sino que no identifica ninguna propiedad adicional de la conducta que permita explicar por qué ese efecto es consecuencia de una forma de violencia jurídicamente relevante. Aunque no me extenderé en este punto, el análisis anterior no me compromete con una separación nítida entre acción y resultado, ni con negar que una misma acción pueda describirse plausiblemente de múltiples modos: aun aceptándolo, la referencia al resultado no aporta un análisis independiente del componente de violencia. Sobre estas cuestiones, véase ANSCOMBE, «Under a Description», *Noûs*, (13-2), 1979, pp. 219-233. En conexión con lo anterior, y entendiendo que la conducta también puede describirse como *omisión del pago del suministro*, otra cuestión relevante que podría discutirse es el problema de la comisión por omisión en delitos de medios determinados. No abordaré esta controvertida problemática por falta de espacio.

[69] La STS 426/2026, siguiendo a la STS 1091/2005, enumera como requisitos: (1) empleo de violencia de cierta intensidad —*vis physica*, *vis compulsiva* o intimidación, o *vis in rebus*—; (2) dinámica comisiva dirigida a impedir o compeler; (3) relación de causalidad; (4) elemento subjetivo o ánimo tendencial de restringir la libertad ajena; y (5) ausencia de autorización legítima para obrar de forma coactiva. La violencia (1) y la autorización (5) figuran, pues, como elementos distintos.

[70] Conviene precisar en qué sentido se emplea aquí la noción de *circularidad*. La reconstrucción anterior no incurre en una petición de principio en sentido estricto, dado que la conclusión (que la conducta es violenta) no figura como tal entre las premisas. Podríamos decir que la circularidad se sitúa, en cambio, en el plano de la justificación, y se aprecia en dos aspectos. El primero es que la premisa de la que se hace depender la conclusión no cuenta con un apoyo que sea independiente de ella. El juicio sobre la ilegitimidad se construye a partir de que el acusado utilizó el suministro como mecanismo de presión para forzar el desalojo, esto es, a partir de la misma descripción de la conducta de la que había de extraerse su carácter violento. No se ofrece, así, para afirmar la violencia, ninguna razón distinta de aquella por la que se afirma la ausencia de autorización, de manera que quien dudara precisamente de lo primero no recibe ningún elemento nuevo de juicio. El segundo aspecto es que, formulado el criterio en esos términos, no resulta imaginable un supuesto que satisfaga las premisas y en el que, no obstante, quepa negar la conclusión. Si toda coerción jurídicamente no amparada cuenta por ello como violenta, la afirmación de la violencia no puede ser derrotada por ninguna consideración ulterior y, en esa medida, no está siendo propiamente demostrada, sino reiterada bajo otra descripción.

[71] Me parece especialmente elocuente la batería de preguntas retóricas que se plantean en el voto particular: si dar de baja el contrato de luz es violencia típica, ¿lo sería también resolver el contrato de telefonía o internet en la vivienda familiar por afectar al derecho del art. 20 CE del cónyuge que se queda? ¿Y dejar de pagar las cuotas de un vehículo que usa el cónyuge separado? ¿Y no renovar cualquiera de esos contratos al llegar su término, constituyendo entonces coacciones en comisión por omisión? Considero que esta reducción al absurdo ilustra bien el riesgo que denuncio: si el criterio decisivo es la legitimidad posesoria o de uso de la contraparte, prácticamente cualquier decisión contractual del titular de un bien o servicio compartido podría convertirse en violencia a efectos penales en función de cómo se resuelva, muchas veces por vía judicial civil posterior, la legitimidad del interés afectado.

[72] En este sentido, el voto particular advierte que la limitación *ad casum* que la mayoría introduce en los dos últimos párrafos de su fundamento cuarto, según la cual la interrupción de suministros frente a quien ocupa el inmueble sin título no colmaría el elemento «sin estar autorizado», podría producir un efecto destipificador respecto del art. 455 CP, que protege frente a las vías de hecho aun cuando su autor ostente un derecho legítimo. Por mi parte, no sostengo que las coacciones y la realización arbitraria del propio derecho vayan a resultar

Una dogmática entendida como disciplina teórica con carácter científico en los términos brevemente referidos no se aleja de la Constitución, sino todo lo contrario, pues mide el éxito de las teorías con las que se formulan las hipótesis por su adecuación al Derecho positivo. El sistema[73] solo puede ser el producto de una teoría del delito así orientada, por lo que, si esta teoría no es capaz de dar cuenta de una exigencia constitucional, será refutada –sin que esto implique asumir que se trate de un *sistema abierto* exactamente–[74]. De hecho, esto puede explicarse precisamente en relación con un problema sistemático que afecta a los supuestos de exceso en el ejercicio de derechos fundamentales. Que el juicio de injusto tiene como fin distinguir entre acciones ilícitas y acciones ilícitas y merecedoras de pena y no entre estas últimas y las acciones conformes a Derecho[75] es un extremo derivado de una consideración de proporcionalidad relativa a la intervención estatal en los derechos de la ciudadanía[76]. Con arreglo a esta constatación de base, puede aducirse que una acción próxima al ámbito de protección de un derecho fundamental no debería considerarse constitutiva de un injusto penal[77]. Entre el ejercicio de un derecho fundamental y una conducta que merece desaprobación por el Derecho penal debe haber una zona intermedia, un «*strafrechtsfreier Raum*»[78]. En realidad, la teorización unánime de la eximente de ejercicio de un derecho del art. 20.7 CP como causa de exclusión de la antijuridicidad –por la vía de la atipicidad[79] o de la justificación–, junto con la existencia de la eximente incompleta en relación con aquélla, trazan una línea que va de la acción en ejercicio de un derecho a la acción próxima a éste y que merece una rebaja de pena quedando entre ellas la acción que sin constituir el ejercicio de un derecho debe quedar impune[80].

En este caso, la teorización a partir de las exigencias constitucionales da lugar a una propuesta de modificación sistemática que es capaz de darles cumplimiento ofreciendo a los casos de exceso un lugar apropiado, pues cuando H.-L. GÜNTHER propuso introducir las causas de

indistinguibles en general: esta última puede darse al margen de cualquier contexto de dominio y puede incluso consistir en un intento de revertir una situación de dominio ajena. El riesgo se plantea en la zona de intersección, cuando quien ostenta una posición de dominio la utiliza para presionar en pretendida realización de un derecho propio.

[73] STS 428/2026, Penal, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2026:2853).

[74] SAP Valencia (Sección 2.ª) 174/2023, de 24 de marzo (ECLI:ES:APV:2023:253).

[75] El art. 156 bis CP, introducido en la gran reforma del año 2010, fue objeto de una modificación por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que nos ha legado el precepto actual, de extensión bíblica y redacción enormemente confusa.

[76] La Audiencia Provincial sí rebajó en grado la pena de *Z* aplicando precisamente la atenuación del art. 156 bis 3 CP, aunque con una motivación un «tanto» lacónica: «no hay razones que justifiquen no apreciarla y se trataba de una situación de riesgo vital».

[77] Sobre este punto, la sentencia defiende (no sin cierta querencia por los laberintos gramaticales) que «la conducta [del hijo] es inescindible de ella [la conducta delictiva del padre], conducta que tiene una parte que se puede valorar autónomamente, y es, precisamente, la relación padre-hijo (los otros acusados… no ofrecen su hígado ante los evidentes riesgos que ello supone) la cual es determinante de su conducta, que además, entendemos que debe ser apreciada como muy cualificada, pues estaba dispuesto a ser él mismo el donante, y tal como se recoge, finalmente así fue».

[78] Ampliamente, ROBLES PLANAS, «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, pp. 716 ss.; COCA VILA, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad: una crítica desde los postulados democrático-legalistas», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, 2022, pp. 562 ss.

[79] MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (n.º extraordinario 1), 2000, p. 208.

[80] BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1998, p. 17.

exclusión del injusto penal en el sistema reivindicó que el sistema debía reordenarse de modo que la *antijuridicidad general* precediera a la *tipicidad penal*, analizándose después de ésta la *antijuridicidad penal*[81]. Ciertamente, situar la tipicidad antes que la justificación –además de desnaturalizar el establecimiento de posiciones jurídicas– impide que en el juicio teleológico-penal de merecimiento de pena se tengan en cuenta adecuadamente razones para su exclusión que derivan de concurrencia de elementos de una causa de exclusión de la antijuridicidad –se produciría una duplicidad de juicios en momentos sistemáticos distintos–, de modo que el sistema postfinalista no es capaz de dar lugar a la articulación de una solución tal. Lo antedicho, lejos de constituir a mi juicio una muestra de las desventajas del pensamiento sistemático –a saber, su formulación no sería estable–, da cuenta del provecho que ofrece concebir la dogmática en los términos sostenidos, pues la referida modificación no constituiría una reformulación *ad hoc* del sistema para solucionar el problema correspondiente[82], sino que sería el producto del éxito de una teoría que refutaría la dominante.

En todo caso –se admita o no lo acabado de plantear–, la consideración dogmático-sistemática de cualquier razón de exención sirve al fin de aclarar su naturaleza y, así, determinar su alcance[83], pues permite determinar a qué clase de razón de entre las que el Derecho erige en excluyente de la responsabilidad pertenece, de modo que de la teleología propia de la institución a la que pertenezca se extraerá el criterio para delimitar su magnitud. En el caso del efecto desaliento lo antedicho es patente. Así, como se ha expuesto ya, no puede excluir la tipicidad, pues no afecta ni a la significación de la conducta ni a la valoración sobre su merecimiento de pena. Tampoco puede constituir una causa de justificación, pues precisamente se trata de un problema relativo a la conveniencia de sancionar penalmente supuestos de exceso. No afecta a la imputación subjetiva, pues por más que se derive de la dificultad de conocer los contornos que determinan el ámbito de protección del derecho correspondiente[84], no se aduce en realidad un error sobre la extensión de aquél, sino que la sanción penal o su gravedad puede «conducir al ciudadano a desistir de ejercitar legítimamente el derecho ante el temor de que su conducta, finalmente, caiga del lado de la red que separa lo lícito de lo penalmente ilícito»[85].

Si bien, como se ha expuesto, excluyendo el injusto penal en ciertos casos de exceso quedará ya poco espacio para que el efecto desaliento deba operar como causa eximente o atenuante, todavía puede ser relevante si se trata de una conducta respecto de la que solamente se aplica la eximente incompleta en relación con el ejercicio de un derecho, por ejemplo. Su ubicación más razonable, a mi juicio, podría estar –en los términos de SILVA SÁNCHEZ– en el ámbito de las

[81] ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105.

[82] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El concurso de causas de justificación: una aproximación», en CARBONELL MATEU (dir.)/MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, 2008, p. 156: «[e]l hecho de que una conducta se encuentre amparada por una causa de justificación supone, en efecto, que el ordenamiento impone al tercero la obligación de soportarla, privándole de la posibilidad de interponer defensa frente a ella en la medida en que no se encuentre ya ante una conducta constitutiva de una agresión ilegítima». Diametralmente en contra de la centralidad (penal) de esta supuesta entidad deóntica, considerándola innecesaria en la construcción de la licitud/ilicitud de una conducta, PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 630 ss.

[83] FERNÁNDEZ PERALES, «Sobre la naturaleza de las causas de justificación a la vista de la discusión acerca de la exigencia de un elemento subjetivo», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 54 s.

[84] FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, p. 29.

[85] Ampliamente, FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 29 ss.; EL MISMO, «Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa "*illicita in causa*"). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2024, pp. 686 s.

razones eximentes o atenuantes ajenas al hecho punible, es decir, en el ámbito de la punibilidad en sentido amplio[86]. Podría constituir, concretamente, una causa de exclusión de la punibilidad por falta de conveniencia del castigo por parte del Estado[87]. De ser así, no se trataría de explorar la posibilidad de una reducción teleológica del tipo correspondiente –que puede realizarse igualmente con arreglo a las razones que correspondan, pero no en atención a que se derive de la sanción un efecto desaliento–, ni de ampliar el ámbito de protección del derecho fundamental de que se trate –pues se determina en atención a la adecuación de la conducta a la razón que explica la vigencia de dicho derecho, es decir, al bien que quiere realizarse con ella, o a la exigibilidad de tolerar una conducta que protege un bien cuya protección explica la vigencia de ese derecho–, ni, entre otras cosas, de determinar si la conducta merece pena o si esta resulta necesaria. Se trataría de determinar los presupuestos por los que el Estado puede dejar de castigar una conducta merecedora de pena para no desalentar el ejercicio de un determinado derecho fundamental. Correspondería elaborar una teoría que vaya más allá de la hipótesis –que debería también contar con sustento científico– de que ciertas condenas por conductas de las que se predica tanto merecimiento como necesidad de pena llevan a personas ajenas al conflicto a dejar de ejercer un derecho fundamental[88] y explique cómo la dimensión institucional de los derechos fundamentales puede justificar la renuncia a la sanción penal en tales supuestos.

4. Conclusión

La teoría del efecto desaliento, con la que se pretende –a mi juicio con razón– limitar la sanción penal de las conductas próximas al ámbito de protección de ciertos derechos fundamentales, no ha tenido aún una articulación dogmático-sistemática clara, si bien ha recibido ya cierta atención por parte de la doctrina, centrándose especialmente en la evolución de su uso en la jurisprudencia y en el fundamento constitucional de su carácter atenuante o eximente. En este comentario ha tratado de argumentarse que, sin embargo, la discusión acerca de su articulación sistemática es decisiva para dotar al efecto desaliento de un alcance preciso como causa de exención o atenuación de la pena, pues el sistema es expresión de la teoría del delito, que a su vez especifica las razones para la atribución o exención de responsabilidad penal que se desprenden del ordenamiento jurídico-penal.

[86] FERNÁNDEZ PERALES, «El efecto oclusivo sobre el estado de necesidad y las restricciones de la legítima defensa: problemas de legalidad en la interpretación de las causas de justificación a propósito de las acciones de protesta por el clima», en prensa, 2026, p. 8.

[87] FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, p. 54.

[88] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 206 s. En contra, FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 42, 56, para quien la estructuración de las posiciones jurídicas (en su esquema, «antijuridicidad objetiva») es un paso, no solo previo, sino también condicionante del estricto juicio de culpabilidad (en su esquema, «antinormatividad») y de merecimiento de pena (en su esquema, «injusto penal»): solo en caso de que no concurran los presupuestos de una causa de justificación podrá afirmarse la antijuridicidad objetiva de la conducta para, acto seguido, valorar su antinormatividad y merecimiento de sanción penal. De lo contrario, se asumiría «una incongruencia valorativa patente» al asignarse «un derecho a realizar una acción punible» (FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 12). Por tanto, la diferencia axiológica también repercutiría en el «orden de los factores» (en la terminología clásica: la antijuridicidad antes de la tipicidad), pues «al ubicar las causas de justificación tras el juicio de tipicidad –de naturaleza teleológico-penal–, el juicio de justificación se ve inevitablemente condicionado, pues el juicio de tipicidad no es un juicio *prima facie* meramente epistémico, sino normativo» (FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 12).

Pese a lo sugerente –por la riqueza de sus premisas, a las que no ha podido hacerse justicia en este comentario– del planteamiento, la crítica al método dogmático por desatender el Derecho positivo y resultar arbitrario y, por ende, imprevisible, no consigue a mi juicio afectar a la dogmática de corte valorativo que exige la explicitación de sus premisas y tiene una pretensión de coherencia a partir de ellas. Esta clase de dogmática hace posible el control racional de las doctrinas formuladas y, además, se desarrolla en el marco de los límites fijados por la Constitución. Tampoco alcanza la crítica a una dogmática caracterizada como disciplina teórica –científica– que tiene como objeto el Derecho positivo y que se desarrolla a partir de la formulación de teorías que constituyen hipótesis sobre su contenido –parten, por ende, de las valoraciones subyacentes a aquél y, en particular, de las que explican el texto constitucional– y que se sujetan a refutación por otras teorías con mayor capacidad explicativa del Derecho. En definitiva, el método dogmático posibilita determinar cuál es el espacio que corresponde a la teoría del efecto desaliento –pues, como se ha expuesto, la introducción en el sistema de las *causas de exclusión del injusto* permite ya negar el merecimiento de pena de las conductas próximas al ámbito del ejercicio de un derecho fundamental– y, especificando su naturaleza a través de su ubicación sistemática, a precisar su alcance.

InDret
4.2026

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Alberto BAIXAULI FERNÁNDEZ, *La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil* ex delicto *y su influencia en la determinación del plazo de prescripción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, 302 páginas, por Mariano VIVANCOS

Recensión a Juan José PERIAGO MORANT, *Tratamiento jurídico penal del falso cultural*, J.M. Bosch, Barcelona, 2025, 376 páginas, por Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Recensión a Ramon RAGUÉS, Carmen ELOÍSA RUIZ y Matías BELMONTE (eds.), *Whistleblowing. Una perspectiva global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, 278 páginas, por Alex VAN WEEZEL

-

InDret
4.2026

Alberto Baixauli Fernández, La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* y su influencia en la determinación del plazo de prescripción, *Tirant lo Blanch, Valencia, 2026, 302 páginas*

Mariano Vivancos
Universitat de València
mariano.vivancos@uv.es

-

La determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito constituye una de las cuestiones más debatidas y, al mismo tiempo, más insuficientemente resueltas de nuestro sistema jurídico. Situada en la intersección entre las disciplinas penalista, civilista y procesalista, esta institución ha generado durante décadas importantes controversias doctrinales y jurisprudenciales que afectan directamente a problemas prácticos de gran trascendencia, entre ellos la fijación del régimen de prescripción de la acción resarcitoria.

La monografía del abogado y profesor (asociado) de Derecho Penal de la Universitat de València, Alberto BAIXAULI FERNÁNDEZ, distinguida con el IX Premio de Estudios Jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, aborda una de las cuestiones más discutidas de la teoría de la responsabilidad civil derivada del delito: la determinación de su naturaleza jurídica y las consecuencias que dicha calificación proyecta sobre el régimen de prescripción de la acción resarcitoria. Pero la relevancia de la obra trasciende el problema técnico que constituye su objeto inmediato. En realidad, la tesis defendida por el autor obliga a replantear algunas cuestiones de alcance más amplio relacionadas con la posición de las víctimas en el proceso penal, la función constitucional de la reparación y los límites que el principio de seguridad jurídica impone a las consecuencias patrimoniales del delito. La monografía ofrece una reconstrucción sistemática de un debate doctrinal y jurisprudencial particularmente complejo, al tiempo que defiende una posición claramente definida acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto* y de las consecuencias que dicha caracterización proyecta sobre el régimen jurídico de la prescripción.

Uno de los principales méritos de la obra radica en la claridad con la que identifica el núcleo del problema. Frente a determinadas concepciones que atribuyen a la responsabilidad civil derivada del delito una naturaleza híbrida o incluso parcialmente penal, BAIXAULI sostiene que nos encontramos ante una institución esencialmente civil cuyo fundamento último reside en la producción de un daño y no en la infracción penal considerada en sí misma. Esta tesis, desarrollada con notable coherencia a lo largo de toda la investigación, constituye el verdadero hilo conductor del libro. Esta cuestión constituye el eje del *capítulo primero* de la monografía, pp. 15-58.

La obra se articula mediante una estructura progresiva que conduce al lector desde los presupuestos conceptuales hasta las consecuencias prácticas derivadas de la posición defendida. Tras delimitar los distintos enfoques doctrinales existentes sobre la naturaleza jurídica de la institución, el autor examina los problemas procesales derivados del ejercicio de la acción civil en el seno del proceso penal y dedica una atención particular al estudio de la prescripción y la caducidad como mecanismos de delimitación temporal del ejercicio de derechos.

La estructura de la investigación facilita seguir la evolución del razonamiento del autor: el *capítulo primero* aborda la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* (pp. 15-58); el segundo analiza el ejercicio de la acción civil en el proceso penal (pp. 59-88); los *capítulos tercero* y *cuarto* estudian, respectivamente, la prescripción extintiva (pp. 89-114) y la caducidad (pp. 115-133); el *capítulo quinto* se ocupa específicamente del régimen de prescripción de la acción civil *ex delicto* y de la determinación del *dies a quo* (pp. 134-220); el *capítulo sexto* examina la controvertida tesis de la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil declarada en sentencia penal firme (pp. 221-274); y el *capítulo séptimo* recoge las conclusiones generales de la investigación (pp. 275-285).

No obstante, el interés de la monografía no reside únicamente en la sistematización de materiales doctrinales y jurisprudenciales. Su principal aportación consiste en utilizar esa reconstrucción para cuestionar algunas de las soluciones que han ido consolidándose en la jurisprudencia reciente. Especial relevancia adquiere, en este sentido, el *capítulo sexto* de la obra (pp. 221-274), dedicado al análisis del debate relativo a la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil declarada en sentencia penal firme y, particularmente, a la valoración crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia.

Desde la perspectiva defendida por el autor, la tendencia a aproximar la responsabilidad civil derivada del delito a categorías propias del Derecho sancionador presenta importantes inconvenientes dogmáticos. Si la finalidad primordial de la institución es la reparación del daño causado, resulta difícil justificar la introducción de elementos conceptuales propios del castigo penal sin alterar la lógica interna de ambas categorías jurídicas. La fuerza de este argumento constituye probablemente uno de los aspectos más convincentes de la investigación.

Ahora bien, precisamente por la contundencia con la que se defiende esta construcción, el lector puede echar en falta una discusión más extensa acerca de las razones que han llevado históricamente al legislador a mantener una regulación diferenciada de la responsabilidad civil derivada del delito. Aunque el autor examina con detalle las distintas posiciones doctrinales existentes, quizá hubiera resultado útil profundizar algo más en aquellos elementos que explican la persistencia de una disciplina normativa parcialmente autónoma respecto de la responsabilidad civil extracontractual ordinaria.

Asimismo, la investigación se construye fundamentalmente desde una perspectiva dogmática y jurisprudencial. Esta opción metodológica resulta plenamente coherente con los objetivos perseguidos y con la naturaleza del problema analizado. No obstante, quizá hubiera resultado interesante incorporar una reflexión más extensa sobre las consecuencias prácticas que las distintas soluciones interpretativas generan para los operadores jurídicos y para las propias víctimas en contextos concretos de litigación. Tal aproximación habría permitido contrastar las conclusiones dogmáticas alcanzadas con algunas de las dificultades que plantea su aplicación cotidiana. La aproximación metodológica se proyecta de forma transversal a lo largo de toda la obra, aunque alcanza su mayor desarrollo en los *capítulos quinto* y *sexto* (pp. 134-274).

La observación anterior no cuestiona la solidez de la tesis defendida, pero sí pone de manifiesto uno de los debates que la obra contribuye a reactivar. En efecto, si la responsabilidad civil *ex delicto* posee una naturaleza estrictamente civil, cabe preguntarse hasta qué punto resulta justificable el mantenimiento de determinadas singularidades materiales y procesales vinculadas

al proceso penal. La monografía ofrece argumentos valiosos para responder a esta cuestión, aunque también deja abiertas algunas líneas de reflexión que merecerían desarrollos posteriores.

Entre ellas destaca la relativa a la posición de las víctimas dentro del proceso penal contemporáneo. La acumulación de la acción civil al proceso penal no constituye únicamente una técnica de economía procesal ni un mecanismo históricamente orientado a facilitar la reparación del daño. Durante las últimas décadas, la víctima ha dejado de ser contemplada exclusivamente como titular de una pretensión indemnizatoria para convertirse progresivamente en sujeto de derechos procesales específicos, reconocidos tanto por el Derecho europeo como por la evolución de los ordenamientos contemporáneos. Estas cuestiones aparecen, principalmente, en los *capítulos segundo* y *quinto*.

Desde esta perspectiva, la defensa de una naturaleza estrictamente civil de la responsabilidad *ex delicto* suscita interrogantes que quizá merecerían una atención más detenida. Si el fundamento último de la institución reside exclusivamente en el daño causado y no en el significado jurídico-público del delito, cabe preguntarse hasta qué punto siguen encontrando justificación determinadas especialidades procesales que tradicionalmente han acompañado al ejercicio de la acción civil en sede penal. Pero, al mismo tiempo, también resulta legítimo plantear la cuestión inversa: si la creciente centralidad jurídica de las víctimas no constituye precisamente una razón para preservar algunos de esos rasgos diferenciales.

La cuestión adquiere una especial relevancia en un contexto caracterizado por la expansión de los derechos de información, participación y protección de las víctimas. En este escenario, la responsabilidad civil derivada del delito parece desempeñar una función que trasciende parcialmente la lógica clásica de la reparación patrimonial para proyectarse sobre exigencias más amplias de reconocimiento jurídico y restauración del daño sufrido.

Una reflexión semejante podría extenderse a determinados ámbitos en los que la condición de víctima presenta una especial densidad jurídica y social. Cabe pensar, por ejemplo, en los delitos de terrorismo, los delitos contra la libertad sexual, los supuestos de victimización de menores o aquellos casos que afectan a una pluralidad de perjudicados. En todos ellos, la función de la responsabilidad civil parece proyectarse más allá de la mera compensación patrimonial para incorporar dimensiones vinculadas al reconocimiento institucional del daño, la restauración simbólica y la propia confianza de las víctimas en el sistema de justicia. Desde esta perspectiva, hubiera resultado particularmente interesante explorar hasta qué punto la caracterización estrictamente civil de la responsabilidad *ex delicto* permite dar adecuada respuesta a estas realidades o si, por el contrario, determinados supuestos aconsejan preservar algunos elementos diferenciales derivados de su conexión con el ilícito penal.

La cuestión adquiere especial interés porque estos supuestos ponen de manifiesto que la reparación del daño no siempre puede reducirse a una lógica estrictamente patrimonial. En determinados contextos, la responsabilidad civil cumple también funciones de reconocimiento institucional y de reafirmación pública de la condición de víctima que difícilmente encuentran acomodo en una explicación exclusivamente civilista de la institución.

La monografía proporciona elementos relevantes para abordar esta discusión, aunque un diálogo más explícito con esta literatura emergente habría permitido desarrollar con mayor profundidad algunas de las cuestiones apuntadas.

Otro aspecto especialmente destacable es el análisis de las consecuencias prácticas derivadas de las distintas soluciones posibles en materia de prescripción. Lejos de limitarse a una discusión conceptual, el autor muestra cómo las divergencias interpretativas afectan directamente a la posición jurídica de víctimas, condenados y responsables civiles. De este modo, la investigación trasciende el plano estrictamente dogmático para proyectarse sobre problemas de seguridad jurídica, previsibilidad normativa y tutela efectiva de derechos. Estas cuestiones constituyen el objeto principal del *capítulo quinto* (pp. 134-220).

Particular interés presenta, en este sentido, la discusión relativa a la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil declarada en sentencia penal firme. El autor dedica íntegramente el *capítulo sexto* (pp. 221-274) al estudio de esta cuestión y aunque centra correctamente el debate en la coherencia interna de la institución de la prescripción, la cuestión posee asimismo una evidente dimensión constitucional. La posibilidad de que obligaciones patrimoniales permanezcan indefinidamente exigibles obliga a ponderar las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y plantea interrogantes relevantes acerca de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito.

Desde esta perspectiva, la monografía ofrece materiales particularmente valiosos para reflexionar sobre el delicado equilibrio entre el derecho de las víctimas a obtener reparación y la necesidad de preservar un marco normativo estable y previsible para los sujetos obligados al resarcimiento. Se trata de una tensión que trasciende el ámbito de la técnica civil o procesal para conectar con algunos de los fundamentos mismos del Estado de Derecho. Aunque esta reflexión se proyecta sobre toda la investigación, encuentra un apoyo especial en el análisis del ejercicio de la acción civil desarrollado en el *capítulo segundo* (pp. 59-88) y en el estudio del régimen de prescripción del *capítulo quinto* (pp. 134-220).

De igual modo, la discusión examinada por el autor permite identificar una tensión menos evidente, pero igualmente relevante: la existente entre las exigencias de seguridad jurídica del responsable civil y el derecho de las víctimas a obtener una reparación efectiva. La tendencia jurisprudencial favorable a soluciones expansivas en materia de exigibilidad de la responsabilidad civil parece responder, al menos en parte, a una comprensible preocupación por evitar situaciones de desprotección de los perjudicados. Sin embargo, precisamente por ello, el debate no puede resolverse únicamente mediante argumentos de técnica civil o procesal, sino que obliga a ponderar intereses concurrentes cuya delimitación continúa siendo objeto de discusión doctrinal.

Particularmente acertada resulta la atención prestada a las oscilaciones jurisprudenciales existentes en esta materia. El estudio evidencia que la coexistencia de criterios no siempre coincidentes ha contribuido a generar un escenario de incertidumbre interpretativa difícilmente compatible con las exigencias de claridad que deberían presidir un ámbito tan relevante como el de las consecuencias patrimoniales del delito. Desde esta perspectiva, la propuesta de clarificación legislativa formulada por el autor aparece como una conclusión razonable y bien fundamentada. El análisis de esta evolución jurisprudencial ocupa una parte sustancial del *capítulo sexto* (pp. 236-274).

La amplitud del material jurisprudencial manejado constituye otro de los puntos fuertes de la obra. Especialmente en los *capítulos quinto* y *sexto* (pp. 134-274), donde la jurisprudencia se convierte en el principal soporte de la argumentación. El examen de resoluciones judiciales no se

limita a una función ilustrativa, sino que se integra en la propia construcción argumental, permitiendo identificar tendencias interpretativas, contradicciones y problemas de coherencia interna del sistema. Esta labor de sistematización convierte el libro en una herramienta particularmente útil tanto para investigadores como para operadores jurídicos.

Igualmente, reseñable es el esfuerzo por mantener un equilibrio entre el análisis técnico y la claridad expositiva. A pesar de abordar una materia compleja y altamente especializada, la lectura resulta fluida y permite seguir con facilidad la evolución de los argumentos. Esta virtud no siempre está presente en trabajos de carácter dogmático y contribuye a ampliar el potencial impacto académico de la investigación.

Más allá de la cuestión específica de la prescripción, la monografía invita a reconsiderar el lugar que ocupa la responsabilidad civil derivada del delito dentro del sistema jurídico contemporáneo. La tensión entre reparación de las víctimas, seguridad jurídica y coherencia sistemática atraviesa silenciosamente toda la investigación. En realidad, uno de los principales méritos del trabajo consiste en demostrar que problemas aparentemente técnicos esconden opciones de política jurídica con importantes implicaciones para la configuración de las relaciones entre Derecho penal, Derecho civil y tutela de los perjudicados.

Precisamente por ello, quizá hubiera resultado enriquecedor un diálogo más explícito con la jurisprudencia constitucional y con los desarrollos europeos relativos a los derechos de las víctimas. La creciente relevancia que estas han adquirido en los sistemas de justicia penal contemporáneos obliga a preguntarse si la responsabilidad civil derivada del delito puede seguir analizándose exclusivamente desde las categorías tradicionales del Derecho privado o si nos encontramos ante una institución llamada a desempeñar una función más compleja dentro del moderno sistema de garantías. La obra no pretende responder expresamente a esta cuestión, pero ofrece numerosos elementos para impulsar un debate que probablemente ocupará un lugar cada vez más relevante en los próximos años.

Especial relevancia poseen las conclusiones que el autor extrae respecto de la determinación del plazo de prescripción. Partiendo de la naturaleza esencialmente civil de la responsabilidad civil *ex delicto*, rechaza las construcciones que conducen a su imprescriptibilidad y defiende un régimen temporal coherente con los principios propios del Derecho civil, sin perjuicio de las especialidades derivadas del ejercicio de la acción en el proceso penal. Asimismo, sostiene que la fijación del *dies a quo* y de los plazos aplicables exige una interpretación sistemática capaz de superar las oscilaciones jurisprudenciales, concluyendo con una expresa llamada a la intervención del legislador para dotar a esta materia de mayor seguridad jurídica y previsibilidad. Estas ideas se sintetizan en el *capítulo séptimo* de la monografía.

En definitiva, nos encontramos ante un trabajo riguroso, bien documentado y construido a partir de una tesis central claramente identificable. Incluso quienes no compartan plenamente todas las conclusiones alcanzadas encontrarán en sus páginas argumentos sólidos con los que confrontar sus propias posiciones. Precisamente esa capacidad para suscitar discusión académica constituye uno de los mejores indicadores de la calidad de una investigación jurídica.

Por ello, la monografía del penalista Alberto BAIXAULI FERNÁNDEZ debe considerarse una aportación relevante al estudio de la responsabilidad civil derivada del delito. Su valor no reside únicamente en las respuestas que ofrece, sino también en las preguntas que formula y en los

debates que contribuye a reabrir. Entre ellos destacan los relativos a la posición de las víctimas, a la tensión entre reparación y seguridad jurídica y a la función que la responsabilidad civil está llamada a desempeñar en los modernos sistemas de justicia penal. Que una investigación permita identificar nuevas líneas de discusión constituye una de las mejores manifestaciones de su relevancia científica. Precisamente por ello, aun cuando algunas de las cuestiones apuntadas merezcan desarrollos adicionales, la obra ofrece un punto de partida especialmente sólido para futuras investigaciones sobre la materia.

InDret
4.2026

Juan José Periago Morant, Tratamiento jurídico penal del falso cultural*, J.M. Bosch, Barcelona, 2025, 376 páginas*

Antonio Fernández Hernández
Universitat Jaume I
anandez@uji.es

-

El libro *Tratamiento jurídico penal del falso cultural*, escrito por el profesor de Derecho penal de la Universitat Jaume I, Juan José PERIAGO MORANT, tiene por objeto el análisis del tratamiento jurídico penal del falso de bienes culturales, a los efectos de evaluar (más bien justificar) la conveniencia de otorgarle un tratamiento distinto al actual. Materia que, como se pone de manifiesto desde las primeras páginas de la obra, ha recibido hasta el momento: una exigua atención doctrinal, un escaso tratamiento jurisprudencial y, a su parecer, un inadecuado enfoque normativo.

A lo largo de sus 376 páginas, estructuradas en un total de 12 capítulos, el autor ofrece, desde una perspectiva criminológica y jurídica, una completa visión del falso cultural y de su tratamiento normativo, no solo punitivo, sino también extrapenal. Así, se comienza por la definición del *falso cultural* (cap. 2), explicando las características del mercado del arte (cap. 3), para pasar a examinar el marco normativo nacional extrapenal de los bienes culturales (cap. 4). Tras ello se dedica el grueso de la obra (como no podía ser de otro modo, dado su perfil penal) al estudio que nuestro texto punitivo otorga a tal materia. Diversas son las cuestiones abordadas: desde el bien jurídico protegido (cap. 5), pasando por el delito de estafa, que constituye la principal respuesta que en la actualidad viene recibiendo este tipo de falsificaciones (cap. 6), para finalizar con el examen de las distintas clases de falsos que pueden encontrarse: en la obra pictórica (cap. 7), en los bienes arqueológicos y antigüedades (cap. 8) y de las esculturas (cap. 9). Finalmente, la obra se cierra con un análisis de Derecho comparado (cap. 10) y con un capítulo dedicado a conclusiones (el 11).

En la obra aquí recensionada se parte de dos premisas claras: la actual protección penal del patrimonio histórico es inadecuada; al igual que también lo es (y esta constituye la segunda de tales premisas) la respuesta que nuestro sistema de justicia penal ofrece en la actualidad a las falsificaciones de las obras de arte desde la perspectiva de la tutela penal al patrimonio cultural.

Como no podía ser de otro modo, ambas se encuentran debidamente fundamentadas, si bien, como expondré, no dejan de plantear cuestiones que resultan merecedoras de un mayor debate.

El legislador del 95 decidió diseñar un sistema mixto de protección integrado por: un capítulo específico (intitulado «De los delitos contra el patrimonio histórico»), así como por toda una miríada de subtipos agravados desperdigados a lo largo de todo el Libro II del Código Penal, relativos a los casos en los que los delitos que los incluyen tengan por objeto material bienes de valor histórico, artístico, científico o cultural. Al parecer del prof. PERIAGO, ambos resultan problemáticos por cuanto se centran en conductas que impiden la preservación de los bienes culturales, en lugar de proteger la función sociocultural que estos bienes ostentan. En consecuencia, una conducta, como lo es la de la falsificación de estos bienes, que atenta contra su valor cultural, no recibe una solución jurídica adecuada, en tanto atiende exclusivamente al valor

económico. Así pues, se ofrece una solución a tal situación consistente en la inclusión, en nuestro texto punitivo, de un capítulo específico titulado «De los delitos contra el Patrimonio Cultural». Tal capítulo agruparía y trataría sistemáticamente las conductas actualmente existentes (debidamente modificadas), los subtipos agravados que actualmente se encuentran dispersos por todo el Libro II de nuestro texto punitivo, junto con el referido tipo de falsificación de bienes culturales.

Al autor no se le escapa que ello implicaría (de hecho, en eso precisamente consiste su propuesta) incluir en dicho capítulo todas las conductas que, atentando contra distintos bienes jurídicos, tienen en común el hacerlo a través de esos concretos objetos materiales. Sin embargo, si la justificación para la creación de este nuevo capítulo es la protección de un nuevo bien jurídico autónomo (cuestión sobre la que se volverá más adelante) podría considerarse que tal vez resulte más adecuado al orden sistemático empleado por el legislador del 95 mantener los subtipos agravados donde se encuentran y modificar el actual capítulo relativo a la protección del patrimonio histórico. Capítulo que contendría tan solo las distintas conductas que pueden erosionarlo, bien modificando las ya existentes, bien introduciendo nuevos tipos a través de los cuales proporcionar oportuna respuesta a comportamientos que, en la actualidad, quizás no la reciban por parte de nuestro texto punitivo. Esto último es precisamente lo que ocurre con el falso cultural. De ahí que se proponga, y sin duda ello constituye la principal contribución de la obra aquí recensionada, la creación de un tipo específico que le atribuya relevancia penal, protegiendo, no sólo el patrimonio (como viene ocurriendo hasta ahora, principalmente a través del delito de estafa) sino mediante la defensa de un nuevo aspecto del bien jurídico colectivo que es la cultura, que constituiría el objeto de protección de dicho tipo: la veracidad del bien cultural, salvaguardándose así su función cultural.

Así, el autor propone, siguiendo la estela de la posición adoptada por el legislador italiano, la introducción en nuestro Código Penal de un tipo específico dedicado a la falsificación de bienes culturales. Un tipo penal que pretende ir más allá, como ya se ha indicado, del alcance atribuible al actual delito de estafa. De ahí que dicho tipo habría de contener toda una serie de conductas, tales como: la creación de un falso cultural; la alteración no consentida de una obra o su reproducción no autorizada con ánimo de lucro; la introducción o comercialización de obras o bienes culturales falsificados con conocimiento de su falsedad; así como su autenticación con conocimiento de su falsedad. Todas ellas caracterizadas por ir motivadas por un ánimo de lucro, erigido en elemento subjetivo del tipo.

Para llegar a esa conclusión el prof. PERIAGO aborda con carácter previo toda una serie de cuestiones, tanto de carácter jurídico como criminológico, de las que ha dependido la postura adoptada por el autor de la obra aquí recensionada. Sin embargo, antes de entrar en ellas, resulta oportuno el planteamiento de una cuestión previa, en sede político-criminal: habida cuenta del exiguo volumen de casos de falsificación de obras de arte que llega a conocimiento de los tribunales (por los motivos que se expresan en la propia obra) ¿puede estimarse realmente necesaria la creación de dicho tipo penal? ¿No es suficiente con la actual consideración como delito de estafa agravada por la naturaleza del objeto material? Es obvio que con la actual situación lo que se está protegiendo es el patrimonio y no el valor cultural del bien, pero la agravación específica derivada de la condición de integración del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico, del art. 250.1.3.º CP, ¿no sirve para incluir, precisamente, la protección de su valor cultural? ¿La creación de un nuevo tipo de falso cultural no generaría, en esencia, una desconfiguración del actual sistema de ordenación de nuestro texto punitivo?

Volviendo a la postura mantenida en la obra recensionada, en lo que a la perspectiva jurídica se refiere comienza, como no podía ser de otra manera, por una cuestión que después resultará fundamental al abordar el tratamiento punitivo del falso cultural como conducta constitutiva de un delito de estafa: la diferencia entre el concepto de obra original del de obra auténtica, por cuanto, como agudamente señala el autor, «todo lo falso es no original, pero no todo lo no original es falso».

Por tanto, la determinación del falso requiere, con carácter previo, la delimitación del concepto de obra original. A ello se dedica un relevante esfuerzo mediante el análisis de los textos normativos aplicables, de las corrientes jurisprudenciales (tanto del TJUE como de los tribunales españoles) y de las opiniones doctrinales que hasta el momento pueden encontrarse. Así, dos son los planos que permiten determinar la originalidad de una obra: uno objetivo, que exige una novedad objetiva, esto es, una diferencia con lo ya existente hasta el momento de su creación; y uno subjetivo, que precisa que la obra sea reflejo de la personalidad del autor. Aunque la cuestión no se limita solo a esto. También resulta problemático establecer cuándo una obra puede ser atribuida a un autor, para lo cual es trascendental delimitar en qué consiste la intervención del autor. ¿Es suficiente la creación intelectual para atribuir la autoría de una obra o se precisa también la creación material? ¿Y qué ocurre con las extralimitaciones de los restauradores? ¿Cuándo un trabajo deja de ser original? ¿Cuándo pierde su autoría? ¿Y qué nivel de intervención resulta exigible para entender que una obra es atribuible a un autor? Tales cuestiones son planteadas y esclarecidas adecuadamente. Pero no solo. En el mundo del arte es habitual, o al menos, no es extraño encontrar, además de obras originales, copias, réplicas y reproducciones. Y esto es importante a los efectos que nos ocupan, porque debe resolverse si dichas tipologías deben ser consideradas, o no, falsificaciones. Lo esencial a tales efectos radica en el fin fraudulento que mueve al autor de aquellas. De ahí que el prof. PERIAGO entienda por falsificación «una réplica no autorizada del original con intención de fraude o cuando se realiza una obra imitando el estilo expresivo del artista al que se le atribuye la obra, pero que no ha sido creada por él ni cuenta con su autorización».

Con base en esta idea se propone fundamentar el concepto de falso pictórico en tres elementos: autoría, originalidad y aceptación de la obra por su autor. Coherentemente con esta postura se ofrece un concepto de falso cultural: «aquella obra creada por un tercero y atribuida de manera fraudulenta a otra persona que no ha participado ni material ni intelectualmente en su creación, ni ha autorizado ser considerada como autora de la misma». Concepto este que requiere ser adaptado para los supuestos de falsificación de objetos arqueológicos. En tales casos el falso cultural consistirá «en el producto de un trabajo realizado con la intención fraudulenta de crear la apariencia y procedencia de un contenido histórico cultural que no es efectivo».

Sentadas tales bases, la obra objeto de estas páginas interviene en el debate penal relativo a si el objeto material del Título XVI del Código Penal es el patrimonio histórico o el patrimonio cultural, mostrándose partidaria de la segunda opción, por entender que abarca la inmaterialidad y el carácter público de su interés, aspectos que la primera acepción no recoge necesariamente. De ahí que opte por el concepto de falsificación de bien cultural. Postura esta que ya queda explicitada en el propio título de la obra.

El prof. PERIAGO parte de la base de que la pérdida del contenido del patrimonio cultural supone, en el fondo, un empobrecimiento de la humanidad. Y la falsificación en la cultura, además de

afectar a la sociedad de su momento, influye también en el curso de los acontecimientos de la Historia y en el conocimiento científico, en tanto los distorsiona.

Se opta pues, por un cambio en el bien jurídico protegido: del valor económico del bien se pasa a la función cultural que los bienes de valor histórico, cultural o artístico desempeñan. Bien jurídico que se sustenta en los diversos intereses contra los que el falso cultural atenta: derechos morales de los artistas, la certidumbre depositada en el patrimonio artístico y cultural nacional, la regularidad de los intercambios, la transparencia y corrección del circuito comercial del mercado del arte, el patrimonio público o privado, los derechos de los consumidores, así como la producción artística, entre un amplio espectro de intereses individuales y colectivos. A mi parecer, la dificultad de dicha propuesta radica, no obstante, en una propia de los bienes jurídicos colectivos: en su complicada delimitación, especialmente en este caso. Así como en la necesidad de plantearse si los distintos intereses que se le hace abarcar: primero, no se encuentran ya protegidos en otros preceptos del Código Penal (*v.gr.* los delitos contra la propiedad intelectual); y, segundo, si son dignos y se encuentran necesitados de protección penal (*v.gr.* la transparencia y corrección del circuito comercial del mercado del arte) o su defensa quizás debiera encontrar acomodo en otros sectores del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, y con independencia de ello, como podrá imaginarse, diversas son las cuestiones que tal propuesta plantea: en materia concursal, de penas imponibles, de responsabilidad de personas jurídicas o de decomiso. Aunque esta circunstancia no se le escapa al prof. PERIAGO, habría sido conveniente un mayor desarrollo de ellas, especialmente, de las cuestiones que en materia concursal se suscitarían, por ser no solo las de mayor dificultad, sino porque sirven de criterio con base al cual determinar la corrección técnica de la propuesta realizada.

Junto a todo ello se abordan, a su vez, otras conductas delictivas desarrolladas en este ámbito, tales como el «blanqueo de piezas robadas», o la relación entre la falsificación de objetos arqueológicos y el expolio. Todo ello permitirá al lector, sin duda, hacerse una idea clara e informada sobre la situación actual de la protección del patrimonio cultural frente a las conductas falsarias, ofreciendo a su vez una propuesta de regulación alternativa que, sin ignorar la diversidad de cuestiones que plantearía, pretende ofrecer una solución a los déficits de eficacia y eficiencia que el actual marco regulatorio presenta.

Desde la perspectiva criminológica, que resulta muy útil en una materia tan poco tratada entre los penalistas, se ofrece una detallada imagen de la importancia económica del mercado del arte. Ello permite hacerse una idea de la relevancia, ciertamente desapercibida por la generalidad de la ciudadanía (en general) y de los propios penalistas (en particular), que este sector presenta. Pero no solo ofrece cifras. También describe el mercado físico y el mercado *online* del arte, quiénes intervienen en ellos y cómo lo hacen, así como cuáles son los motivos de las adquisiciones de estos valiosos objetos. Además, ilustra sobre las técnicas empleadas para realizar la falsificación de: obras pictóricas, bienes arqueológicos, antigüedades y esculturas. Como podrá fácilmente imaginarse, sus respectivas características específicas comportan la necesidad de variar los procedimientos a seguir. Conocerlos resulta fundamental si pretende elaborarse un tipo adecuado que les otorgue relevancia penal. De ahí la importancia de su contenido.

A mayor abundamiento, se evidencia una circunstancia que debe ser destacada: las elevadas sumas económicas que mueve el mercado del arte, sus problemas regulatorios y la

confidencialidad de sus operaciones favorecen la comisión de delitos tales como el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, el tráfico ilícito de bienes culturales y, por supuesto, el objeto de la monografía que aquí se recensiona: la falsificación de las obras de arte. Y muy vinculados con aquellos tipos podemos encontrar también los expolios arqueológicos, el contrabando, los delitos contra la propiedad intelectual, las apropiaciones indebidas, daños, estafas, robos y hurtos. Con relación a esto tampoco se deja de lado quiénes son los encargados de investigar tales hechos, incidiéndose en la necesidad de crear especializaciones profesionales.

El dar a conocer esta realidad a la sociedad puede contribuir, en opinión del prof. PERIAGO, a desmitificar el halo romántico del que la literatura y el cine han envuelto a la figura del falsificador de arte, poniendo de manifiesto su verdadera naturaleza.

También hace evidente el endémico problema de datos estadísticos que padecemos en este país. La protección del patrimonio cultural (histórico a decir de nuestro texto punitivo) lamentablemente, no es una excepción. Con las dificultades que tal situación añade a la obtención de un conocimiento criminológico lo más ajustado posible la realidad. Base imprescindible de una buena política criminal.

En atención a todo lo anterior puede afirmarse que la obra ofrece, y por ello se recomienda encarecidamente su lectura, todo lo que se puede exigir a una investigación jurídico penal: el planteamiento de un problema, la descripción de sus causas, características y consecuencias, y la proposición de una posible solución a tal situación que, aunque no se encuentra ayuna de aristas, está debidamente razonada y es razonable. No se puede pedir más.

InDret
4.2026

Ramon Ragués, Carmen Eloísa Ruiz y Matías Belmonte (eds.), Whistleblowing. Una perspectiva global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, 278 páginas*

Alex van Weezel
Pontificia Universidad Católica de Chile
avw@uc.cl

-

I. Esta colectánea, cuidadosamente editada por Carmen Eloísa RUIZ de la Universidad Externado de Colombia, Ramon RAGUÉS de la Universidad Pompeu Fabra y Matías BELMONTE de la Pontificia Universidad Católica de Chile, reúne siete trabajos que iluminan desde distintas perspectivas la «realidad» del *whistleblowing*. El uso de la palabra «realidad» suena aquí como un eufemismo y ciertamente tiene algo de eso. Aunque la figura ha adquirido un protagonismo extraordinario en el nuevo derecho sancionatorio orientado a la eficiencia, la misma obra hace evidentes las dificultades para precisar su verdadera naturaleza.

Las dos primeras contribuciones –traducidas por Federico Montero– fueron escritas por el profesor de Friburgo en Brisgovia Roland HEFENDEHL y presentan algunos esfuerzos de clarificación conceptual, pero sobre todo una visión extremadamente crítica de la figura. HEFENDEHL llega a postular una especie de teoría de la conspiración según la cual el *whistleblowing* es un engendro de los intereses creados en la conservación del modelo neoliberal. ¿Cómo así? Porque en vez de permitir un cuestionamiento del modelo en su conjunto, se focaliza en lo que serían sus fallas puntuales, las que, además, se atribuirían exclusivamente a la mala conducta de ciertos individuos. El informante o *whistleblower* es presentado como un héroe que se levanta contra el abuso y las malas prácticas, cuando en realidad está contribuyendo a la estabilización y conservación del sistema.

Tal vez se debe a que estos dos textos fueron escritos hace más de un lustro. Leídos hoy, aparecen a mi juicio como tomas de posición un poco trasnochadas. Si el *whistleblowing* puede ser objeto de múltiples y profundas objeciones, ellas no apuntan precisamente contra su carácter favorecedor de un *statu quo* (neo)liberal, sino más bien contra el peligro de socavamiento de las bases de una sociedad de libertades que entrañaría la delación institucionalizada.

Las contribuciones con mayor carga valorativa y de filosofía política son el trabajo conjunto de Antony DUFF y Sandra MARSHALL, ambos eméritos de Stirling (Escocia) –traducido del inglés por Jorge Restrepo Ramos–, y el intento de domesticación dogmática de la figura escrito por Alaor LEITE de la Universidad Humboldt (Berlín), en la traducción de Albert Estrada i Cuadras. A ellos me referiré enseguida con algo más de detalle. Una carga valorativa no menor se encuentra implícita, sin embargo, en la contribución de los profesores NYREROD y SPAGNOLO, ambos vinculados al Institute for Transitional Economics de Estocolmo, un estudio criminológico traducido por Olivia Aravena que busca sustentar empíricamente la eficacia de las recompensas económicas para los denunciantes.

Los otros dos trabajos contienen análisis dogmático-descriptivos de la normativa vigente. Ramon RAGUÉS comenta la Directiva 2019/1937 de la Unión Europea, mientras que los profesores Mateo

BERMEJO y Juan Pablo MONTIEL; Heloisa ESTELLITA y Joana SIQUEIRA; Percy GARCÍA CAVERO y Matías BELMONTE comentan respectivamente las regulaciones vigentes en Argentina, Brasil, Perú y Chile. Digamos desde ya que es imposible no coincidir con la conclusión de todos estos autores hacia el final del trabajo: El análisis refleja no solo la falta de consenso político en torno a la figura del informante («héroes o traidores», se preguntaba hace unos años Ramon RAGUÉS), sino una regulación fragmentaria y casuística, que clama por una sistematización para evitar inconsistencias y tratamientos injustificadamente diferenciados en el ámbito laboral, de carteles, de *securities*, y otros.

II. Aunque no todas las contribuciones se atienen a este concepto –en gran medida debido a la confusión regulatoria, como aparece en el trabajo de BERMEJO, ESTELLITA, SIQUEIRA, GARCÍA CAVERO y BELMONTE–, debería ser más o menos pacífico que el *whistleblower* es *quien sin ser interviniente en el hecho ilícito denunciado, ni tampoco víctima de él, lo pone en conocimiento de sus superiores, de la autoridad o del público, lo cual permite adoptar medidas para su investigación o persecución*. Me parece que esto es importante, porque el estatuto del informante es y debe ser muy distinto del de la víctima que denuncia y, por cierto, del que corresponde a quien ha intervenido en el hecho ilícito. El autor del hecho o interviniente en él se pone en manos del Estado y a lo más puede aspirar a clemencia; en cambio, el informante puede incluso ganarse un millón de dólares libre de impuestos conforme al derecho chileno.

Tan importante como delimitar el concepto es reconocer que la figura puede explicarse a partir de dos visiones en cierta forma opuestas de la sociedad y el derecho. Hay un enfoque, si se quiere, comunitarista –como el que representa la contribución de DUFF y MARSHALL–, conforme al cual la denuncia de delitos es parte del conjunto de responsabilidades del ciudadano. Y un enfoque liberal-utilitarista, según el cual el *whistleblowing* es útil para alcanzar ciertos objetivos que forman parte del pacto social. Este es el enfoque asumido aunque no discutido por NYREROD y SPAGNOLO, y me parece que también por la gran mayoría de quienes se han ocupado de este tema, entre ellos, el mismo Alaor LEITE (lo que ocurre es que este último mantiene, además, un curso liberal contra fuertes vientos *iliberales*).

La dicotomía regulativa que abren ambas concepciones se puede abordar a través de sucesivas interrogantes.

La primera pregunta es si la denuncia de hechos presuntamente ilícitos es *deseable socialmente* o no lo es. Alguien podría pensar que no es deseable porque lleva a una cultura del espionaje, del chivatazo, a la glorificación de los soplones. Los países que han padecido regímenes autoritarios o totalitarios cuentan con abundante experiencia sobre esto y es comprensible que sean reacios a adoptar la figura. Del otro lado, están quienes como DUFF y MARSHALL entienden que el derecho en las sociedades democráticas no es algo impuesto desde arriba, sino que todos y cada uno de los ciudadanos tienen una responsabilidad en la conservación de la juridicidad como condición de la libertad. El argumento es estrictamente anti totalitario: En una sociedad donde los funcionarios del Estado están limitados en sus competencias y permisos, es imposible la mantención de la juridicidad sin la colaboración de todos los ciudadanos. También un modelo liberal-utilitarista podría llegar a conclusiones similares apelando a argumentos como el de la necesidad de minimizar el *free riding*.

Supongamos entonces que es deseable socialmente que los ciudadanos denuncien presuntos ilícitos. Pues bien, con esto solo comienzan los problemas. Llamo en primer lugar la atención

sobre el que me parece más importante: Cómo conjugar la denuncia con el respeto a los derechos de la persona natural o jurídica denunciada. Se trata clásicamente de casos de colisión con el derecho a la honra e incluso con los bienes protegidos por el delito de obstrucción a la investigación. También puede producirse una colisión con los secretos comerciales o empresariales, que desde la dictación de la Ley de Delitos Económicos en 2023 cuentan en Chile con protección penal. A este tema se aboca el trabajo de LEITE en relación con la ley alemana, asumiendo que entre los secretos formalmente protegidos puede haber también secretos ilegales y que la revelación del informante puede incluir, y muchas veces incluirá, la revelación de secretos legales.

Ya al plantearse esta cuestión se suscita al mismo tiempo otra también muy delicada. Pues no se puede olvidar que la denuncia siempre va a recaer sobre un hecho *supuesta o presuntamente* ilícito. El informante no denuncia «delitos», sino hechos que, en el mejor de los casos, tienen la apariencia de ilícitos. Cuán certera sea la apreciación del denunciante, dependerá de la información con que cuente, la cual a su vez usualmente depende de su cargo, y la experiencia acumulada muestra que quienes denuncian no suelen ser los altos directivos, como acertadamente destacan los trabajos de HEFENDEHL. Esta incertidumbre *ex ante* dificulta notablemente la ponderación en todos los casos en que corresponda dilucidar si la afectación de la honra o de los secretos de una persona puede considerarse «justificada» en un sentido penal.

Por eso mismo, la otra gran interrogante, la que realmente preocupa a LEITE, consiste en determinar cuál sería la causa de justificación que cabría invocar en estos casos. Salvo respecto de los funcionarios, que podrían ampararse en una regla muy general como la del artículo 10 N° 10 del Código Penal chileno –obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho o cargo–, y de las personas que tienen un deber institucional de denuncia explícitamente establecido en la ley, la respuesta es cualquier cosa menos clara. En Chile, por ejemplo, existe el artículo 86 del Decreto Ley que regula la Comisión para el Mercado Financiero, introducido en 2021: Quien denuncie «no será penal ni administrativamente responsable por efectuar dicha colaboración» (y tampoco responderá de los perjuicios que produzca). Pero: ¿Qué significa realmente esta exención desde el punto de vista penal? ¿Hay que considerar incluida la revelación de cualquier irregularidad o solo la de las más graves (artículo 83: «infracciones de las leyes que sean materia de competencia de la Comisión»)? ¿Debe existir una situación de riesgo permanente, o que podría materializarse próximamente, o podrían denunciarse también planes o infracciones que solo se proyectan en un futuro más lejano? ¿O, en cambio, el artículo 82 del Decreto Ley limita la figura a la «detección, constatación o acreditación» de infracciones ya cometidas? Y de ser así, ¿esta limitación podría hacerse también cuando se trata de ilícitos *penales* futuros?

LEITE va a concluir que ninguna causa de justificación conocida es pertinente en estos casos y que, por eso, la regla equivalente de la ley alemana sobre secretos empresariales consagra una causa de justificación atípica, que LEITE caracteriza como un estado de necesidad anticipado. Ello obliga a interpretarla en los términos más restrictivos posibles.

III. Hemos supuesto que sería socialmente deseable que los ciudadanos denuncien delitos, y que pueden hacerlo aun cuando con ello afecten ciertos derechos. Demos el siguiente paso: ¿Podría establecerse el *whistleblowing* además como un *deber jurídico*? ¿Y adicionalmente, de tal manera que quien infringe este deber quede sujeto a la imposición de sanciones? Y, por último, ¿podrían ser estas sanciones de carácter penal? DUFF y MARSHALL, desde su *approach* del deber de

cooperación de los ciudadanos para la mantención de la juridicidad, responden afirmativamente todas estas preguntas.

El ordenamiento jurídico, en cambio, las responde negativamente. Salvo en los casos en que la denuncia de hechos *ya acaecidos* forma parte del conjunto de deberes institucionales de una persona (funcionario público, encargado de un establecimiento educacional, y otros pocos casos en el artículo 175 del Código Procesal Penal, y algunos más en la Ley de Bases de la Administración del Estado), no existe en Chile un deber jurídico de denunciar hechos aparentemente ilícitos. Y para aquellos que sí tienen este deber, la sanción en caso de omisión de denuncia es excepcional y de muy escasa entidad, ya que a una cláusula expresa de inexigibilidad se añade una pena de falta. Un régimen casi idéntico al de la omisión de socorro. Obviamente, no me refiero aquí a los casos en que la omisión de denuncia es parte de una conducta más amplia de favorecimiento del hecho y cuenta como intervención en él.

Esta es la situación en Chile, al menos por el momento. No obstante, considerando la deriva expansionista de la legislación penal en los últimos años, parece recomendable irse preparando desde ya para la introducción de alguna forma –más o menos general– de denuncia obligatoria. Al respecto, dos observaciones.

La primera es que ni siquiera DUFF y MARSHALL quieren hablar de un *deber* de denuncia, sino que prefieren hablar de una *responsabilidad* del ciudadano en este sentido, para resaltar enfáticamente que el surgimiento de un deber semejante no es automático, sino que solo se da cuando no existan «buenas razones» para omitir la denuncia. Es decir, quien toma conocimiento de hechos que pueden revestir caracteres de delito debe tener un espacio para deliberar si denunciar esos hechos constituye o no una verdadera contribución a la convivencia social. Los ejemplos no son muy útiles para nosotros (daños imprudentes y otras conductas atípicas en nuestro sistema; pero un acto aislado, no perjudicial y prontamente detectado de «corrupción» entre particulares, podría funcionar). Sugieren operativizar esto a través de una causa de lo que nosotros consideraríamos atipicidad, o bien mediante una causa justificación, aunque prefieren esta última alternativa.

La segunda observación es que este deber, incluso para DUFF y MARSHALL, solo impone una conducta análoga a la de un buen samaritano. Es decir, es equiparable a la infracción de un deber puro de solidaridad, a la omisión de socorro.

Todo esto llama o incita a referirse a otro punto en relación con este espinudo asunto del deber jurídico de denunciar. Como se sabe, las personas jurídicas están obligadas a prevenir la comisión de delitos, y desde la entrada en vigor en Chile de la Ley de Delitos Económicos ya ni siquiera solo en su seno, sino en el amplio contexto de sus actividades. Este deber de prevención comprende la implementación de un sistema al cual pertenece usualmente un canal de denuncias que debe gestionarse con ciertos estándares. Pues bien: ¿Pertenece también a un sistema de prevención adecuado el deber de denunciar a la autoridad los hechos que revistan caracteres de delito? Es decir: Aquello que no existe para las personas naturales, el deber de denunciar posibles delitos, ¿sí existe para las personas jurídicas por el hecho de que el delito se cometa en el amplio marco de su actividad? Todo indica que sí (y así parecen entenderlo también, al menos preliminarmente, los operadores del sistema penal). Pero este ni siquiera es el mayor problema. La verdadera inconsistencia radica en que, para la persona jurídica, la infracción a este nuevo deber no será tratada como la de un «mal samaritano», sino que a la corporación se le atribuirá responsabilidad

penal por infracción de un deber negativo, sea por el delito que comete la persona natural –como dice literalmente el artículo 3° de la Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas–, sea por un *delictum sui generis* de organización defectuosa. En todo caso, se la castigará muchísimo más allá de la infracción de un deber de solidaridad.

Dicho lo anterior, habrá que convenir también en que todas estas disquisiciones tienen poco sentido en un modelo utilitarista de fundamentación. Para este modelo, lo importante es que ingresen las denuncias para que el sistema las pueda procesar. Salvo consideraciones más bien vagas de proporcionalidad, me parece que el esquema utilitarista tiene muy poco que decir sobre la posible ilegitimidad de un deber jurídico de denunciar, a no ser que se pueda demostrar que la imposición de tal deber es ineficaz. Los dos trabajos de HEFENDEHL apuntan en esta dirección y cuestionan la figura del *whistleblowing* porque no consigue sus objetivos. El estudio de NYREROD y SPAGNOLO resume alguna evidencia en sentido contrario. Es posible que entretanto se hayan aquietado un poco las aguas en esta disputa sobre la evidencia; una razón más para promover una segunda edición del libro que ahora comentamos.

IV. Hasta ahora nos hemos preguntado si existe un deber de denunciar, si este deber puede ser jurídico y, en su caso, qué límites gruesos deberían observar su establecimiento y las sanciones a su contravención. Si las respuestas a las dos primeras preguntas son afirmativas, quedan tres cuestiones que merece la pena comentar, aunque sea muy brevemente: una reflexión sobre el denominado *whistleblowing* interno y las investigaciones internas; si el deber de denuncia puede cumplirse revelando los hechos directamente al público, y si pueden establecerse incentivos monetarios para los denunciantes.

Una de las reflexiones de HEFENDEHL que es importante rescatar es que existe una gran diferencia entre el *whistleblowing* interno y el externo. El interno es aquel que el autor alemán moteja de conservador del *statu quo* y, en efecto, es el que por lo general fomentan las regulaciones, intensificando el fenómeno que se ha sindicado como privatización del *enforcement* normativo y regulatorio. En este caso, las denuncias del *whistleblower* van a parar a su vez a otra instancia de este supuesto aparato de *enforcement* privado: las investigaciones internas. Aunque ambas formas de *whistleblowing* pueden justificarse tanto desde la perspectiva comunitarista como desde la utilitarista, la primera nos obliga especialmente a enfatizar, y esto es relevante también desde la praxis, que para constituir verdaderas de manifestaciones de *enforcement* y cooperación ciudadana con la juridicidad, las investigaciones internas tienen que cumplir estándares elevados, que van desde una real independencia de los investigadores respecto del *management* hasta el respeto de los derechos de las personas investigadas y el trato adecuado con los testigos. De lo contrario, las investigaciones internas se convierten en simples mecanismos formales de blanqueo de irregularidades, cuando no en instancias de presión, amenaza y construcción de una realidad inexistente.

Estas reticencias frente a las investigaciones internas no implican, sin embargo, que los únicos verdaderos «héroes» sean los informantes que realizan sus develaciones directamente al público general. Aquí también hay que hacer distinciones. La literatura y los ordenamientos jurídicos comparados suelen diferenciar entre la revelación a los medios de comunicación y la revelación a través de las redes sociales. Enfrentarse a un medio de comunicación serio implica entre otras cosas ser contrastado, tener que señalar indicios o pruebas concretas, someterse al juicio de verosimilitud de un tercero. En cambio, el uso de las redes sociales no tiene ninguno de estos controles. En consecuencia, se trata de realidades que no son equiparables desde el punto de vista

criminológico y político criminal. Esta distinción de hecho puede conducir a diferencias de tratamiento jurídico respecto de la protección que se dispensa al informante. La mayor parte de las regulaciones sujeta el tratamiento de una revelación como *whistleblowing* a que se cumplan ciertas condiciones de seriedad y verosimilitud ya *ex ante*, y el cumplimiento de estas condiciones es verificada por un agente estatal. Aunque esto podría desincentivar algunas revelaciones, todo indica que es parte de la ponderación de intereses que debe realizarse para que la figura resulte compatible con un ordenamiento jurídico respetuoso de la libertad personal. Mi impresión es que la perspectiva utilitarista debería ser particularmente sensible a esta distinción, sobre todo si pretende ser al mismo tiempo liberal. La perspectiva comunitarista de DUFF y MARSHALL necesariamente tiene que asumirla.

Esto nos lleva al último tema, los incentivos para los informantes. Cómo hacer que las denuncias provengan no solo de quienes actúan maliciosamente y por motivos espurios, sino también de ciudadanos que persiguen fines si no altruistas, al menos lícitos. Lo básico parece ser una adecuada protección por parte del Estado. Esto es muy difícil de lograr, pero al menos debería haber una protección reforzada frente a represalias que constituyan delitos y ante la pérdida de la fuente de ingresos que usualmente puede suponer la denuncia. En Chile se ha intentado avanzar en esto tanto en el sector público (vía prohibiciones de separar del cargo al denunciante) como en el privado. El artículo 86 del Decreto Ley que regula la Comisión para el Mercado Financiero establece una inversión de la carga de la prueba respecto del fundamento de medidas desfavorables como el despido del denunciante, tal como hace la Directiva 2019/1937 de la Unión Europea. Esto, respecto de quienes obran por motivos altruistas. El paso siguiente es el establecimiento de incentivos económicos para denunciar. Chile ha dado ya este paso en materias fiscales y de mercado de valores (curiosamente, desde mucho antes existía una regla similar en la ley de protección de monumentos nacionales). La aproximación utilitarista no solo defiende estos incentivos, sino que los promueve. Incluso más, NYREROD y SPAGNOLO no solo ofrecen cifras de eficacia, sino que esbozan su propia teoría de la conspiración acerca de por qué no ha avanzado aún más la oferta de recompensas: el *lobby* de las empresas que temen a los denunciantes lo estaría impidiendo.

La perspectiva comunitarista es mucho más parsimoniosa en esta materia. La denuncia de delitos es deseable como factor de cohesión social y expresión de la participación intensa del ciudadano en la conservación del estado de juridicidad. Así como no deberían necesitarse garrotes para impedir las transgresiones, tampoco deberían necesitarse zanahorias para obtener la cooperación de las personas con las estructuras básicas que sustentan la convivencia en libertad. La recompensa es un elemento extraño en este paisaje. Y, sin embargo, DUFF y MARSHALL son conscientes de que en su planteamiento hay algo de idealismo: la comunidad política que imaginamos, escriben, está «sin lugar a dudas distante de la nuestra». Pero esta distancia no puede ser tanta que impida aspirar a crear una comunidad política semejante, implementando las condiciones para que surja la responsabilidad de denunciar. Ese mismo ideal, sostienen, podría servir como estándar normativo para medir el derecho vigente.

V. Me permito concluir con un balance provisorio. Una obligación general de denuncia se deja fundamentar y establecer como deber jurídico sin «torcer el Estado para convertirlo en un instituto moral» ni «suprimir la libertad y el desarrollo personal del individuo para convertirlo en un engranaje más de una enorme maquinaria» (SCHOPENHAUER). Pero debería quedar sujeto a un estatuto similar al de los deberes de solidaridad, si es que no por debajo de él.

Esto significa, en primer término, que un deber general de denuncia solo debería contemplarse para casos extremos, es decir, cuando se trate de infracciones graves de carácter penal, y donde además exista un peligro permanente para los bienes jurídicos que no sea evitable de otro modo. En segundo lugar, significa que las sanciones en caso de infracción de este deber deben ser leves, asimiladas a las que se imponen por la comisión de una falta.

Donde el Estado y su aparato administrativo sí tienen mucho que hacer es en la protección del que decide voluntariamente denunciar, de tal manera que esta conducta, que en muchos casos puede ser heroica, no se vuelva un imposible para el ciudadano de a pie. Los mecanismos de resguardo que hoy existen son a todas luces insuficientes. Este incremento sustancial de la protección –clarificar el asunto de la justificación de la conducta, evitar que el denunciante pierda la fuente de sus ingresos, impedir represalias de otra naturaleza– es mucho más compatible con la construcción de una sociedad equilibrada que el ofrecimiento de recompensas.

La obra que comentamos realiza una contribución muy relevante a este debate que, aparte de sus dimensiones prácticas, exhibe un gran calado teórico. Al comienzo de esta reseña me refería a las dificultades para precisar la verdadera naturaleza del *whistleblowing*. Tal vez esta dificultad no es otra cosa que la perplejidad que embarga a todo el que contempla en tiempo real el nacimiento de una nueva institución.

InDret
4.2026

La responsabilidad penal a los 12 años: una propuesta desde las garantías y la mínima intervención

Esther Fernández-Molina[1]
Universidad de Castilla-La Mancha
-

Una de las decisiones más importantes a la hora de diseñar la política criminal de un país es la determinación del límite de edad a partir del cual se va a exigir responsabilidad penal por la comisión de hechos delictivos. Desde que existen sistemas especializados de justicia para menores, esta decisión es doble ya que se debe decidir un límite superior en el que la persona susceptible de haber cometido un delito se considerará adulto y un límite inferior en el que la persona se considerará inimputable. En este sentido, el debate respecto al límite superior, aunque no exento de crítica (Fernández-Molina, 2021), suscita mayor consenso en tanto que se dispone de una norma internacional, la Convención de Derechos del Niño, que fija la entrada a la adultez cívica en los 18 años. Sin embargo, este texto internacional no fue capaz de consensuar un límite mínimo y tan solo recomienda que los Estados miembros deberán delimitar una edad mínima por debajo de la cual se presume la inimputabilidad. Ello ha dado lugar a mayor disparidad entre países y dentro de cada país suele ser una cuestión recurrentemente discutida ya que se trata de una decisión no solo controvertida sino especialmente compleja.

En España, la LO 5/2000, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante LO 5/2000) optó por considerar inimputables a los menores de 14 años lo que supuso elevar el límite mínimo que hasta el momento se situaba en los 12 años. El legislador de 2000 indicó en la Exposición de Motivos los argumentos que justificaban esta decisión. Por un lado, se asumía que los delitos cometidos por menores antes de los 14 años son poco graves y escasos; y, por otro, que, en ese caso, se puede proporcionar una respuesta igualmente adecuada en el contexto familiar y administrativo a través del servicio de protección de la infancia.

Desde hace tiempo he sostenido que quizá la decisión de aumentar el límite de los 12 a los 14 años no fue una buena decisión (Fernández-Molina 2008 y 2021). Pasados ya 25 años desde la entrada en vigor de este texto resulta pertinente abrir nuevamente el debate, sopesar los diferentes argumentos y realizar un pronunciamiento al respecto. En lo que sigue argumentaré mi defensa a favor de situar la edad de responsabilidad penal en los 12 años y no en los 14.

Ahora bien, previamente, me gustaría comenzar indicando un hecho que creo ha pervertido el debate en nuestro país. Como decisión política que es, la izquierda ha defendido la elección de una edad más elevada para exigir responsabilidad a los menores por la comisión de los hechos delictivos, entendiendo que una respuesta fuera del sistema penal es más apropiada porque saca al menor del Derecho penal y evita la

[1] Contacto: Esther Fernández-Molina (esther.fdez@uclm.es).

respuesta retributiva; mientras que la derecha ha optado precisamente por todo lo contrario, reclamar la responsabilidad a una edad más temprana como reflejo de las políticas de ley y orden que promueve. La ideologización del debate creo que lo ha adulterado o simplificado en demasía, porque la cuestión es mucho más compleja.

Cuando se dice que los menores son responsables penalmente, no significa que van a responder por los posibles delitos cometidos en el sistema penal ordinario, sino que lo van a ser en el marco de un sistema especializado que responde a un modelo de control diferente. Como se lleva sosteniendo desde la publicación de la LO 5/2000 existen tres categorías de responsabilidad criminal: la responsabilidad ordinaria, la inimputabilidad y la responsabilidad penal juvenil (entre otros, Muñoz-Conde y García-Arán, 2000; García Pérez, 1999; Quintero Olivares, 2001; Mir Puig, 2002). Por lo tanto, la decisión que se valora cuando se decide el límite mínimo es si considerar a los menores de una determinada edad, actualmente los 14, como inimputables o considerarlos responsables para que el reproche penal se lleve a cabo en el marco de un sistema individualizado que prima, ante todo, la responsabilización por los hechos cometidos mediante un castigo educativo.

El debate político ha pervertido la discusión porque confunde estos aspectos. La derecha cuando defiende bajar el límite, en realidad, apela a que los menores respondan por los hechos cometidos con la lógica retributiva que reclaman para todo el sistema penal; mientras que la izquierda olvida que bajar la edad implica reenviar a los menores a un sistema de justicia individualizado que, ante todo, va a valorar las circunstancias psicosociales del menor a la hora de decidir la respuesta y que va a primar la intervención en el contexto comunitario de los menores.

A mi juicio, para valorar la decisión con mayor racionalidad es necesario reconsiderar los dos argumentos que utilizó el legislador de 2000: i) los menores cometen pocos delitos y, por lo general, no se trata de delitos graves; y ii), ante la comisión de un delito, se puede proporcionar una respuesta igualmente adecuada en el contexto familiar y administrativo a través del servicio de protección de la infancia.

En relación con la primera cuestión, efectivamente, no se trata de un grupo muy numeroso. De hecho, del total de diligencias preliminares incoadas, en torno a un 10% corresponde a delitos cometidos por menores de 14 años[2]. Pero que sean escasos, no significa que sean irrelevantes. Tal y como ha documentado la Criminología evolutiva, algunos jóvenes comienzan a cometer conductas antisociales y/o delictivas a muy temprana edad y son precisamente estos menores que empiezan a delinquir antes, los que tienen peor pronóstico de acabar desarrollando una carrera criminal grave y violenta (Cauffman et al., 2024; Moffitt, 2018). Por tanto, la respuesta que el sistema brinde a estos menores no es una cuestión baladí. Estos jóvenes son los que necesitarán con mayor probabilidad una intervención más intensiva y especializada, y los que más se beneficiarían de una respuesta precoz.

Ahora bien, constatar la necesidad de una respuesta precoz no resuelve por sí mismo qué sistema debe proporcionarla, reforma o protección. Esto nos lleva a la segunda cuestión: que la respuesta proporcionada a los menores de 14 años que cometan delitos se produzca en el contexto familiar o administrativo.

[2] Dato obtenido tras consulta en las Memorias de la Fiscalía General del Estado (media aritmética del porcentaje de diligencias archivadas por este motivo desde 2009 a 2025).

La LO 5/2000 propone que, cuando se decrete el sobreseimiento por tener menos de 14 años, la diligencia preliminar sea enviada al servicio de protección de menores que deberá valorar si el menor está en situación de riesgo. En este supuesto, los servicios de protección lo único que pueden hacer es comprobar si se trata de un menor ya registrado por el sistema o si, por la naturaleza de los hechos cometidos o de la información que se desprende del atestado o la denuncia, merece la pena iniciar una investigación para valorar la situación en la que se encuentra el menor. En ambos casos, de acuerdo con las competencias que tienen los servicios de protección, se trata de identificar si el menor se encuentra en una situación de riesgo social para adoptar una medida de protección que lo atienda. Esto puede suponer desde la adopción de medidas drásticas de acogimiento que saquen al menor de su familia a medidas en las que se adopte algún tipo de intervención con todo el grupo familiar. En caso de que no exista ese riesgo social, el sistema de protección no debería realizar ninguna actuación ya que proporcionar una respuesta por la comisión de un hecho delictivo, supondría pervertir la lógica de las actuaciones y podría reproducir planteamientos paternalistas propios de los modelos tutelares. La inimputabilidad presupone que no hay culpabilidad y, por lo tanto, no hay necesidad de responder penalmente.

Sin embargo, en España esta remisión al sistema de protección a la infancia ha supuesto el desarrollo de una justicia administrativa paralela (Bernuz Beneitez y Fernández-Molina, 2008). Todas las legislaciones autonómicas han regulado la actuación de los menores en conflicto con la ley y prácticamente todas han desarrollado programas para inimputables que han supuesto la creación de una justicia administrativa paralela que tiene dos riesgos muy evidentes. El primero de ellos, en el caso de que las comunidades autónomas estén optando por remitir a todos los menores de 14 años que cometen delitos a estos programas, es estar respondiendo administrativamente por la comisión de hechos delictivos, sin garantías ni control judicial (Ornosa Fernández, 2003). Los menores que van a recibir una respuesta por la comisión de hechos delictivos están mucho más protegidos por la actuación que se proporciona desde el sistema penal, bajo el paraguas de las garantías que controlan el *ius puniendi* que de la actuación administrativa (Giménez-Salinas, 2000). Precisamente, este argumento es el que se defendió en la década de los 80 del pasado siglo para separar la protección de la reforma, no confundir la lógica asistencial que atiende las necesidades sociales de la lógica penal que actúa por la violación de las normas (Giménez-Salinas y González Zorrilla, 1988).

El segundo riesgo, en el caso de que se intervenga solo con aquellos que están en mayor riesgo social (Bernuz Beneitez *et al*., 2006; Gámiz-Ruiz *et al*., 2014; Siesto Martín, 2019), supone criminalizar situaciones de pobreza y exclusión y convertir a los menores en situación de riesgo en *sospechosos habituales*, como señalan McAra y McVie (2007). Las autoras, en su celebre estudio sobre el impacto del sistema de justicia juvenil escocés, uno de los sistemas de justicia juvenil de orientación más proteccionista de la esfera internacional, muestran que los menores que acaban recibiendo una mayor intervención del sistema no son siempre los que cuentan con una trayectoria criminal más grave, sino aquellos que, por sus circunstancias sociales y por sus contactos previos con las instituciones, tienen más probabilidad de seguir siendo objeto de intervención. Además, sus resultados muestran que una mayor intervención formal no favorece el desistimiento, por lo que las autoras defienden una política de mínima intervención y máxima desjudicialización. A mi juicio, una cosa es que las circunstancias psicosociales del menor deban ser tenidas en cuenta para individualizar la respuesta y otra que sean esas circunstancias, y no el delito cometido, las que justifiquen la intervención.

Mi propuesta sería que se exigiera la edad de responsabilidad criminal a los 12 años y que la ley diferenciara un nuevo tramo de edad, 12-13, como hace ahora entre los 14-15 y 16-17. Ahora bien, teniendo en cuenta los posibles efectos criminógenos y de etiquetamiento que puede producir el contacto innecesario con el sistema de justicia, para los menores de este nuevo tramo de edad podrían establecerse excepciones procesales para acelerar la respuesta y maximizar las oportunidades de desjudicialización. En este sentido, retomaría la idea que sugirieron los jueces de menores sobre el proyecto de ley de incluir este grupo de edad, pero impidiendo la posibilidad de adoptar una medida de privación de libertad.

En la franja de edad de 12 a 14 años hay menores que acumulan importantes necesidades educativas, asistenciales y de salud que no siempre han sido atendidas adecuadamente (He *et al*., 2025; Reil *et al*., 2022), que requieren, ellos y sus familias, de una ayuda y un apoyo que se puede proporcionar desde la intervención comunitaria que brinda el sistema de justicia juvenil, como ya ocurre con los menores de la franja 14-17 años. La intervención basada en la evidencia que se realiza desde justicia juvenil ha demostrado ser también una fórmula eficaz de prevención de la delincuencia (Redondo-Illescas et al., 2011).

Antes de acabar entiendo que es necesario justificar también por qué los 12 y no los 11 u optar por un juicio de madurez como en ocasiones se reclama. Por un lado, conviene recordar que criterios de seguridad jurídica avalan suficientemente que se opte por un criterio cronológico frente a un juicio de madurez. Por otro lado, no se trata de sostener que exista una prueba científica que permita afirmar que a los 12 años aparece una capacidad que no existía antes. La fijación de una edad mínima es inevitablemente una decisión de política criminal, una convención normativa. La cuestión es si existen razones suficientes que permitan justificar los 12 años como un punto de corte razonable y coherente.

Así, los estudios de madurez sostienen que en torno a los 12 años se inicia la fase de adolescencia temprana diferenciada de la infancia tardía que se situaría antes de esta edad (Ma et al., 2026). Por su parte, la Criminología evolutiva ha documentado gracias a los estudios longitudinales, tanto con registros oficiales como autoinformados, que la prevalencia de la conducta antisocial y delictiva tiene unos niveles muy reducidos durante la infancia y que el ascenso característico de la curva de edad comienza aproximadamente entre los 11 y los 13 años, lo que permite establecer los 12 como un punto de corte de esta inflexión evolutiva (entre otros, Le Blanc, 2020; Ribeaud *et al*., 2022; Sivertsson *et al*., 2024). De igual modo, la Ley de protección del menor en su artículo 9.2 reconoce los 12 años como edad en la que se presupone madurez suficiente para ejercer el derecho a ser oído y escuchado. Finalmente, habría que destacar que en España la transición a la educación secundaria se realiza a los 12 años.

Volviendo entonces a la cuestión inicial, el debate se circunscribe -y es lo que debería preocuparnos- a dos preguntas: ¿adónde se envía a los menores de 13 o 12 años que cometen un delito y qué respuesta es la que se les proporciona? Personalmente, prefiero que se envíe a los menores a un sistema especializado, sometido a garantías, que individualice la respuesta y permita una intervención educativa y comunitaria, antes que optar por una justicia administrativa sin garantías que pueda criminalizar la exclusión y postergue la respuesta especializada para menores que están en situación crítica y demandan una intervención intensiva (Bernuz Beneitez *et al*., 2006), desarrollada por profesionales con experiencia

avalada en promover el desistimiento de la carrera criminal y que, en su caso, puedan trabajar coordinadamente para las cuestiones asistenciales con el sistema de protección.

A mi juicio, esto es también lo que debería defender la izquierda, porque bajar la edad no implica necesariamente ampliar la lógica retributiva del Derecho penal, sino proporcionar una respuesta especializada y sometida a las garantías jurídicas que limitan la acción punitiva del Estado, al tiempo que se evita la criminalización de la pobreza. Por su parte, la derecha, al defender sus pretensiones de rebaja de la edad, debería hacer primar argumentos de eficacia en la prevención del delito a través de una respuesta especializada, antes que apoyarse en criterios retributivos poco eficientes como respuesta al comportamiento delictivo de los más jóvenes. Por ello, quizá el debate no debería centrarse exclusivamente en cuál es la edad a partir de la que queremos exigir responsabilidad penal, sino también, y, sobre todo, en qué tipo de responsabilidad estamos dispuestos a exigir y qué respuesta queremos proporcionar a esos menores para favorecer el desistimiento del delito y garantizar su bienestar.

Post Scriptum: En respuesta a Esther Giménez-Salinas "Vuelve la discusión sobre la edad penal: ni rebajarla, ni limitar su aplicación a los 18 años"

La lectura de la contribución de Esther Giménez-Salinas revela que nuestras posiciones están, en realidad, más próximas de lo que pudiera sugerir la diferente conclusión a la que llegamos. Compartimos una concepción de la justicia juvenil como un sistema especializado, sometido a garantías y presidido por los principios de mínima intervención y desjudicialización, así como la necesidad de mantener claramente diferenciadas las lógicas de la protección y la reforma. Precisamente por ello, quisiera aclarar que mi propuesta de situar la edad mínima de responsabilidad penal en los 12 años no se fundamenta en que el sistema de protección "no funcione". Mi argumento es otro: cuando la intervención se justifica por una situación de riesgo o desprotección, corresponde actuar al sistema de protección; cuando se responde por la comisión de un hecho delictivo, entiendo que esa respuesta debe producirse en un sistema especializado sometido a las garantías propias del *ius puniendi*. Las eventuales deficiencias del sistema de protección no constituyen, por tanto, el fundamento para rebajar la edad.

La discrepancia reside más bien en determinar a partir de qué edad resulta legítimo incorporar al menor a ese sistema especializado que es la justicia penal juvenil. Coincido en que las eventuales deficiencias del sistema de protección no permiten justificar por qué 12 años y no 11 o 10. Son los criterios evolutivos y criminológicos expuestos en mi contribución los que proporcionan, a mi juicio, fundamento para situar en los 12 años un punto de corte razonable: los estudios sobre madurez sitúan en torno a esa edad el inicio de la adolescencia temprana, diferenciada de la infancia tardía, mientras que los hallazgos de la Criminología evolutiva muestran que el inicio precoz de la actividad delictiva se asocia con trayectorias delictivas persistentes, que demandan una respuesta temprana ante estos comportamientos. La cuestión de qué sistema debe proporcionar esa respuesta es distinta y remite, de nuevo, al fundamento de la intervención: si esta viene motivada por una situación de riesgo o desprotección, corresponde al sistema de protección; si lo que la motiva es la comisión de un hecho delictivo, sostengo que debe articularse en un sistema de justicia juvenil sometido a garantías, sin posibilidad de privación de libertad y con máximas posibilidades de desjudicialización, pero capaz de proporcionar, cuando resulte necesario, una intervención especializada a cargo de profesionales de la justicia juvenil y en colaboración con los recursos comunitarios normalizados.

Referencias

Bernuz Beneitez, María José y Fernández-Molina, Esther (2006). El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4, pp. 1-25. https://doi.org/10.46381/reic.v4i.24

Bernuz Beneitez, María José y Fernández-Molina, Esther (2008). La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, pp. 1-20.

Bernuz Beneitez, María José, Fernández-Molina, Esther y Pérez-Jiménez, Fátima (2006). El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 4, 2006, pp. 1-25. https://doi.org/10.46381/reic.v4i.24

Cauffman, Elizabeth, Beardslee, Jordan, Sbeglia, Caitlin, Frick, Paul J. y Steinberg, Laurence (2024). Trajectories of offending over 9 years after youths' first arrest: What predicts who desists and who continues to offend? *Journal of Research on Adolescence*, 34, pp. 1312-1325. https://doi.org/10.1111/jora.12926

Fernández Molina, Esther (2008). *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España*. Tirant lo Blanch.

Fernández-Molina, Esther (2021). Edad, delincuencia y respuesta penal. En De Vicente, Rosario, Gómez, David, Martín, Tomas, Muñoz de Morales, Marta y Nieto, Adán (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, pp. 173-186. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Gámiz-Ruiz, Jesús, Ibáñez-Ortiz, Guzmán, Rodríguez-Aznar, Paula y Espigares-Escudero, María José (2014). La prevención de la conducta antisocial del adolescente en su contexto: programa de intervención socioeducativa con menores infractores de 12 a 14 años. *Cuadernos de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente*, 57(1), pp. 95-99.

García Pérez, Octavio (1999). Los actuales principios rectores del Derecho Penal Juvenil: Un análisis crítico. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, pp. 29-76.

Giménez-Salinas Colomer, Esther (2000). Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar. En Giménez-Salinas Colomer, Esther (coord.), *Justicia de menores: una justicia mayor*, pp. 27-43. CGPJ.

Giménez-Salinas Colomer, Esther y González Zorrilla, Carlos (1988). Jóvenes y cuestión penal. *Jueces para la Democracia*, 3, pp. 17-26.

He, Vincent Y., Roche, Steven, Williams, Jenny, Williams, Tamika y Guthridge, Steven (2025). Prevalence and Factors Associated With Alleged Offending Among Children Aged 10–13 Years in the Northern Territory of Australia. *Australian Journal of Social Issues*, 60(3), pp. 824-837. https://doi.org/10.1002/ajs4.70034

Le Blanc, Marc (2020). On the future of the individual longitudinal age-crime curve. *Criminal Behaviour & Mental Health*, 30(4), pp. 183-195. https://doi.org/10.1002/cbm.2159

Ma, Jianping, Liu, Xiaoxi, Pan, Teng, Ji, Linqin y Zhang, Wenxin (2026). Developmental Changes in the Structure of Executive Function from Early To Late Adolescence. *Journal of Youth and Adolescence*, 55(4), pp. 982-997. https://doi.org/10.1007/s10964-025-02293-7

McAra, Lesley y McVie, Susan (2007). Youth justice? The impact of system contact on patterns of desistance from offending. *European Journal of Criminology*, 4(3), pp. 315-345. https://doi.org/10.1177/1477370807077186

Mir Puig, Santiago (2002). *Derecho penal. Parte General* (6.ª ed.). Reppertor.

Moffitt, Terrie E. (2018). Male antisocial behaviour in adolescence and beyond. *Nature Human Behaviour*, 2(3), pp. 177-186.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes (2000). *Derecho Penal. Parte General* (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Ornosa Fernández, Rosario (2003). *Derecho penal de menores* (2.ª ed.). Bosch.

Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) (2001). *Comentarios al Nuevo Código Penal* (2.ª ed.). Aranzadi.

Redondo Illescas, Santiago, Martínez Catena, Ana y Andrés Pueyo, Antonio (2011). *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores*. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Reil, Julia, Lambie, Ian y Allen, Rob (2022). 'Offending doesn't happen in a vacuum': The backgrounds and experiences of children under the age of 14 years who offend. *Journal of Criminology*, 55(2), pp. 202-220. https://doi.org/10.1177/26338076221087459

Ribeaud, Denis, Murray, Aishling, Shanahan, Lilly, Shanahan, Michael J. y Eisner, Manuel (2022). Cohort Profile: The Zurich Project on the Social Development from Childhood to Adulthood (z-proso). *Journal of Developmental and Life-Course Criminology*, 8(1), pp. 151-171. https://doi.org/10.1007/s40865-022-00195-x

Siesto Martín, David (2019). Legislación y tratamiento de los menores que cometen delitos antes de los 14 años», *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, 20, 2019, pp. 133-155. https://doi.org/10.24310/REJIE.2019.v0i20.6580

Sivertsson, Fredrik, Carlsson, Christoffer, Almquist, Ylva B. y Brännström, Lars (2024). Offending trajectories from childhood to retirement age: Findings from the Stockholm birth cohort study. *Journal of Criminal Justice*, 91, art. 102155. https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2024.102155

InDret
4.2026

Vuelve la discusión sobre la edad penal: ni rebajarla, ni limitar su aplicación a los 18 años

En respuesta a Esther Fernández-Molina "La responsabilidad penal a los 12 años"

Esther Giménez-Salinas i Colomer[1]
Catedrática emérita de Derecho Penal y Criminología (ESADE-URL)
Síndica de Greuges de Catalunya
-

1. Introducción

Desde que me dedico a los temas de delincuencia juvenil, hace ya más de cuarenta años, surge como "periódica pura" la cuestión de la responsabilidad penal: ¿12, 13, 14 o 15 años? ¿Cuál es la edad mínima más adecuada? Vaya por adelantado que siempre he mantenido que los límites de edad son esencialmente un criterio de política criminal.

Aun así, conviene recordar que, según parece, el córtex prefrontal del cerebro humano es la parte que controla las funciones cognitivas complejas, como la planificación, la toma de decisiones y el pensamiento moral. Y, en principio, no completa su maduración hasta los 24 años. En un reciente estudio científico del Hospital Mount Sinai de Nueva York, publicado en la revista *Nature*,[2] los resultados muestran que el cerebro está en evolución permanente desde el nacimiento hasta los 24 años.

También se explica que es entre los 12 y los 13 años, es decir, al inicio de la adolescencia, cuando comienza una transición notable. En este sentido, parece que el criterio mayoritario en Europa es establecer la responsabilidad penal a partir de los 14 años. Mi propuesta va en esta línea, y también en la de recuperar la franja de 18 a 21 años, también denominada de semiadultos, tal y como estaba previsto en la ley en sus inicios, pero que nunca entró en vigor.

2. Algo de historia

La clásica distinción entre menores y adultos proviene del derecho romano, pero no se incorporó a nuestra legislación hasta el Código Penal de 1822, que estableció la mayoría de edad penal en siete años. El Código Penal de 1822 declaraba exento de responsabilidad al menor de 7 años en su artículo 23, tras fijar la minoría de edad penal en esa edad, límite que eximía incondicionalmente de responsabilidad. El artículo decía lo siguiente: "Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningún caso el menor de siete años cumplidos. Si el mayor de esta edad, pero que no haya cumplido la de diez y siete, cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha

[1] Contacto: Esther Giménez-Salinas i Colomer (egimenezsalinas@sindic.cat).

[2] El neurocientífico Panos Roussos, principal impulsor del proyecto, lo definió como "*el mayor análisis de célula única del cerebro humano que se ha hecho*". Colección de estudios del Consorcio PsychAD, *Nature* 2026.

obrado o no con discernimiento y malicia según lo que resulte de lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales" (Alemán Monterreal, 2007).

El Código de 1848 elevó dicha mayoría de edad a los 9 años y extendió el examen de discernimiento hasta los 15, medias que también adoptaron los códigos posteriores. El fundamento de tal sistema era simple: al menor de una cierta edad se le considera, por su propia condición, no culpable y, a partir de ciertas franjas de edad, se considera que tiene una capacidad de culpabilidad disminuida respecto al adulto, del que esencialmente le separaba su capacidad de discernimiento (Sáinz-Cantero, 2005). De ahí que la exención de responsabilidad penal en la franja más conflictiva dependiera de la constatación de dicho discernimiento. Ciertamente, este concepto se prestó a las más diversas interpretaciones (Pérez Vitoria, 1940) y tuvo que ser abandonado por su vaguedad e imprecisión. Nuestro Código Penal nunca definió el criterio del discernimiento; la doctrina se inclinó por equipararlo a la capacidad de distinguir lo lícito de lo prohibido por la ley.

A finales del siglo XIX, con gran influencia por la creación del primer tribunal de menores del mundo en Chicago en 1899, se produjo un cambio muy importante en todo el sistema tutelar, que también llegaría a España unos años más tarde. Los tribunales de menores se implantaron gracias a la Ley de Bases del 2 de agosto de 1918 y al Decreto Ley del 25 de noviembre del mismo año. En 1925, la mayoría de edad penal se elevó hasta los 16 años y, en 1929, se cambió el nombre de los tribunales de menores por el de "tribunales tutelares de menores".

El Código Penal de 1932, abandonó definitivamente y sin excepción el criterio de discernimiento, sustituyéndolo por el criterio cronológico, y elevó con carácter general la edad penal a los 16 años, por lo que los menores de esta edad quedaron, "al menos aparentemente", fuera del derecho penal. Así surge un nuevo modelo caracterizado por excluir al menor del sistema penal de adultos, mediante un criterio estrictamente cronológico o biológico. Las respuestas serán unas medidas basadas en la necesidad de corrección del menor, de ahí el nombre de "sistema corrector o reformador" (Giménez-Salinas, 1981).

En 1948 entró en vigor la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Real Decreto el 11 de junio, que estableció un régimen particular y concreto en lo que respecta al procedimiento y a las medidas que se debían adoptar como respuesta a los hechos delictivos cometidos por menores de edad, en este caso de 0 a 16 años. La redacción de la ley estuvo dominada por un criterio paternalista y moralizante, propio de la época en que se promulgó, y adolecía de graves lagunas, contradicciones e incoherencias. En realidad, lo más importante es que, bajo el tópico tan conocido de proteger al menor y de su necesidad de tutela, se llegó a la aberración de considerar que el menor carecía de derechos, privándole de las garantías más elementales características de un Estado de derecho (Giménez-Salinas, 1989).

3. Separación entre protección y reforma: ¿eficacia o garantismo, dos conceptos contrapuestos?

Los tribunales tutelares de menores tenían dos funciones: la de protección y la de reforma. En el primer caso, intervenían cuando se producía un "indigno ejercicio del derecho de guarda y educación", y en el segundo, cuando un menor cometía un delito o falta, o también si se consideraba que era vago o

vagabundo, prostituido o licencioso. En el primer supuesto, se decía que las resoluciones del tribunal serían esencialmente preventivas, y en el segundo, educativas y tutelares.

He de reconocer que, quizás por esto, todavía hoy me resulta incómodo escuchar el lema "el interés superior del menor", ese interés que decidimos nosotros, los adultos. El de los menores ha sido, por definición, un tema abandonado en sí mismo; solo ahora que han salido a la luz los abusos a menores por parte de determinados sacerdotes de la Iglesia católica puede entenderse que aquellos hechos sucedieran en los años setenta (Defensor del Pueblo, 2023). Y es que el menor era, teóricamente, un sujeto de protección, pero no un sujeto de derechos.

Y así llegamos a los años ochenta y a los traspasos de competencias a las comunidades autónomas. Cataluña fue la primera en asumir las competencias en 1981 (Parés, 2000). Los que veníamos del mundo académico entendimos muy pronto que la formación era básica para transformar aquel entorno. También era muy importante la diferencia entre el mundo del derecho y el ámbito social. Así empezó una larga y comprometida discusión que llega hasta nuestros días sobre los derechos y garantías de los menores. Eficacia frente a garantismo, leyes penales o de protección, ayuda o control en la intervención, sistema administrativo o judicial; argumentos que, de nuevo, reaparecen en la propuesta de rebajar la edad penal a los doce años. Y es que la historia a menudo se repite.

4. Cambios legales

Los cambios legales tras la Constitución de 1978 también debían llegar a los jóvenes. En aquella época nos gustaba mirar a Europa, sobre todo al norte, y ver qué transformación nos convenía más. Así, poco a poco, la discusión se acabó centrando en dos modelos a seguir: Francia o Alemania (Garapon, 1995; Peters, 1988). Recuerdo que, por aquel entonces, el Ayuntamiento de Barcelona se inclinaba por Escocia (Giménez-Salinas, 2023).

Alemania tenía muy presentes los excesos del nazismo y estaba especialmente preocupada por los derechos y las garantías de los ciudadanos, incluidos los menores. Separaba claramente las funciones de protección de los temas penales, y establecía el límite inferior en 14 años. Los menores de esta edad estaban excluidos de cualquier intervención penal. Pero Alemania también tenía a los denominados *semiadultos*, jóvenes de entre 18 y 21 años a quienes, en determinadas circunstancias, también se aplicaba el sistema de justicia juvenil.

En aquel entonces, yo era la directora del centro de estudios del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, y tuvimos la oportunidad de invitar a los principales expertos en la materia. Cómo olvidar la aportación y experiencia de los jueces de menores Udo Jesionek, de Viena; Ruth Herz, de Colonia; Christine Leroy, Jean Pierre Deschamps y Antoine Garapon, de Francia. O al profesor Tony Peters de Lovaina, Frieder Dünkel y Dieter Rösner de Alemania, y Gaetano de Leo de Italia, por citar tan solo algunos.[3] Venían y los escuchábamos, y poco a poco fuimos entendiendo que había otra manera de entender el sistema penal para jóvenes. Un grupo informal formado por jueces de menores, como Claudio Movilla, Perfecto-Andrés Ibañez o José Luis Calvo, y profesores, como Carlos González Zorrilla, Jaume Funes, Ramón Pares o yo misma, por

[3] Ver Dünkel (2008; 2011), donde se describe el sistema de Justicia juvenil de 34 países europeos.

citar algunos, trabajamos en la creación de un sistema para menores más garantista en el ámbito de la delincuencia juvenil, mientras que en el sistema de protección se optó por un sistema más ágil y eficaz, pero poco garantista. Aún hoy me pregunto a menudo por qué garantismo y eficiencia están tan reñidos.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 creó por primera vez la figura del juez de menores, y los primeros especialistas formaron parte de la primera promoción en 1987. Con la llegada de los nuevos jueces, llegó también la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1991, que declaraba inconstitucional el proceso de menores y la nueva Ley Orgánica 4/1992, que regulaba el nuevo procedimiento de menores. Se introdujo entonces un límite inferior, de 12 años, y un límite superior, de 16. El Código Penal de 1995 elevó la mayoría de edad penal a 18 años. La inexistencia de la mencionada ley en el momento de la entrada en vigor del Código Penal supuso la inaplicabilidad de su artículo 19 hasta la promulgación de una ley reguladora de la responsabilidad penal.

La justicia juvenil empezó a desarrollar un nuevo modelo que culminó con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta ley, considerada de naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora y educativa, fue el resultado de los trabajos y experiencias de la reforma que empezó en los años ochenta. Respecto a las edades, estableció como límite inferior los 14 años y como límite superior los 18, pero también incluyó a los semiadultos, ya que en el artículo 4 establecía la posibilidad de aplicar esta ley a los jóvenes de 18 a 21 años si concurrían determinadas circunstancias. Este precepto fue aplazado en su entrada en vigor y pospuesto varias veces hasta que la reforma de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, lo suprimió definitivamente. Nunca entró en vigor y tampoco hubo datos que avalaran científicamente esta decisión; simplemente se suprimió.

Así pues, la nueva ley establecía que a los menores de 14 años no se les exigiría responsabilidad penal, sino que se les aplicaría lo dispuesto en las normas de protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En cuanto a los menores de entre 14 y 18 años, quedaban sometidos al sistema de responsabilidad de esta ley, que también establece una serie de dos categorías, es decir, dos tramos: de 14 a 16 años y de 17 a 18 años, ya que ambos grupos presentan diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado (Giménez Salinas, 1999).

Muchas veces habíamos reivindicado poder llamar a las cosas por su nombre (González Zorrilla, 1985) y no tener miedo de reconocer que la nueva ley era una ley penal. Ello no significaba que fuera más dura o rígida, sino que los menores tuvieran todas las garantías. Suponía reconocer el principio de intervención mínima, no solo renunciando a intervenir a través del principio de oportunidad, sino también buscando medidas alternativas como la libertad vigilada o impulsando la mediación y la justicia restaurativa. La idea de que el internamiento fuera siempre el último recurso se incluyó de manera transversal.[4] Lo cierto es que hoy, más de 25 años después de su promulgación, este principio sigue siendo una realidad.

De este modo, se configuraron dos sistemas distintos para la protección de la infancia y la adolescencia: uno jurisdiccional para los menores que habían cometido un delito y otro de carácter administrativo para la protección. La modificación del Código Civil estableció que la facultad de protección de los menores era

[4] Síndic de Greuges de Catalunya. *Informe al Parlament 2025*.

una función de la Administración pública, que, a través de los servicios sociales, debería intervenir en situaciones de riesgo real y apartar al menor del peligro de forma inmediata.

Así pues, los menores de 14 años que cometen un delito son enviados a los servicios sociales de protección, quienes analizarán si el menor está en situación de riesgo. Como pone de manifiesto la profesora Esther Fernández Molina en su artículo, la remisión al sistema de protección se lleva a cabo sin ninguna garantía ni control judicial, y considera que, de alguna manera, los menores de 14 años están en peor situación que los mayores de 14. A continuación, analiza la situación de los menores de 12 a 14 años, que "acumulan importantes necesidades educativas, asistenciales y de salud y que no siempre son atendidas adecuadamente por el sistema de protección" (Fernández-Molina, 2008).

No solo estoy de acuerdo con ella en la descripción de la situación de los menores de 14 años que cometen un delito, sino que, en mi opinión, todo el sistema de protección necesita una profunda revisión y debe modificarse en su totalidad.

En este sentido, suscribo sus críticas, y añado que el análisis de la realidad de todo el sistema de protección es todavía mucho más duro. La aplicación de la figura del desamparo sin garantías; la institucionalización de un gran número de niños, niñas y jóvenes; la falta de ayuda a las familias, y la ausencia de control judicial en las decisiones administrativas son algunas de las críticas.

El procedimiento administrativo de protección de menores carece, pues, de las garantías del proceso judicial contradictorio, como el derecho a defensa legal, los medios de prueba, etc. En la actualidad, el órgano administrativo que investiga si un menor está en situación de riesgo suele ser el mismo que propone la medida que considera adecuada, la notifica a los padres y, en su caso, también la ejecuta.

5. Propuesta final

Ahora bien, desde mi punto de vista, el argumento para rebajar la edad penal a los 12 años no puede fundamentarse ni justificarse en que el sistema de protección no funciona bien. Ello nos llevaría a una argumentación exclusivamente funcional, sin tener en cuenta los límites imprescindibles: ¿entonces por qué 12 años y no 11 o 10? La propuesta debería ser, en mi opinión, una reforma total del sistema de protección, aprovechando los aspectos positivos del sistema de justicia juvenil, que han demostrado ser también una fórmula eficaz de prevención de la delincuencia.

Así pues, creemos que se debería mantener la edad de 14 años, como en la mayoría de los países europeos (véase Tabla I), y recuperar el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, para la franja de edad de 18 a 21 años, tal y como estaba previsto originalmente. Es decir, que se aplicara en los casos de delitos menos graves y sin violencia o intimidación, y cuando las circunstancias personales del joven así lo aconsejaran.

Y un apunte final: ni más jóvenes en el sistema penal, ni menos derechos para la infancia y juventud.

Tabla I. Edades de responsabilidad penal en los países de la Unión Europea

	Edad mínima de responsabilidad penal	Edad de responsabilidad penal plena	Edad con posible aplicación del sistema penal juvenil a jóvenes adultos
Alemania	14	18	21
Austria	14/15 (1)	18	21
Bélgica	12	16/18	18
Bulgaria	14	18	18
Croacia	14	18	21
República Checa	15	18	18
Dinamarca	15	15/18	21
Eslovaquia	14/15 (2)	18	21
Eslovenia	14	18	21
España	14	18	18
Estonia	14	18	21
Finlandia	15/18 (3)	15/18	18
Francia	13	18	18
Grecia	13/15 (4)	18	21
Hungría	14	18	18
Irlanda	10/12 (1)	18	18
Italia	14	18	21
Letonia	14	18	18
Lituania	14/16 (1)	18	21
Luxemburgo	16/18 (5)	18	18
Malta	14	16	16
Países Bajos	12	16/18/23	23
Polonia	15	15/17	18
Portugal	12/16 (6)	16/21	21
Rumanía	14/16 (7)	18	20
Suecia	15	15/18	21
Chipre	14	18	18

Fuente: Elaboración a partir de Child Rights International Network (CRIN) *Minimum Ages of Criminal Responsibility in Europe* (consultado en 2025), del Portal Europeo de e-Justicia de la Unión Europea *Derechos de los menores en los procedimientos judiciales | Portal Europeo de e-Justicia* (https://e-justice.europa.eu/topics/your-rights/rights-minors-court-proceedings/es_es) y de UNICEF (2022). *Systematic Responses to Children under the Minimum Age of Criminal Responsibility who have been (Allegedly) Involved in Offending Behaviour in Europe and Central Asia*.

Notas: (1) En casos de delitos graves o con razones específicas que requieren la aplicación del derecho penal juvenil, la edad mínima es más baja.
(2) Se establece la edad mínima de responsabilidad penal con la excepción de algún delito determinado, en el cual la edad es más elevada.
(3) Se establece la edad mínima de responsabilidad penal pero el tribunal puede renunciar a sancionar los menores penalmente responsables si considera que el acto fue el resultado de un déficit de comprensión o imprudencia.
(4) Se establece la edad mínima de responsabilidad penal pero si se ha cometido el delito en la franja de edad indicada los menores solo pueden ser objeto de medidas reformatorias o terapéuticas.
(5) Los delitos cometidos por menores son conocidos por tribunales de menores, pero no se establece una edad mínima de responsabilidad penal. Los hechos cometidos por adolescentes de esta franja de edad pueden ser juzgados por tribunales de adultos en determinados casos.
(6) Los menores de esta franja de edad que hayan cometido un hecho tipificado como delito se les aplican las medidas que prevé la Ley Tutelar educativa.
(7) Se establece la edad mínima de responsabilidad penal pero los menores de esta franja de edad indicada son penalmente responsables si se valora que tienen suficiente discernimiento.

6. Referencias

Alemán Monterreal, Ana (2007) 'Reseña histórica sobre la minoría de edad penal', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, pp. 27–44.

De Leo, Gaetano y González Zorrilla, Carlos (1985) *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*. Teide.

Defensor del Pueblo (2023) *Informe sobre los abusos sexuales en el ámbito de la Iglesia católica y el papel de los poderes públicos*.

Dünkel, Frieder (2008) 'Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarats', *Neue Kriminalpolitik*, 20(3), pp. 102–114.

Dünkel, Frieder (2011) *Juvenile Justice Systems in Europe*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Fernández-Molina, Esther (2008) *Entre la educación y el castigo: un análisis de la justicia de menores en España*. Tirant lo Blanch.

Garapon, Antoine (1995) *La justice des mineurs : évolution d'un modèle*, Bruylant LGDJ.

Giménez-Salinas, Esther (1981) *Delincuencia juvenil y control social*. Barcelona: Círculo Editor Universo.

Giménez-Salinas, Esther (1999) 'La nueva Ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000', en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 118 y ss.

Giménez-Salinas, Esther (2020) 'Das Jugendstrafrecht in Katalonien – 40 Jahre später', en *Festschrift für Frieder Dünkel*. Mönchengladbach, pp. 586–604.

Giménez-Salinas, Esther (2023) 'Un pasado con futuro', en Olalde, Alberto José (Ed.) *La praxis del programa de justicia restaurativa en Catalunya: narrativas, reflexiones y aprendizajes desde la facilitación*, pp. 37–51.

Giménez-Salinas, Esther y González Zorrilla, Carlos (1989) Jóvenes y cuestión penal en España, *Jueces para la Democracia*, (3), pp. 17-26.

Parés, Ramón (2000) 'La ejecución de medidas (Título Séptimo, artículos 43–53)', en *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, pp. 283 y ss.

Pérez Vitoria, Octavio (1940) *La minoría penal*. Bosch Editorial.

Peters, Tony (1988) Consideraciones teóricas sobre la victimología, *Eguzkilore*, 2, pp. 107 y ss.
Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén (2005) *Fundamentos teóricos y antecedentes del sistema de responsabilidad penal de los menores.* Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid.