DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO SANITARIO.

Carlos Manuel Álvarez Chicano.
Investigador de la Universidad de Málaga, España.
Abog. Ofelia Oviedo Figueroa. Jefe de Trabajos Prácticos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

0. Introducción.

Las libertades ideológica y religiosa se configuran como los dos derechos fundamentales en que se manifiesta la genérica libertad de conciencia. En definitiva, como señala la doctrina, ***«****la libertad de conciencia se encuentra constituida por lo que la Constitución española denomina libertad ideológica y religiosa****»***[1], y en ella se integran las opciones ideológicas o espirituales del individuo que adquieren el carácter de auténticas convicciones, es decir, aquéllas que son ***«****vividas****»*** y ***«****sentidas****»*** por la persona como parte integrante de su propia identidad[2]. La conciencia es concebida de este modo como la concreción de la dimensión ética de la persona que adquiere manifestación en las libertades ideológicas o religiosas en virtud de la naturaleza de las convicciones practicadas[3].

En este trabajo analizaremos las siguientes cuestiones: la finalidad de la patria potestad en el derecho español y argentino; así como la problemática que suscita la determinación del interés del menor en materia de salud cuando existen conflictos de conciencia. Teniendo en cuenta esa finalidad estudiaremos algunas sentencias, sobre casos en los que, colisionan el derecho a la vida del menor con la libertad de conciencia[4] de los padres y menores. Por último expondremos las conclusiones finales.

---

[1] PECES BARBA, Gregorio, «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica», *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1989, pág. 60.

[2] LLAMAZARES, Dionisio, *Derecho a la libertad de conciencia II, Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 18

[3] En términos similares se manifiesta CALVO ESPIGA, Arturo, «Conciencia y Estado de Derecho», *Laicidad y libertades, Escritos Jurídicos*, núm. 1, diciembre, 2001, pág. 17.

[4] La Constitución española consagra dos derechos fundamentales —la libertad ideológica y la libertad religiosa— que poseen un sustrato genérico o denominador común compuesto por el derecho de toda persona a conformar y a mantener sus propias convicciones, a manifestarlas externamente y a comportarse de acuerdo con las prescripciones de su código axiológico, con independencia de que ésta posea un carácter subsumible en el ámbito de lo ideológico o de lo religioso. Sustrato común al que desde aquí se opta por designar con el nombre de *«conciencia»:* VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006, pág. 3.

1. Patria potestad e interés del menor.

El interés del menor se configura, en el ordenamiento español y argentino, por influencia del derecho internacional, como un principio básico que debe presidir no sólo la normativa sobre defensa y protección de los menores, sino también cualquier actuación, pública o privada, que se siga con relación a los mismos. En buena lógica, el principio de interés del menor desplegara toda su eficacia jurídica en la patria potestad y demás instituciones de guarda, protección, modulando y determinando su contenido[5].

De tal forma que, la patria potestad es concebida como la primera y prioritaria institución de heteroprotección del menor para la garantía de su bienestar y desarrollo integral[6]. Pero, junto al principio de responsabilidad prioritaria de los padres, el artículo 39.2 de la Constitución Española atribuye a los poderes públicos en general una función de garantes que, tal y como concreta el artículo 12.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, exige que éstos velen para que los padres tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades (…). En palabras del Tribunal Constitucional:

« *(…), sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de estas potestades por parte de sus padres o tutores o por quiénes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deber postergarse ante el superior del niño****».***

En el derecho argentino se define la patria potestad como *«el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral…»* (art. 264 Código Civil). Ello supone, claramente, el deber de adoptar toda conducta fáctica y jurídicamente posible para tutelar y garantizar *«el derecho intrínseco a la vida»* que a *«todo niño»* reconoce el art. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada y ratificada por la ley 23.849 que forma parte del sistema constitucional-legal de la República Argentina.

La determinación del interés del menor en materia de salud se concreta en la realización de todos los actos médicos conducentes a la restauración de su salud o encaminados a evitarles un peligro a su vida[7].

Con respecto al derecho español de acuerdo con la concepción actual de menor como sujeto de pleno de derechos fundamentales, exceptuando los supuestos en que la ley expresamente lo prohíbe, y a pesar de las imprecisiones del legislador, las decisiones sobre la salud le corresponde tomarlas al propio menor siempre que tenga la suficiente madurez

---

[5] Este tema se encuentra excelentemente desarrollado por ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, págs. 61-144.

[6] VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, cit., págs. 55-145.

[7] ASENSIO SANCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pág. 115.

independientemente del carácter irreversible o no que pudiera tener la decisión. Si carece de capacidad natural corresponde a los padres en su interés tomar las decisiones tendentes a restaurar la salud, aunque sin que suponga el ejercicio por representación de un derecho del menor, sino únicamente el cumplimiento del deber de velar por sus hijos inherente a su potestad (art. 154 Código Civil). Este interés del menor a la salud aparentemente tan nítido, se puedo oscurecer por intervenir elementos de conciencia que lo distorsionan en aras de motivaciones de carácter ideológico o religioso de los padres. También es posible que el menor con capacidad natural tome, atendiendo a consideraciones de orden religioso o ideológico, decisiones sobre su salud que por su naturaleza o gravedad presenten un carácter irreversible. Se trata de determinar si en esos supuestos límite debe respetarse la decisión del menor asimilándola a la de un adulto, o bien proteger al menor y su interés imponiéndole coactivamente el tratamiento[8].

Para mostrar esta problemática es útil sacar a colación la oposición de los testigos de Jehová a las transfusiones de sangre. Son ejemplos típicos de de rechazo a un tratamiento médico. Algunas veces han sido confundidos, erróneamente, como supuestos de objeción de conciencia[9]. El problema se plantea en términos radicalmente distingos si el paciente que necesita la trasfusión es menor o incapaz, o bien una persona mayor de edad.

Si el menor carece de capacidad natural o está impedido, correspondería a sus padres aceptar la trasfusión de carácter terapéutico sin atender a sus propias convicciones ideológicas. Los padres que rechacen la trasfusión sobre la base de sus propias convicciones estarían infringiendo gravemente los deberes inherentes a su patria potestad y cometerían un delito. Se podría considerar en tales casos la actuación de los padres como un atenuante pero nunca un eximente. Este es el criterio que sigue la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 1997 al considerar en estos supuestos la creencia religiosa como circunstancia atenuante pero no eximente. En consecuencia, el juez, ante la negativa de los padres podrá autorizar la trasfusión, teniendo en cuenta el interés del menor, que, en el caso, se concreta en sus derechos a la vida y a la salud, e inclusive privar a los padres de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherente a la misma.

Cuando el menor tiene capacidad natural puede rechazar el tratamiento terapéutico al igual que un mayor de edad, de lo contraria se estaría infringiendo gravemente la conciencia[10]. Sin embargo, estamos ante un supuesto extremo en el que la doctrina aparece dividida toda

---

[8] ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pág. 116.

[8] Idem.

[9] El rechazo a los tratamientos médicos no es un auténtico supuesto de objeción de conciencia al no existir un deber jurídico a la salud al que precisamente se objetaría: VITALE, A., Curso di Diritto ecclesiastico, 6.ª ed., Milano, 1992, pág. 14.

[10] HERVADA, Javier, «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad terapéutica», *Persona y Derecho*, XI, 1984, pág. 50.

vez que, a pesar de admitir la validez de la decisiones sobre la salud del menor con capacidad natural, a la hora de reconocerle actitud para negarse a la trasfusión, por el carácter irrevocable de esta decisión, se muestra reticente a su reconocimiento en aras a la protección de su vida como valor superior[11].

2. Selección jurisprudencial. Casos de rechazo de tratamiento médico por motivos de conciencia.

Las disyuntivas aludidas han sido tratadas por la sentencia del Tribunal Constitucional español 154/2002, de 18 de julio, que resuelve un recurso de amparo presentados por unos padres testigos de Jehová que habían sido condenados por el Tribunal Supremo español a causa de la muerte de su hijo menor. El, menor, también testigo de Jehová se negaba a ser trasfundido, lo que motivó que los médicos solicitarán al juez la autorización para realizar la transfusión, pero ante el estado de inquietud que le producía al menor los médicos la rechazaron por contraproducente y solicitaron de los padres una actitud suasoria, lo que les resultaba a los padres una antinomia de conciencia. Los problemas jurídicos más importantes que plantea la sentencia del Tribunal Constitucional son, por un lado, la capacidad el menor para realizar la transfusión, al que ya hemos hecho referencia, y, por otro el conflicto entre el derecho a la vida del menor y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres, en el que el Tribunal Constitucional resuelve atendiendo al criterio de que, en caso de conflicto de derechos fundamentales, se tiene siempre que respetar el núcleo esencial del derecho que se sacrifica.

«*Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no queda impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la trasfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hallasen otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la trasfusión****»***[12]***.***

No obstante, el problema fundamental radica en determinar si el interés del menor en cuanto a la vida llega hasta el punto de considerar exigible una actitud suasoria de los padres en contra de sus convicciones religiosas. La sentencia señala a este respecto que:

«*En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la trasfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelas del poder público para la protección del menor, contradice, en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo*

[11] En estos supuestos considera PARRA LUCÁN que corresponde la decisión a sus padres en aras del cumplimiento del deber de velar por sus hijos del artículo 1511 del Código Civil español: PARRA LUCÁN, Mª. A, «La capacidad del paciente para prestar consentimiento válido. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Español*, 2003-I, págs. 1901-1930.

[12] FJ 12.

ya más al del deber que le es exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor.

En tal sentido, y en el presente caso la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias»[13].

El Tribunal Constitucional considera que la obligación de los padres de actuar en interés del menor en materia de salud aparece en este caso limitada a permitir la actuación tutelar de los poderes públicos para la protección del menor que los padres, según reconoce la propia sentencia, siempre acataron, sin que se les exija una actitud suasoria de la voluntad del menor que atentaría contra sus propias convicciones.

Asensio Sánchez sostiene que la clave de una solución cabal al problema es saber si el menor ha sido objeto o no de adoctrinamiento. Opina que los supuestos en que se trata de un menor que se haya formado su conciencia con libertad, hay que respetar su decisión a rechazar la transfusión[14]. En cambio, nosotros pensamos que, siendo importante el saber si ha habido o no adoctrinamiento, el carácter irreversible de rechazar una transfusión y la especial protección que merece el menor, aún poseyendo capacidad natural, son factores muy determinantes para poner en cuestión la relevancia de aquella elección de menor. Además, por la propia condición de ser un menor es difícil que haya podido formarse en materia religiosa con la libertad y posibilidades de un adulto. Esa misma dificultad para acceder a otras religiones o creencias hace que las probabilidades de ser adoctrinado o no tener la posibilidad de elegir otras distintas sean, especialmente, elevadas; incluso aún no existiendo una intención dolosa de los progenitores. Por consiguiente, las situaciones en las que no hay adoctrinamiento o existe la opción de elegir otras alternativas, en tales circunstancias, serán escasas.

Tratándose de un menor que haya sido objeto de adoctrinamiento en ideas lesivas para su salud, como defiende Cubillas Recio, debe prevalecer el derecho a la vida por entenderse que su decisión no es libre y consciente al no ser fruto del ejercicio autónomo de un derecho por no haberse formado su conciencia en libertad[15]. Este adoctrinamiento realmente tendría la virtud de excluir en el menor la existencia de una auténtica capacidad natural, que sabemos que es capacidad suficiente para realizar la transfusión[16].

Dentro de la historia judicial argentina nos parece interesante comentar el siguiente caso en el que también se pone en cuestión la patria potestad ejercida por los padres con ocasión de

---

[13] FJ 15.

[14] ASENSIO SANCHÉZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pág. 128.

[15] En concreto Cubillas Recio señala que en estas situaciones la voluntad del menor no se formo libremente como consecuencia del adoctrinamiento religioso de los padres: CUBILLAS RECIO, L.M., «La enseñanza de religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y libertades. Estudios jurídicos*, 2002, n. º 2, págs. 157-209.

[16] ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pág. 129.

una trasfusión de sangre.

Los hechos son los siguientes: el director de un hospital interpuso una acción de amparo a fin de solicitar autorización para realizar una transfusión de sangre, en caso de que sea necesario, durante la intervención quirúrgica que se practicará a una menor de edad[17], ante la oposición de su progenitora por razones religiosas. El juez hizo lugar a la acción impetrada, autorizando al equipo médico a realizar la transfusión sanguínea, como así también a recurrir al "privilegio terapéutico", por considerar que se encuentra acreditado que la menor no profesa el culto de la madre[18].

El tribunal entrando en el análisis de las circunstancias de hecho particularmente significativas, consigna de manera enfática que no se está en presencia aquí de una negativa a un tratamiento médico por razones de conciencia (en cuyo caso ciertamente correspondería seguir los lineamentos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el señero caso "Bahamondez", en 1993). Resulta probado que la paciente no profesa personalmente el culto de Testigos de Jehová, de modo tal que no se configura una situación en la que cabría invocar un problema de conciencia, amparado en el ámbito de las conductas autorreferentes protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina[19].

Del contexto de la prueba incorporada a la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica, el órgano judicial precisa que en última instancia, la oscilante negativa de la paciente, como bien lo señala en su informe la doctora Cinalli, obedece a la presión psicológica que sobre ella ejerce no solamente su madre sino una hermana mayor (tal como se pudo observar claramente durante la realización de la diligencia en el propio hospital, fs. 11-13), circunstancias que colocan a la paciente en una clara situación de vulnerabilidad, que afecta su libertad de decisión tal como acertadamente se señala en el informe del coordinador del Programa Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata incorporado a fs. 62-67[20].

---

[17] Con la reforma al código civil aprobada en la última sesión del período legislativo ordinario del año 2009, a través de la Ley N° 26579, la legislación argentina se puso a tono con los ordenamientos jurídicos civiles de la mayoría de los países occidentales, donde la plena capacidad civil se adquiere a los 18 años de edad, conforme la modificación

introducida al artículo 128 del código civil. La ley N° 26.579 disminuyó la edad para alcanzar la mayoría de edad. La citada ley establece que la mayoría de edad se adquiere al cumplir los 18 años de edad. En consecuencia, cesa la incapacidad de los menores el día que cumplieren los 18 años, conforme la nueva redacción del artículo 128 del código civil modificado por la Ley N° 26579.

[18] Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata.

Publicación: LLBA 2005 (julio) con nota de Augusto M.; Morello, Guillermo C. Morello 2005, 64.

[19] BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. As., 1993, t. I., págs. 374-385.

[20] P. V. KOTTOW, Miguel, «Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética», *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, Número Especial Bioética, Bs. As., 2003, págs. 23-29.

Sentado entonces que nos encontramos frente a una persona en situación de vulnerabilidad, cuya autonomía en consecuencia se halla seriamente disminuida en orden a la toma de decisiones que hacen al cuidado de su propia salud, y que afecta por lo tanto la capacidad de discernimiento acerca de cuáles son sus "mejores intereses", procede en el caso recurrir complementariamente al consentimiento por subrogación[21].

Por último el Tribunal argentino dictamina, con brillantez, que:

«Ponderando la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la paciente R. S., debido a su estado psíquico y emocional derivado de la presión que ejercen sobre la misma algunos de los miembros de su grupo familiar más cercano, en particular su madre, se deja librado al prudente criterio médico el recurso al denominado "privilegio terapéutico", que permite que en circunstancias excepcionales, y con base a hechos fundados, omitir la revelación de toda la información, en caso de estimarse, siempre prudencialmente que tal información puede redundar en perjuicio de la salud integral de la paciente, a excepción siempre de la información referida a la intervención quirúrgica en sí, todo ello siempre con miras a la protección de los mejores intereses de la paciente hospitalizada»[22].

Parece correcta la solución del tribunal. La delicada situación psíquico-emocional del paciente justifica la posibilidad de ocultarle información, actuación esta que, de lo contrario, se hubiera podido clasificar de paternalista. Por ello es probable que la revelación de toda la información pudiese redundar en un daño a la integridad psíquica de la paciente, con efectos negativos sobre la evolución de su salud.

3. Conclusiones finales.

En los dilemas estudiados se producen una colisión de derechos: principalmente el de la libertad ideológica y religiosa en contra del derecho a la vida que tiene muchas implicaciones; hemos intentado mostrar las más relevantes.

Los derechos en conflicto, a pesar de ser fundamentales y contar con la máxima protección, tienen sus límites como cualquier otro. Si un derecho no tuviera límites y se permitiera su ejercicio ilimitado seria a costa de la imposibilidad de ejercicio de los demás; lo que sería una contradicción en un estado de derecho como el nuestro. Ahora bien, al colisionar, siendo los titulares menores, incluso con capacidad natural, la defensa de la vida adquiere un papel preponderante. Una de las principales razones es que, aún detentando aquella capacidad, no, necesariamente, poseen el nivel de conciencia o madurez de un adulto en una disyuntiva de la que se derivan irremediables consecuencias; incompatibles con la protección legal de que son beneficiarios.

---

[21] Pueden consultar: PELLEGRINO, Edmund D., «La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica», *Boletín OPS/OMS*, Número Especial, vol. 108, N° 5 y 6, mayo y junio 1990; págs. 379 y s.; Stephen Wear, "Informed Consent. Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine", Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1993.

[22] FJ 16.

En ese sentido el ejercicio de la patria potestad siempre debe ser beneficioso para el menor excluyendo cualquier acción u omisión que pudiera dañarlo; el Tribunal Supremo español lo precisa de la siguiente forma: *«la patria potestad deberá ejercitarse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo de su titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor»*[23]. Sobre la base de esta obligación, con respecto al caso jurisprudencial español concluimos lo siguiente: el menor de edad, precisamente por serlo, seguramente, solamente ha podido conocer la cultura y la religión de sus padres, sin poder tener acceso a otras fuentes de conocimiento alternativas, las cuales es posible que le hubieran llevado a tomar una decisión distinta. La posición de garante de los padres, la no reversibilidad de una situación tan trágica inclina a sostener que la exigencia de una conducta disuasoria con su hijo no vulneraba el contenido esencial del derecho a la libertad religiosa. Por la tanto con esa omisión ocasionaban un daño al menor incompatible con la propia esencia de la patria potestad que ostentaban y con el deber de velar de sus hijos (art. 154 Código civil).

Para terminar este punto cabe señalar que, según criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, en los casos que el ejercicio autónomo por parte del menor de su derecho de libertad de conciencia conlleva la adopción de decisiones definitivas acerca de su vida o salud, la concreción del interés superior del niño no se satisface atendiendo exclusivamente al criterio de madurez. La adopción por parte del menor de una decisión vital basada en las propias convicciones, es una conducta que queda fuera del ejercicio constitucionalmente lícito de su derecho fundamental en la medida en que existe otro bien constitucional, la protección de su vida y de su salud, que posee una posición preponderante y con cuya salvaguarda debe identificarse irrebatiblemente su interés superior, pues el derecho a la vida es el presupuesto necesario para que sea posible el despliegue de la personalidad el individuo. Interés superior al que quedan vinculados tanto los sujetos privados como los sujetos públicos encargados de la protección el niño[24].

En el supuesto judicial argentino consideramos correcto el dictamen del tribunal. La decisión de rechazar un tratamiento médico tiene que ser libre, por lo cual si se presiona a la persona legitimada para tomarla, de cualquier forma, este acto está viciado y carece de validez. Más todavía cuando es la madre quien presiona, la cual ostenta la patria potestad unida intrínsecamente a velar por la integridad del menor.

La libertad religiosa de los padres nunca puede amparar conductas contrarias a la libertad de conciencia de los hijos, revistas el carácter de coacción o simple presión psicológica. Y todavía menos si ponen en riesgo su vida.

---

[23] STS de 31 de diciembre de 1996, FJ 4.

[24] Este es uno de los cuatro apartados en los que Ana María Valero sintetiza los criterios constitucionales, después de un preciso análisis jurisprudencial, para la concreción del interés superior del menor en materia de conciencia en el seno de la relación paterno-filial: VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, cit., págs. 143-145.

Los derechos fundamentales deber ser ponderados, respetando su contenido esencial, sin establecer una jerarquía absoluta y rigurosa. De tal forma que, si se le da a un derecho un contenido desorbitado acaba por dejar sin sustancia y desvirtuado los restantes derechos con los que puede entrar en conflicto. Como puntualiza el Tribunal Constitucional esa jerarquía es muy débil o de escasa incidencia práctica: *«no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca»*[25](STC 320/1994). Ello se hace más evidente cuando se trata de derechos fundamentales; así, explica Esplín Templado, una de sus principales características es su carácter ponderativo, esto es, la necesidad de valorar en cada situación, ante la inevitable confluencia de derechos que se produce, qué derecho tiene primacía, según las circunstancias que concurren. Esa misma circunstancia hace difícil, sino no imposible, pretender una jerarquización de los derechos, que sólo sería pensable en una situación abstracta. En la realidad, la trascendencia de cada derecho siempre dependería de ese análisis específico de la situación[26].

[25] PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 190.

[26] PRIETO SANCHIS, Luis (coordinador), *Introducción al derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, págs. 35-35.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE MULTIMODAL INTERNACIONAL

Antonio Abril Rubio

Resumen: Ante la ausencia de un marco jurídico de carácter internacional y a pesar de la actividad del derecho privado, han sido varios los gobiernos y órganos intergubernamentales que han decidido promulgar legislaciones en orden a resolver los problemas existentes ante la falta de seguridad jurídica. Pero a la vez, han propiciado mayor confusión y un aumento de las dudas de los operadores y usuarios ante la enorme fragmentación del régimen jurídico del transporte multimodal, debida a la existencia de regulaciones de carácter nacional, supranacional y privado, que en ocasiones, aportan soluciones distintas a casos similares; y esto está provocando que grandes sumas de dinero y recursos se estén empleando en costear disputas legales sobre qué régimen ha de gobernar el contrato, en vez de reinvertirlas en beneficio del sector y de sus usuarios.

Abstract: *In the absence of an international legal framework and despite the activity of private law, have been several governments and intergovernmental bodies which have decided to enact legislation in order to solve the existing problems in the absence of legal certainty. But then again, they have caused more confusion and increased doubts by operators and users due to the extreme fragmentation of the legal regime of multimodal transport. Because of the existence of rules of national, supranational and private level, sometimes they provide different solutions for similar cases; and this is causing that large amounts of money and resources are being used in legal disputes over the responsibility scheme which is to govern the contract, rather than reinvesting the benefit of the industry and its users.*

Palabras clave: multimodal, transporte, operador de transporte multimodal (OTM), documento de transporte multimodal (DTM), cargador y consignatario.

I. Introducción

En la práctica, el régimen jurídico del transporte multimodal no está constituido por ninguna normativa uniforme de carácter internacional, sino por una multiplicidad de sistemas nacionales y supranacionales que responden a diversos planteamientos legales y que propician confusión e inseguridad jurídica. Es por ello que, tanto los operadores del tráfico como los usuarios del transporte han tenido que dotarse de una regulación de carácter convencional y más o menos uniforme para poder hacer frente a la problemática derivada de esta modalidad de transporte.

En su informe sobre la viabilidad de un régimen uniforme para el transporte multimodal internacional[1], la Organización de las Naciones unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) señala que el actual marco regulatorio del transporte multimodal resulta insatisfactorio para la mayoría de las partes implicadas en el mismo, usuarios, profesionales del transporte y autoridades nacionales. Y en los países en vías de desarrollo provoca además la falta de un acceso a los mercados internacionales en condiciones equitativas. Según estudios[2] desarrollados por UNCTAD, un aumento en los costes del transporte trae como consecuencia una reducción en la inversión, una tasa de ahorro más baja, menos exportaciones, menos acceso a la tecnología y a los conocimientos y una marcada reducción del empleo.

Así nos encontramos con normativa multimodal dispersa en derecho interno, internacional y privado; lo cual provoca que, en ocasiones, la responsabilidad de un OTM quede sometida a diversas normativas; por lo cual la doctrina ha elaborado diferentes sistemas de responsabilidad.

a) El sistema de red o *network system*

Aboga por aplicar la regulación jurídica que corresponda, según la ley nacional imperativa o el convenio internacional aplicable, al modo de transporte en el que ocurrió el hecho que provocó el incumplimiento del contrato. Adiciona además, normas opcionales destinadas a solucionar el problema emergente de la imposibilidad de determinar el momento y el modo en el que el hecho dañoso tuvo lugar.

Su principal ventaja consiste en la certidumbre acerca de las normas que se van a aplicar aun incumplimiento en caso de daño localizado. Sin embargo éste sistema de red plantea dificultades cuando el incumplimiento no puede ser localizado, por ejemplo cuando el daño a la mercancía se produce de forma gradual a lo largo del trayecto o cuando se produce durante las operaciones de carga y descarga, de transbordo o de almacenaje. Para éstos casos se

[1] *Multimodal Transport: The feasibility of an international legal instrument;* UNCTAD, 13 de junio de 2003.

[2] Comisión de la Empresa, la Facilitación de la Actividad Empresarial y el Desarrollo. *El desarrollo del transporte multimodal y los servicios logísticos.* Reunión de expertos sobre el desarrollo del transporte multimodal y los servicios logísticos celebrada en Ginebra entre el 24 y el 26 de septiembre de 2003.

establece un régimen de responsabilidad específico[3]. Tampoco es eficaz si se pretende determinar a priori cual va a ser la regulación jurídica finalmente aplicable, puesto que no se podrá saber de antemano si se va a haber un incumplimiento, ni en cuál de los diferentes modos de transporte se va a producir. Además esta aplicación imperativa de la normativa correspondiente al modo en el que se produjo el hecho que desencadenó el incumplimiento contractual *"…lesiona la autonomía de la voluntad de las partes […] el sistema de red parece más apropiado para una hipótesis de contrato de transporte segmentado, donde la pluralidad de modos se identifica con una pluralidad de prestaciones a las que las partes reconocen una cierta autonomía jurídica"*[4].

El sistema de red es el más defendido por los operadores de transporte, puesto que son quienes obtienen mayores ventajas de la aplicación de éste sistema. Si el daño es localizado se aplica la normativa del modo concreto, la cual ha sido ampliamente estudiada y puesta a prueba por los operadores del sector durante largo tiempo. Por el contrario, si el daño no es localizado y no existe ninguna normativa internacional aplicable la responsabilidad del OTM, ésta se regirá por la ley nacional imperativa que corresponda aplicar; éstas leyes nacionales tienen normalmente carácter dispositivo, lo cual permitirá al OTM sustituirlas por otras que se tornen más favorables a sus intereses.

b) El sistema uniforme

Defiende la aplicación de una única[5] regulación, que puede ser la de cualquiera de los modos que compongan la operación de transporte multimodal u otra distinta. El fundamento de éste sistema se encuentra en la propia naturaleza del contrato de transporte multimodal, pues respeta la autonomía y la especialidad de esta clase de transporte. Proporciona mayor seguridad jurídica pues las partes sabrán, en cualquier momento, cual es el régimen jurídico que se aplicará en caso de incumplimiento de la operación contratada, independientemente que sea el daño localizado o no. Los principales inconvenientes de éste sistema son: (i) que el régimen de responsabilidad uniforme que se aplicaría en la relación cargador-OTM-destinatario suele ser más estricto con el OTM que el sistema de red, que es el que se aplicaría en la relación entre el OTM y los porteadores efectivos. Lo que quiere decir que aplicando el sistema uniforme es posible que el OTM tenga que indemnizar al cargador o al destinatario con una suma superior a la que obtendrá del porteador efectivo contra quien repita la acción

[3] Así lo contemplan diversas normativas de distinta índole tales como el Convenio de Ginebra, las Reglas UNCTAD/ICC, el Convenio CMR, el MULTIDOC 95 y el FIATA *Bill of Landing*.

[4] Ignacio Arroyo; "Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta". *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XVIII, pág. 444.

[5] La misma regulación con independencia de los modos de transporte que englobe la operación e independientemente de que el daño sea o no localizado y en caso de serlo, con independencia de en qué fase del transporte se localice.

indemnizatoria; y (ii) la concurrencia que puede producirse entre un sistema uniforme y las diferentes leyes nacionales y convenios internacionales existentes, pues las soluciones previstas por las distintas normativas a un problema idéntico distan bastante de ser homogéneas. Con todo ello, éste es el sistema que más consenso[6] acumula en la actualidad, pues es simple y evita las ambigüedades.

c) Sistema de red modificado o *modified network system*

Consiste en una solución intermedia entre los dos sistemas anteriores. No remite en bloque a una determinada legislación, sino que selecciona[7] determinadas disposiciones aplicables acerca de fundamento y límites de la responsabilidad, independientemente de la fase del transporte durante la cual se produjo la pérdida, el daño o el retraso. Para la determinación de la cuantía del límite indemnizatorio se utilizan las normas correspondientes al modo de transporte en que se produjo el hecho dañoso, si es que éste fue localizado.

Quizá sea el sistema que menos consenso promueve en la actualidad puesto que resulta bastante complejo de aplicar en ocasiones y no consigue aportar todos los beneficios del sistema uniforme ni consigue eliminar todos los inconvenientes del sistema de red.

Ante la falta de uniformidad en la regulación del transporte en general y del transporte multimodal en particular, se han propuesto distintas soluciones que van desde la elaboración de un convenio internacional imperativo hasta la elaboración de un convenio internacional de carácter no imperativo y que se aplique por defecto. En este orden de cosas, se ha demostrado que las normas que las partes pueden decidir aplicar o no son mucho mejor recibidas y facilitan la uniformidad; por el contrario, los convenio internacionales imperativos son mucho más difíciles de negociar y cuentan con un procedimiento demasiado lento para su entrada en vigor[8].

---

[6] Según el estudio de la Comisión Europea, *The economic impact of carrier liability on intermodal freight transport,* la armonización de las condiciones y el uso de un sistema de responsabilidad uniforme para todos los modos de transporte podría suponer un ahorro en costes de fricción de unos cincuenta millones de euros anuales.

[7] Esta disciplina suplementaria puede ser elaborada por las partes o bien limitarse a reproducir lo establecido por algún convenio de naturaleza unimodal. Si ha sido elaborada por las partes, normalmente, el OTM impondrá al cargador unos límites considerablemente amplios a su responsabilidad rebajando así lo establecido para casos de daño localizado.

[8] Quizá exista una solución intermedia que bien pudiera consistir en un convenio internacional imperativo sobre transporte multimodal que permitiese a las partes optar por la aplicación de alguna de las convenciones internacionales unimodales.

II. Normativa multimodal

Como hemos apuntado con anterioridad, puesto que no existe una normativa internacional en vigor al respecto, la existente se encuentra dispersa en normas de carácter nacional, supranacional y privado.

En este artículo vamos a señalar cuales son las normativas existentes en los diferentes ámbitos, pero nos centraremos en el análisis de la normativa multimodal de carácter privado.

a) Normativa internacional. El Convenio de Ginebra

El Convenio de Ginebra de 24 de mayo de 1980 sobre transporte multimodal internacional de mercancías no ha obtenido el suficiente número de ratificaciones[9] para su entrada en vigor debido principalmente a dos razones[10]: (i) la falta de apoyos entre los grupos de presión o *lobbying* que actúan en defensa de los intereses de los operadores de transporte[11] y (ii) otras razones tales como la mala imagen del convenio entre el sector del transporte al asociarlo a la figura de las Reglas de Hamburgo[12], el hecho de que el convenio incluyera previsiones sobre cuestiones aduaneras[13], la falta de desarrollo del transporte multimodal en la fecha en la que el convenio fue presentado o una variedad de intereses en conflicto en forma de leyes nacionales y acuerdos supranacionales. En definitiva, salvo algunas previsiones y la acertada o no elección del sistema de responsabilidad uniforme, jurídicamente hablando, el

[9] Algunos han llegado a considerar que éste es el primer problema; el elevado número de ratificaciones que se exigen para la entrada en vigor del convenio. 30 ratificaciones. En el año 2013 la lista de países que lo habían ratificado ascendía a trece (Burundi, Chile, Georgia, Líbano, Liberia, Malawui, México, Marruecos, Noruega, Ruanda, Senegal, Venezuela y Zambia).

[10] *Multimodal Transport: The feasibility of an international legal instrument;* UNCTAD, 13 de junio de 2003.

[11] Principalmente grandes navieras. Debido a su reticencia al régimen de responsabilidad de sus representados, además de otras razones tales como que el régimen carecía de suficiente transparencia o que no conciliaba los intereses de los sectores público y privado. Los gobiernos de los países industrializados se dividían entre aquellos que se oponían a éste convenio porque no veían representados en él los intereses de un sector relevante de su industria y aquellos otros que, aun siendo grandes potencias marítimas, no mostraron interés en el mismo tan sólo porque otros tampoco lo hacían, provocando una especie de contagio que alcanzó a países en vías de desarrollo que ya tenían sus propios recelos de naturaleza social, económica y comercial y que desencadenó una situación de falta de interés general.

[12] Convenio de Hamburgo de 31 de marzo de 1978. Regulador del transporte marítimo internacional de mercancías. Las Reglas y el Convenio se parecen tanto en estructura como en contenido.

[13] Anexo al Convenio que consta de seis artículos en los que se regulan aspectos aduaneros propios del transporte multimodal.

Convenio de Ginebra es un buen texto normativo[14], cuyo objetivo era abordar la operativa multimodal como un tipo de transporte autónomo e independiente, formado por varios modos de transporte, pero tratado no como una mera sucesión articulada de los mismos, sino como una única operación en su conjunto, que gozase de su propio régimen jurídico; y ese es el principal problema, que el convenio tiene una visión unificadora del transporte que choca frontalmente con los intereses de los grandes operadores dominantes en los distintos modos de transporte.

b) Legislación multimodal en la Unión Europea

El transporte multimodal[15] se desarrolla en el ámbito de la U.E. como una vertiente de la Política Común de Transportes. El punto de partida de la legislación europea sobre transporte multimodal fue la Directiva 75/130/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías ferrocarril-carretera[16] entre estados miembros y que ha sido modificada[17] en varias ocasiones. Junto a ésta existen un gran número de Directivas, Reglamentos, Decisiones, Acuerdos, Propuestas, Comunicaciones, Informes y Dictámenes, cuyo objetivo principal es el tratamiento del transporte multimodal en el ámbito comunitario, mediante la adopción de normas comunes que permitan un desarrollo progresivo de éste tipo de transporte en base a las necesidades de operadores y usuarios, así como la supresión de obstáculos de carácter administrativo y el establecimiento de medidas de control.

---

[14] Lo cual es una opinión personal, pero apoyada por algunos hechos tales como: (i) la segunda pregunta del cuestionario que UNCTAD distribuyó con objeto de la elaboración del informe *"Multimodal Transport: The feasibility of an international legal instrument"*. La pregunta 2 rezaba: "En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones de que el Convenio de ginebra no consiguiera el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor y sin embargo un gran número de sus artículos hayan sido incorporados directa o indirectamente en un buen número de normativas de carácter nacional y regional?". (ii) El hecho de que en su elaboración intervinieran representantes de más de ochenta estados, agencias especializadas de quince organizaciones intergubernamentales y once no gubernamentales y que el acto final de su elaboración fuera apoyado por, aproximadamente, setenta estados.

[15] Denominado en la gran mayoría de ocasiones como transporte combinado.

[16] Artículo 1: *los transportes de mercancías por carretera entre Estados miembros en los que el tractor , el camión , el remolque , el semirremolque o sus cajas móviles sean transportados por ferrocarril desde la estación de embarque apropiada más próxima al punto de carga de la mercancía, hasta la estación de desembarque apropiada más próxima al punto de su descarga.*

[17] Por las Directivas 79/5/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1978; 82/3/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1981; 82/603/CEE del Consejo de 28 de julio de 1982; 86/544/CEE del Consejo de 10 de noviembre de 1986; 91/224/CEE del Consejo de 27 de marzo de 1991 y 92/106/CEE de 7 de diciembre de 1992.

El repertorio legislativo comunitario, además de las Directivas 75/130/CEE[18] de 17 de febrero de 1995, 92/106/CE[19] de 7 de diciembre de 1992 y sus correspondientes modificaciones, se compone, entre otros, de los Reglamentos del Consejo 1658/82/CEE[20], de 10 de junio de 1982, 2196/98/CEE[21] de 1 de octubre de 1998 y 1382/2003[22] de 22 de julio de 2003; así como de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la concesión de ayudas a las acciones a favor del transporte combinado de mercancías.

También forman parte del repertorio legislativo la Decisión 85/95/CEE[23] de 29 de junio de 1985; la Resolución del Consejo de 19 de junio de 1995[24]; y las Comunicaciones de la Comisión 92/230[25], 2000/0007[26] y 2004/0361[27]; así como numerosos acuerdos bilaterales entre la U.E y distintos países miembros o del entorno europeo[28] por las que se establecen determinadas condiciones para el transporte multimodal de mercancías.

---

[18] Relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías ferrocarril-carretera.

[19] Relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre estados miembros.

[20] Por el que se completa mediante disposiciones relativas al transporte combinado, el Reglamento (CEE) n° 1107/70 relativo a la ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

[21] Relativo a la concesión de ayudas financieras comunitarias para la realización de acciones de carácter innovador en favor del transporte combinado.

[22] Relativo a la concesión de ayuda financiera comunitaria para mejorar el impacto medioambiental del sistema de transporte de mercancías.

[23] Relativa a la firma de un acuerdo entre la CEE y el Reino de España sobre transporte combinado de mercancías ferrocarril-carretera.

[24] Sobre el desarrollo del transporte ferroviario y del transporte combinado.

[25] Sobre la creación de una red europea de transporte combinado así como de sus condiciones operativas.

[26] Propuesta de Reglamento sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable.

[27] Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las unidades de carga intermodales (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE)

[28] España, Eslovenia, Macedonia, Finlandia, Noruega, Suiza, Suecia, Yugoslavia, Hungría, Bulgaria, Austria y Rumanía.

c) Normativa multimodal en derecho supranacional

Cuentan con normativa propia la Comunidad Andina[29], el Mercosur[30], ALADI[31], ASEAN[32] y la Liga de los Países Árabes[33].

d) Normativa multimodal en derecho interno

i. En Europa

Tan sólo contamos con las legislaciones nacionales de Holanda[34] y Alemania[35].

ii. En América

En México[36], Argentina[37] y Brasil[38] han sido promulgadas leyes sobre transporte multimodal de mercancías y en Paraguay, Ecuador y Colombia han internalizado los acuerdos de Mercosur y la Comunidad Andina, respectivamente[39].

---

[29] Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

[30] Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay

[31] Asociación Latinoamericana de Integración, formada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Panamá, Venezuela, Perú, Uruguay, Paraguay y Cuba.

[32] La Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático, creada bajo la Declaración de Bangkok de ocho de agosto de 1967, está formada por Brunei, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Birmania, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam.

[33] Formada por Bahréin, Egipto, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Omán, Palestina, Qatar, Arabia Saudí, Sudán, Siria, Emiratos Árabes Unidos y Yemen.

[34] Artículos 40 a 52 y artículo 1722 del Código Civil Holandés (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*, NBW).

[35] Ley de reforma del Transporte de 1 de julio de 1998 (*Transportrechtsreformgesetz*, TRG).

[36] Reglamento para el Transporte Multimodal Internacional, de 7 de julio de 1989.

[37] Ley 24.921, de 7 de enero de 1998, sobre transporte multimodal de mercaderías.

[38] Ley 9.611 de 19 de febrero de 1998 y Decreto 3.411 de 12 de abril de 2000 y la Ley 9.611 que regulan el registro de Operador de Transporte Multimodal, así como determinadas cuestiones fiscales.

[39] Argentina, Brasil, Paraguay, Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela, comparten, prácticamente, la misma legislación, salvo en lo concerniente a la armonización de los límites indemnizatorios.

iii. En Asia

En el continente asiático emergen legislaciones nacionales sobre transporte multimodal, entre las que destacan China[40] e India[41].

iv. En África

En el continente africano el proyecto de transporte multimodal de la República Democrática del Congo surgió en 2005 y tiene como principal objetivo la integración económica nacional, mediante la restauración de su compañía nacional de ferrocarriles y el fortalecimiento de las empresas estatales del transporte. .

e) Normativa multimodal en derecho privado; las Reglas UNCTAD/ICC

Aunque su historia se remonta casi a principios del Siglo XX, como ya hemos anotado con anterioridad, pasaremos directamente al análisis de las que actualmente se encuentran en vigor; las Reglas relativas a los documentos de transporte multimodal de 1992; las cuales actualización de las Reglas de 1975 basadas, a su vez, en las Reglas de La Haya y en las Reglas de La Haya-Visby.

Éstas Reglas no contemplan todas las situaciones que puedan derivarse del cumplimiento de un contrato de transporte multimodal tal y como haría una legislación sobre transporte multimodal, sino que se centran en la resolución de los problemas básicos que plantea dicho transporte; así las partes deberán completar la regulación con distintas cláusulas contractuales con las que hacer frente a las eventualidades no recogidas por las reglas, tales como las relativas a jurisdicción, arbitraje o elección de ley aplicable, entre otras.

Recordemos que éstas Reglas no tienen fuerza de ley, son de naturaleza puramente contractual y sólo se aplican si han sido incorporadas por las partes por escrito, verbalmente o en cualquier otra forma de remisión al contrato, independientemente de que el contrato de

---

[40] En la República Popular de China, la legislación sobre transporte multimodal no goza de su propia normativa con carácter autónomo, sino que se encuentra contenida fundamentalmente en tres normas, (i) en la Sección Octava del Capítulo IV del Código de Leyes Marítimas (*Maritime Code of the People's Republic of China* (Adopted at the 28th Meeting of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on November 7, 1992, promulgated by Order No. 64 of the President of the People's Republic of China on November 7, 1992, and effective as of July 1, 1993).); (ii) en la Sección IV del Capítulo XVII de la Ley de Contratos (*Contract Law of the People's Republic of China* (Adopted and Promulgated by the Second Session of the Ninth National People's Congress March 15, 1999).), y (iii) en las normas sobre el transporte multimodal internacional de contenedores (*Regulations Governing International Multimodal Transport of Goods by containers 1997*.)

[41] Ley de Transporte Multimodal de 1993 (*The Multimodal Transportation Of Goods Act 1993.*), modificada por la Ley de Enmienda del Transporte Multimodal del año 2000 (*The Multimodal Transportation Of Goods (Amendment) Act, 2000*).

transporte sea unimodal o multimodal y de que se haya emitido o no un documento de transporte; prevaleciendo sobre cualquier cláusula del contrato que sea contraria a las mismas, excepto en el caso de que amplíen las obligaciones del OTM o y/o su régimen de responsabilidad. Las Reglas no surtirán efecto si fueran contrarias a disposiciones imperativas contenidas en convenios internacionales o leyes nacionales aplicables al contrato de transporte multimodal. En la práctica no siempre se ha respetado ésta regla, pues se ha argumentado que, si el contrato de transporte multimodal es un contrato *sui generis,* no es posible extenderle la aplicación de normas propias del transporte unimodal. Con ello se abre la puerta a que un operador de transporte unimodal evite la aplicación de la regulación correspondiente calificando el contrato como de transporte multimodal.

A continuación, la segunda regla nos aporta las definiciones de contrato de transporte multimodal[42], OTM[43] y DTM[44], entre otros[45].

Las Reglas otorgan valor probatorio, tanto al DTM, como a su contenido.

La responsabilidad del OTM comprende la pérdida[46], el daño[47] o el retraso[48] en la entrega de las mercancías y abarca el periodo comprendido entre que toma las mercancías bajo custodia y las entrega al destinatario, e incluye las acciones y omisiones tanto del OTM como de sus empleados o agentes o de las de cualquier otra persona a la que éste recurra para el cumplimiento del contrato[49]. Se parte de una presunción de culpabilidad del OTM, quien tendrá que demostrar que no intervino culpa o negligencia por su parte ni por la de sus empleados o

---

[42] *Contrato único para el transporte de mercancías por dos modos de transporte por lo menos.*

[43] *Persona que celebra un contrato de transporte multimodal y asume la responsabilidad de su cumplimiento en calidad de porteador.*

[44] *Documento que hace prueba de un contrato de transporte multimodal y que puede ser sustituido, si así lo autoriza la ley aplicable, por mensajes de intercambio electrónico de datos y ser emitido en forma negociable o en forma no negociable.*

[45] Porteador, expedidor, consignatario, toma bajo custodia, entrega, puesta a disposición y mercancía.

[46] Regla 5.3: *Cuando las mercancías no han sido entregadas dentro de los noventa días consecutivos siguientes a la fecha de entrega expresamente acordada o que cabría exigir a un OTM diligente.*

[47] Regla 9: *Será el destinatario o consignatario quien tendrá que dar aviso de la pérdida o el daño en las mercancías, en el momento de la entrega (si son aparentes) o en el plazo de seis días consecutivos desde la entrega.*

[48] Regla 5.2: *Cuando las mercancías no han sido entregadas dentro del plazo expresamente acordado o, a falta de tal acuerdo, dentro del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, sería razonable exigir a un OTM diligente.*

[49] Reglas 4.1 y 4.2

agentes en la pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías[50]; o bien que el daño o pérdida de las mismas se produjo, en una fase del transporte que se realizaba por mar o vía de navegación interior, como consecuencia de (i) acción u omisión del capitán del buque o embarcación, así como de marineros, práctico portuario o empleados del porteador en la navegación; o (ii) incendio a bordo que ocasione la innavegabilidad del buque, siempre que no haya sido ocasionado por el OTM o el personal a su cargo[51]. También se contemplan causas de limitación de la responsabilidad del OTM, tales como el valor declarado de las mercancías[52], la sobrecarga de contenedor o elemento análogo de transporte[53], otros perjuicios indirectos que no sean la pérdida o daño en las mercancías[54], o la propia responsabilidad acumulada, la cual no excederá del valor total de las mercancías[55]. El OTM perderá el derecho a acogerse a la limitación de responsabilidad si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías se debieron a acción u omisión dolosa o negligente[56].

En los casos de daño localizado, las Reglas incorporan un sistema de red o *network system*, mediante el cual, si se localiza la pérdida o daño en las mercancías durante una determinada fase del transporte se aplicará el límite de responsabilidad que contenga el convenio internacional aplicable o la ley nacional imperativa para dicho modo de transporte y no el contenido en las propias Reglas[57]. La cuantía de la indemnización se fijará respecto al valor de las mercancías en el momento y lugar, pactado o efectivo, de su entrega al destinatario[58].

---

[50] Regla 5.1. *En caso de retraso en la entrega el OTM sólo será responsable si el expedidor hizo una declaración de interés en la entrega en plazo debido y ésta fue aceptada por el OTM.*

[51] Regla 5.4. *Para que se produzca la exoneración de responsabilidad en este caso el OTM tiene que probar que empleó la diligencia debida para poner el buque en estado de correcta navegabilidad. Estas dos exclusiones de la responsabilidad del OTM no se contemplaban en el borrador original, sino que se añadieron justo antes de presentarlo como definitivo, alejándose así del pretendido sistema uniforme de responsabilidad.*

[52] Regla 6.1

[53] Regla 6.2

[54] Regla 6.5: *Contarán con una limitación de responsabilidad equivalente al valor del flete.*

[55] Regla 6.6

[56] Regla 7

[57] Regla 6.4

[58] Regla 5.5

Existe un requisito de diligencia que se exige al expedidor, quien debe garantizar al OTM la exactitud de los datos[59] aportados al respecto de las mercancías objeto de transporte, bajo pena de indemnizar al OTM por los perjuicios resultantes de dicha inexactitud[60].

El plazo para ejercer acciones de responsabilidad[61] contra el OTM será de nueve meses desde que las mercancías se entregaron, debieron entregarse o se consideraron perdidas[62]; frente al plazo general que suele ser de un año, o incluso de dos en el caso del Convenio de Ginebra.

Las Reglas han sido incorporadas en gran parte de los documentos de transporte multimodal que se utilizan habitualmente, tales como el MULTIDOC 95[63] de BIMCO[64] y el FIATA[65] Multimodal Transport Bill of Lading[66]. El éxito de las Reglas UNCTAD/ICC de 1992 en comparación con sus predecesoras se basó en la aplicación de un régimen de responsabilidad que proporciona excepciones al OTM en caso de daño localizado y mayores posibilidades de exoneración en caso de daño no localizado o de retraso en la entrega de la mercancía.

III. Conclusiones y recomendaciones

a) Conclusiones

Tras examinar las distintas legislaciones sobre transporte multimodal, tanto a nivel nacional, supranacional como privado, podemos concluir que, todas ellas comienzan con la descripción de su ámbito de aplicación y la definición de los términos que se usan en su articulado, establecen formalidades sobre el contrato y los documentos de transporte, delimitan la responsabilidad del operador, el fundamento de la misma y el periodo para ejercitar acciones. Cabe destacar que, tanto en los casos de daño localizado como de daño no

[59] Naturaleza, marca, número, peso, volumen, cantidad y carácter peligroso, si procede.

[60] Regla 8

[61] Regla 11: fundadas tanto en responsabilidad contractual como extracontractual

[62] Regla 10

[63] Documento de transporte multimodal emitido en forma negociable. El emitido en forma no negociable es el *Multiwaybill 95*.

[64] Consejo Marítimo Internacional y del Báltico. Organización cuyos miembros tienen intereses en la industria del transporte marítimo, incluidos los armadores, operadores, gerentes, corredores y agentes. El principal objetivo de la asociación es facilitar las operaciones comerciales de sus miembros mediante el desarrollo de contratos y cláusulas estándar.

[65] Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios. Es la organización no gubernamental más grande en el campo del transporte y la logística.

[66] Documento de transporte multimodal emitido en forma negociable. El documento emitido en forma no negociable es el *Multimodal Transport Waybill*.

localizado, lo primero es conocer si existe alguna legislación[67] sobre transporte multimodal que aplique al caso concreto. Si existe, la responsabilidad del OTM se regirá de acuerdo con lo que dicha ley disponga. Nos damos cuenta de que una gran mayoría, en casos de daño localizado, optan por un sistema de red o *network system*; de tal modo que el OTM queda sometido, bien al fundamento, régimen o causas de limitación de la responsabilidad contempladas en el convenio internacional o ley nacional imperativa que se aplique al modo de transporte en el que se localizó el daño. Esto provoca que la responsabilidad del OTM varíe dependiendo de en qué fase del transporte se localice el daño. Por el contrario, en los casos de daño no localizado se suele optar por un régimen de responsabilidad uniforme o *uniform system,* en el que la responsabilidad del OTM estará sujeta a lo establecido en las previsiones de la propia norma. Y dentro de éstos, cabe destacar el caso en el que el daño a las mercancías se ha ido produciendo de manera gradual a lo largo del desarrollo de las distintas fases o modos que componen la operación de transporte.

Cuando no existe una normativa multimodal de aplicación obligatoria al caso concreto, tanto para daño localizado como para daño no localizado, habrá que estar a lo que disponga la convención internacional o ley nacional de naturaleza unimodal que corresponda aplicar; y en caso de que ésta última no exista, habrá que estar al contenido[68] del contrato.

Los periodos de responsabilidad oscilan entre los nueve meses y los dos años.

En el actual escenario cobra suma importancia la elección de las reglas rectoras del contrato que designen las partes. En la elección de las mismas influirán principalmente las circunstancias comerciales y los intereses y riesgos de cada una de las partes. El OTM es quien, normalmente, provee el contrato de transporte al que ya se ha cuidado de incluir todas aquellas clausulas tendentes a la consecución de sus intereses, de entre los que destaca la máxima limitación posible de la responsabilidad. Por el contrario, el cargador ha de analizar que normativa se adecua mejor a sus intereses[69] e informarse sobre el historial de reclamaciones del operador con quien piensan negociar. Las respuestas a estas cuestiones ayudarán al cargador a identificar cuáles son sus principales debilidades ante la operación de transporte.

---

[67] Bien sea nacional, supranacional o regional

[68] Quizá incorpora las Reglas UNCTAD/ICC. También cabe la posibilidad de que el OTM excluya o limite su responsabilidad si el contrato no incorpora las Reglas

[69] Basado en factores como por ejemplo cómo soportaría el titular de las mercancías la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mismas y que acciones podría llevar a cabo ante tales eventos; dependiendo de la industria en la que opere así como del perfil de sus clientes y de sus competidores.

Sin duda la mayor dificultad para dotar al transporte multimodal de un régimen jurídico uniforme a nivel internacional es el régimen de responsabilidad[70] del OTM, junto con otros, no menos importantes, tales como los límites indemnizatorios[71] y los plazos para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

b) Recomendaciones

Para poder llegar a un marco normativo armonizado hemos de contar con normas uniformes, desde un punto de vista temático[72] y de aplicación[73]. La unificación normativa del transporte internacional se ha llevado a cabo partiendo de modos de transporte independientes y estancos y existe la tendencia a fijar principios comunes para la contratación de un determinado modo de transporte. El mejor ejemplo de unificación multimodal son las Reglas UNCTAD/ICC; pero se ven limitadas ante la falta de unificación de la legislación sobre transporte internacional.

Lo ideal sería generar una norma unificada que consolide toda la materia multimodal existente. La armonización no incluiría necesariamente la creación de una única legislación sobre transporte multimodal, sino la eliminación de asimetrías y divergencias en el ámbito de la relación jurídica. Para ello habría que seguir una serie de pasos, entre los que destacan, (i) analizar las estructuras jurídicas existentes, (ii) analizar su compatibilidad, (iii) armonizarlas en la medida de lo posible y (iv) realizar una unificación normativa.

La principal labor de armonización ha de llegar para el régimen de responsabilidad del OTM. Puesto que la mayoría del transporte multimodal se lleva a cabo con la mercancía en contenedores, es difícil identificar el modo de transporte en el que se produjo el daño, por ello es urgente unificar el régimen de responsabilidad de los distintos modos, ya que de lo contrario, las partes tenderán siempre a intentar justificar que el daño se ha producido en otro modo distinto.

Para que disminuyan los costes del transporte es necesario que aumente la operativa y la eficiencia, que se reduzcan los tiempos de espera de las mercancías en distintas terminales;

---

[70] Basado en la culpa o no, con sus correspondientes excepciones, las cuales estarían mejor contempladas en una única clausula general de excepción.

[71] Quizá sea el asunto que más contienda legal provoca, puesto que se expresa de una manera dineraria en todas y cada una de las regulaciones, pero las cantidades varían sustancialmente de unas a otras. Por ello podría ser interesante la compensación por el total de la pérdida o daño, siempre y cuando este régimen no fuera de aplicación obligatoria.

[72] Regulación del multimodalismo e identificación del sistema de red con un beneficio a las mercancías.

[73] El orden jurídico es principalmente de índole nacional (principio de soberanía), pero las relaciones que se desprenden de los actos jurídicos trascienden las fronteras de los estados.

esto provocaría una reducción en la contaminación y congestión producida por la actividad del transporte y aumentaría la rapidez de las operaciones de transporte como consecuencia de la reducción de la distancia recorrida por unidad de tiempo.

Otra recomendación beneficiosa consistiría en que el exportador pueda cobrar su carta de crédito mediante la presentación en una entidad bancaria del DTM tras embarcar los bienes en el primer tramo del transporte (normalmente un camión); ya que en la actualidad se ha de esperar a que la mercancía se encuentre a bordo del correspondiente buque o avión para que el recibo de carga sea emitido.

La posibilidad de limitar la responsabilidad del transportista por unidad de peso, o bien un acuerdo entre las partes para limitar la responsabilidad en función del valor del flete; conocida en EEUU como enmienda *Carmack.*

Proceder a la desregulación del tráfico de contenedores, sobre todo en lo referente a las restricciones a la libre circulación y permanencia de contenedores con matrícula extranjera en países distintos al de origen.

Reducir los impuestos que gravan el transporte reduciendo el tratamiento asimétrico que se da a los impuestos según el modo de transporte que graven; reducir los impuestos que gravan los combustibles y moderar los peajes.

Con un marco regulatorio único el mercado del transporte sería más transparente, la competencia más intensa y se reducirían las comisiones y las primas de seguro. Para que esto sea posible se recomienda (i) incluir los “servicios conexos o complementarios del transporte” dentro de la definición del contrato de transporte multimodal, puesto que la contratación multimodal extiende sus efectos, no sólo a aquellos que la celebran, sino también a una serie de sujetos que se encuentran vinculados a las obligaciones que del contrato resultan; (ii) restringir la capacidad para actuar como OTM a las personas jurídicas debido a la complejidad de la actividad, su organización y la necesaria solidez patrimonial; (iii) considerar, como regla general, mercancía a los medios de unitarización de la carga tales como contenedores, paletas o cualquier otro elemento de transporte; (iv) eliminar la obligación de la declaración de interés en la entrega por parte del expedidor y que el OTM sea responsable por el retraso en la entrega, contando para ello con las mismas causas de exoneración que en los supuestos de pérdida o daño; (v) matizar o eliminar las clausulas de exoneración en materia de navegación marítima dentro de un transporte multimodal; (vi) eliminar la aplicación del sistema de red modificado o *modified network system* ya que propicia diferencias entre las indemnizaciones correspondientes al transporte multimodal y unimodal, haciendo que, en cierta medida, el multimodalismo pierda sus ventajas; (vii) permitir a las partes que puedan acordar, tras sobrevenir el hecho dañoso, someter la controversia a métodos alternativos de resolución de

conflictos; (viii) establecer un régimen general de prescripción de doce meses y (ix) someter la inscripción del OTM en un determinado registro a una renovación obligatoria cada cinco años.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE CONTINUADO[1]

Raquel Amandi Rendueles

Becaria FPU de la Universidad de Oviedo

Área de Derecho Mercantil

RESUMEN

El contrato de transporte continuado se tipifica por primera vez en el ordenamiento jurídico español por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías, coincidiendo con la proliferación de relaciones contractuales estables y duraderas entre los empresarios del sector. Se trata de un subtipo de contrato de transporte en el que la obligación del porteador va a recaer sobre una pluralidad de envíos sucesivos en el tiempo.

Su principal característica es la duración del vínculo contractual, en la medida en que la celebración de este tipo de contratos responde a la satisfacción de una necesidad estable y duradera de transporte, frente al traslado de una única remesa de los contratos-viaje. Como consecuencia de esa necesidad estable de transporte, el porteador se va a convertir en un colaborador del empresario cargador, estableciéndose entre ellos una relación duradera con cierta vocación de permanencia y basada en la confianza mutua.

Palabras clave: contrato de transporte; contrato de transporte continuado; concepto y requisitos; envíos y expediciones de transporte; relaciones de colaboración estable en materia de transporte.

1. CONCEPTO LEGAL Y TIPIFICACIÓN

El contrato de transporte continuado se tipifica por primera vez en el ordenamiento jurídico español por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías. De acuerdo con esta regulación, se entiende por contrato de transporte continuado aquel en virtud del cual *"el porteador se obliga frente a un mismo cargador a realizar una pluralidad de envíos de forma sucesiva en el tiempo*", siendo posible que el *"número, frecuencia, características y destino de los envíos (puedan) determinarse en el momento de contratar o antes de su inicio"* (art. 8 LCTTM).

Previamente a esta Ley, aunque la figura ya era utilizada en la práctica del sector, no existía ninguna referencia legal a ella. Esta laguna se explica en buena parte por la obsolescencia de la regulación del contrato de transporte terrestre que, hasta la promulgación de la Ley 15/2009, seguía rigiéndose por el Código de Comercio de 1885[2].

---

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación "El nuevo Derecho de la contratación de los transportes terrestres y la reforma de la legislación en materia de seguro" (Ref. DER 2011-28894), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

[2] Sí que existía, en cambio, una referencia a estos tipos de contratos en las anteriores condiciones generales de la contratación del transporte de mercancías por carretera, aprobadas por la Orden Ministerial de 25 de abril de 1997. Al delimitar la figura, estas condiciones generales aludían a las relaciones continuadas de transporte, definiéndolas como las existentes "*entre un mismo cargador y un mismo porteador mediante un único contrato de carácter general y eficacia prolongada en el tiempo*", teniendo por objeto una pluralidad de envíos. Por lo demás, la Orden se limitaba a establecer su aplicación a cada envío por separado, como si de contratos distintos se tratase (Condición 1.7 de los

Una de las grandes novedades introducidas por la Ley 15/2009 es precisamente la consideración del contrato de transporte como una relación que no necesariamente recae sobre una única expedición y que, en ocasiones, puede dar lugar a una serie de envíos (art. 7.3 LCTTM). Esta concepción amplia del contrato de transporte va a suponer el reconocimiento de la figura del contrato de transporte continuado[3].

No obstante, se trata de una tipificación incompleta pues, como admite el propio Preámbulo de la Ley, la regulación del contrato de transporte sigue girando en torno a los llamados contratos-viaje y sólo se dedican algunos artículos a las peculiaridades del contrato de transporte continuado. En concreto, la Ley 15/2009 se ha limitado a definir la figura del contrato de transporte continuado (art. 8) y a regular su formalización (art. 16), la revisión del precio estipulado en caso de variación del coste del combustible (art. 38), los plazos de cumplimiento de la obligación de pago del precio y otros gastos del transporte (art. 39) y la extinción del contrato (art. 43).

Tras la promulgación de la Ley 15/2009 son varias las normas que han visto la luz teniendo ya en cuenta la figura del contrato de transporte continuado. La primera de ellas fue la Orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera[4]. Y, más recientemente, la Orden FOM/2861/2012, de 13 de diciembre, por la que se regula el documento de control administrativo exigible para la realización de transporte público de mercancías por carretera[5].

Anexos A y B). Incorporaba, asimismo, en el Anexo C un modelo de "*contrato mercantil de transporte de mercancías de duración continuada*". Sin embargo, aunque el contenido contractual establecido por este modelo sí podría considerarse un contrato de transporte continuado, su clausulado no puede identificarse con el concepto amplio de la figura que luego ha mantenido la Ley 15/2009.

[3] A partir de ahora, este contrato se convierte en una figura contractual típica, lo que implica, de un lado, la descripción jurídica del tipo y, de otro, la atribución de una regulación específica. La tipificación del contrato va a implicar que se deje de dudar sobre su existencia, pues al ser reconocido por la Ley se le dota de legitimidad jurídica (*vid.* M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 27 y ss.). Además, al ser regulado por la Ley 15/2009, el legislador está fijando su naturaleza jurídica, como contrato de transporte. De manera que si los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC), se aclara así también el régimen legal de estas relaciones estables que hasta ahora, a falta de contrato escrito que expresamente estipulase su duración, acababan articulándose en forma de sucesivos contratos de transporte.

[4] Esta Orden contiene las nuevas Condiciones Generales de la Contratación, en sustitución de las aprobadas por la Orden de 25 de abril de 1997, que ya habían quedado desfasadas, tanto por la evolución del sector como por la nueva regulación del contrato de transporte introducida por la Ley 15/2009. Esta Ley, si bien había mantenido la vigencia de las anteriores condiciones generales –en lo que no se opusieran a lo dispuesto en ella– ya preveía su adaptación a la nueva normativa disponiendo al efecto el plazo de doce meses desde su entrada en vigor, al tiempo que habilitaba al Ministro de Fomento para aprobar nuevas Condiciones (Disposición final tercera).

[5] La Orden FOM/2861/2012, de 13 de diciembre (BOE de 5 de enero de 2013) establece la obligatoriedad de emisión de un documento de control, con un contenido específico, para el transporte público de mercancías por carretera, pudiendo considerarse como tal la propia carta de porte siempre que incluya los datos exigidos por la Orden. Al regular el funcionamiento de estos documentos de control, la Orden prevé la existencia de contratos de transporte continuado y se ocupa de la forma en que se emitirán dichos documentos de control.

2. MANIFESTACIONES DE LA FIGURA

A pesar de que la tipificación de la figura se lleve a cabo en una Ley relativa al transporte terrestre de mercancías, esto no significa que sólo existan relaciones estables de transporte en este sector. De hecho, la definición de la Ley 15/2009 es perfectamente extensible a cualquier modo de transporte, y ya sea para el traslado de personas o de mercancías. En la práctica contractual, nos encontramos con contratos de transporte que reciben denominaciones diversas y que tienen características propias, en función sobre todo del medio de transporte y de la finalidad a la que responden, pero cuyo denominador común es la prolongación de la vigencia del contrato más allá de un único viaje.

La ausencia de tipificación, aunque negativa por la incertidumbre jurídica que genera, ha contribuido a la aparición en el mercado de esa diversidad de contratos de transporte continuado. La autonomía de la voluntad, al no existir una normativa reguladora del contrato de transporte, más allá del Código de Comercio de 1885 – que por otro lado tiene carácter dispositivo –, se ha desplegado como fuente creadora de derechos y obligaciones, sin más límites que las escasas normas imperativas de ordenación y las exigencias del mercado. Esto ha supuesto que hayan sido las partes quienes, tomando como base los tradicionales contratos-viaje previstos en el Código, han ido adaptando su operatoria a las nuevas condiciones económicas y a los avances tecnológicos propios del transporte moderno[6], disponiendo las estipulaciones aplicables a la contratación de sus relaciones estables de transporte[7].

En el Derecho marítimo encontramos múltiples ejemplos de contratos en los que la duración se convierte en un elemento esencial de la relación de transporte. Es el caso de los contratos de *time charter*, de los denominados contratos de volumen o de los fletamentos por viajes consecutivos.

---

[6] Ya a raíz del transporte combinado, SÁNCHEZ ANDRÉS advierte la dificultad de aunar la unidad económica del servicio con los mecanismos contractuales disponibles y, es que "la disciplina de cada tipo de transporte no siempre es fácil de compatibilizar con esa noción clásica del transporte como negocio del que nace una obligación de resultado" (*vid*. A. SÁNCHEZ ANDRÉS, El transporte combinado de mercancías", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 135-136, 1975, pp. 49-89).

[7] Por su parte la doctrina ya se pronunció sobre la existencia de estos contratos con anterioridad a la promulgación de la Ley 15/2009. Así, por ejemplo, PILOÑETA contempla la figura del contrato de transporte continuado como una forma evolucionada de contratación del transporte, que da lugar a una relación estable y duradera, pero que se sitúa dentro del "concepto genérico de contrato de transporte". A su juicio, en la medida en que las obligaciones de transporte y custodia persisten para el porteador y la del pago del precio para el cargador, "el contrato no será distinto por el hecho de que el porteador o transportista se comprometa a trasladar de lugar mercancías o personas en expediciones sucesivas, ni por el hecho de que la vigencia de la obligación de transportar se prolongue durante un periodo más o menos amplio de tiempo" De hecho, "el compromiso de trasladar cosas o personas asumido por el porteador en virtud de un contrato de transporte puede concretarse en una sola expedición o en una serie sucesiva de ellas, según el carácter unitario o continuado que las partes hayan querido darle y sin que por ello se desvirtúe la naturaleza jurídica del contrato" (*vid*. L.M. PILOÑETA ALONSO, "El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, octubre-diciembre, 2006, pp. 1401-1438; y, con leves modificaciones, también en *Actas del II Congreso Internacional Transporte: Aspectos jurídicos y económicos del transporte. Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente* (Dirs. Fernando Martínez Sanz y Mª Victoria Petit Lavall), tomo I, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2007, pp. 734-767).

Igualmente en el transporte de viajeros y particularmente en el ámbito terrestre, existen contratos de transporte continuado que nos pasan totalmente desapercibidos, pero que cumplen todos los requisitos de la figura, como es el caso del transporte escolar[8], los transportes que una empresa contrata para que sus trabajadores sean trasladados al y desde el centro de trabajo[9], los contratos de abono o abonos de temporada[10] de los transportes regulares mediante autobús, metro, tranvía, ferrocarril o combinando varios de ellos.

Centrándonos ahora en el transporte terrestre de mercancías y más concretamente en el transporte por carretera, observamos que, del tradicional contrato para un único envío, se ha pasado muchas veces a la celebración de contratos en los que la prestación del porteador se proyecta sucesivamente sobre varias expediciones, en orden al traslado de una determinada cantidad de mercancías o, incluso, dando lugar al nacimiento de relaciones duraderas de transporte. De la misma manera, para la satisfacción de ciertas necesidades complejas, que los contratos tradicionales de transporte eran incapaces de cubrir, se ha recurrido a la utilización de nuevas figuras contractuales que han adquirido entidad propia, hasta ser finalmente tomadas en consideración por la Ley 15/2009, como son los contratos de mudanza, de logística o de transporte continuado.

Como producto de la contratación mercantil que es, el transporte continuado ha recibido diversas denominaciones e incluso ha llegado a presentarse bajo la apariencia de múltiples contratos-viaje. Las obligaciones de las partes se configuran también de manera distinta en función de las necesidades concretas a satisfacer, pero en todos los casos bajo el denominador común de la pluralidad de expediciones sucesivas y la estabilidad de la relación contractual.

Ahora bien, la continuidad de las relaciones de transporte no siempre se manifiesta del mismo modo ni adopta la misma configuración. Desde la perspectiva jurídica, el contrato de

---

[8] Aquí existe un único contrato que se celebra para cubrir las necesidades de transporte durante todo el curso académico con sus correspondientes fiestas y vacaciones e incluyendo viajes de ida y vuelta diarios en función del tipo de jornada (partida o continua), a cambio de una contraprestación a satisfacer periódicamente.

[9] En estos casos, el empleador celebra con la empresa transportista un contrato de transporte a favor de los trabajadores. La prestación de transporte, al igual que en el supuesto del autobús escolar, abarcará una serie de expediciones diarias de ida y vuelta entre un punto o puntos determinados y el centro de trabajo, durante el periodo de tiempo que las partes acuerden.

[10] Esta figura es conocida y utilizada en todos los países de nuestro entorno desde hace mucho tiempo. ASQUINI lo define como aquel contrato en el que el porteador se obliga "a una serie determinada de prestaciones de transporte a realizarse periódicamente, por tiempo fijo o a petición del cargador, dentro de un término establecido, contra una determinada compensación, determinada o bien a medida, sobre la base de los recorridos realizados, o bien por tiempo, según la duración del abono". En su opinión, estos contratos se distinguen de los contratos de transporte comunes por la forma en que se determina la prestación; en concreto, se caracterizan por la pluralidad de prestaciones de transporte realizadas de forma periódica [*vid.* A. ASQUINI, *Del contrato de transporte*, vol. I (traducción de Viterbo y Sentís Melendo), en *Derecho Comercial* (Bolaffio, Rocco, Vivante), Ediar Editores, Buenos Aires, 1949, pp. 195-198].

Actualmente, estos contratos de abono suelen tener por objeto el desplazamiento del pasajero dentro de una zona y durante un periodo de tiempo determinado, que puede oscilar entre una semana, un mes e incluso un año, con independencia del número de viajes, mediante el pago de un precio a tanto alzado. En la misma línea, para RODIÈRE "L'abonnement donne au voyageur l'accès aux voitures du transporteur et le droit d'effectuer autant de voyages qu'il le veut dans le cadre chronologique et géographique de son contrat" (*vid*. R. RODIERE, *Droit des transports. Transports terrestres et aériens*, Sirey, París, 1977, pp. 734 y ss.).

transporte continuado contribuye a dar respuesta a las necesidades de transporte permanentes o estables, pero puede presentar especialidades según su función económica concreta y la posición de los sujetos contratantes.

En este sentido y por lo que respecta al transporte de mercancías, cabe destacar tres tipos de operaciones de transporte continuado. De un lado, la que se establece entre el cargador habitual que contrata a un porteador para satisfacer las necesidades de transporte derivadas de su actividad. De otro, la del empresario de transportes que recurre a la subcontratación de otro u otros porteadores para la ejecución de sus prestaciones de transporte. Y, por último, los denominados pactos de servicio combinado o corresponsalía que dan lugar al establecimiento de relaciones de colaboración asociativa entre empresarios de transporte[11].

3. PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE CONTINUADO

Si partimos de su definición legal, la primera nota característica de los contratos de transporte continuado es precisamente la continuidad y la estabilidad del vínculo jurídico establecido entre el cargador y el porteador, que servirá de marco a la ejecución sucesiva de una pluralidad de envíos que conforman el objeto del contrato. El contrato de transporte continuado se distingue así del contrato de transporte tradicional, concebido para la realización de un único envío y en el que la prestación del porteador recae sobre una remesa de mercancías (contrato-viaje).

La propia Ley 15/2009 concibe el contrato de transporte de mercancías en general como "*aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato"* (art. 2.1 LCTTM).

De acuerdo con la Ley, la prestación de transportar recae sobre mercancías agrupadas en "bultos" y formando "envíos o remesas". Se denomina bulto a "*cada unidad material de carga diferenciada…objeto de transporte, con independencia de su volumen, dimensiones y contenido*" (art. 7.1 LCTTM). Mientras que envíos o remesas son las mercancías que el porteador recibe del cargador para su transporte y entrega a un único destinatario, desde un único lugar de carga y a un único lugar de destino (art. 7.2 LCTTM). Para afirmar seguidamente la posibilidad de que el objeto del contrato de transporte abarque tanto un único envío como una pluralidad de ellos (art. 7.3 LCTTM).

[11] En virtud de los pactos de corresponsalía, se establecen acuerdos de colaboración entre varios empresarios de transportes dirigidos a la ejecución conjunta de operaciones de transporte, con o sin subcontratación. En estos supuestos existe una relación duradera entre empresarios en el marco de la cual se llevan a cabo conjuntamente transportes de forma sucesiva en el tiempo, pero la naturaleza asociativa de estos pactos y la complejidad de su contenido no permite calificarlos sin más como contratos de transporte continuado en sentido estricto. La función económica de estos contratos es la organización de redes o cadenas estables de transporte, mediante el establecimiento de relaciones inter-empresariales de carácter asociativo, en cuya virtud no sólo se asumen obligaciones de transporte sino que se reparten riesgos y beneficios.

Es cierto que estas relaciones en ocasiones podrán encajarse dentro del concepto de subtransporte, pero no será lo habitual, pues el vínculo entre ambos empresarios va más allá de la simple subcontratación de una obligación de transporte previamente asumida. La obligación de transporte se configura como una más del contrato, lo que impedirá la aplicación de las reglas del contrato de transporte continuado al conjunto de la relación, pero al igual que ocurre con los contratos de logística (art. 9 LCTTM), por analogía, sus reglas serán de aplicación a esa obligación de transportar estable y duradera.

Ambas definiciones aluden a los sujetos contratantes (porteador y cargador) y se fijan en las principales obligaciones contractuales que asumen: traslado y entrega en destino de las mercancías, por lo que respecta al porteador; y pago del precio y demás gastos del transporte, por parte del cargador. Como vemos, tanto los sujetos como sus obligaciones principales coinciden; y la definición del contrato de transporte (art. 2) engloba perfectamente a los contratos de transporte continuado. Por tanto, como primera conclusión, entiendo que el contrato de transporte continuado es un subtipo de contrato de transporte.

En virtud del contrato de transporte continuado, el cargador contrata con un porteador, a cambio de un precio, el traslado y la entrega al destinatario de unas mercancías; pero el objeto del contrato no se limitará a un solo viaje ni recaerá sobre una única remesa, sino que se extenderá a una pluralidad de envíos sucesivos en el tiempo. Al propio tiempo y en contraprestación, el cargador se obliga a abonar el precio y los gastos de estas operaciones, de conformidad con lo estipulado en el contrato, quedando su posición marcada también por la especial configuración de las prestaciones sucesivas de transporte asumidas por el porteador.

A) Pluralidad de envíos o expediciones.

El contrato de transporte continuado tiene por objeto la obligación a cargo del porteador de llevar a cabo una pluralidad de envíos o expediciones. Su diferencia, por tanto, con el contrato de transporte tradicional no reside en la obligación de transportar, sino en el objeto de esa obligación, es decir, en la prestación de transporte que en vez de única será múltiple[12].

La admisión de la figura choca con la tradicional asimilación de la obligación de transportar con la prestación de transporte de un determinado envío o remesa[13]. Ello ha llevado a considerar que cada expedición realizada equivale a una obligación de transporte y cada obligación deriva de un contrato distinto. De este modo, cuando nos encontramos ante la contratación de una pluralidad de envíos entre un mismo cargador y un mismo porteador, se ha sostenido que existe también una pluralidad de contratos de transporte. Estos argumentos han

[12] En este sentido, JUAN Y MATEU distingue el contrato de transporte y el contrato de transporte continuado entendiendo que "en el primer caso , el porteador se obliga a realizar una única prestación de transporte, mientras que en el segundo se compromete a realizar una serie repetida o periódica de prestaciones de transporte, durante un periodo de tiempo" (*vid*. F. JUAN Y MATEU, "El contrato de transporte continuado", en *Revista de Derecho del Transporte: terrestre, aéreo, marítimo y multimodal*, núm. 2, 2009, pp. 15-34; también, con leves modificaciones, en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre* (Dirs. Justino F. Duque Domínguez y Fernando Martínez Sanz), Navarra, 2010, pp. 119-130; y en *Revista de Derecho del Transporte: terrestre, aéreo, marítimo y multimodal*, núm. 6, 2010, pp. 61-79).

[13] Un ejemplo claro de esa asimilación entre contrato de transporte y envío lo observamos en las Condiciones generales de 1997 que declaran su aplicación de forma individualizada a cada uno de los sucesivos envíos que se ejecuten en los supuestos de relaciones continuadas.

De hecho, así lo venía reconociendo la escasa jurisprudencia existente (es muy ejemplificativa la STAP Madrid de 3 de octubre de 1995, en la que a pesar de que la demandada expresamente reconoce que se celebraban operaciones de transporte en las que dicha empresa era la porteadora con carácter habitual y sucesivo, la Audiencia entiende que: *"No nos encontramos ante un solo contrato mercantil de transporte de mercancías … El dato de que los contratos de transporte entre el demandante y el demandado adquiriesen un carácter de cierta habitualidad, no desvirtúa la verdadera naturaleza de cada contrato particular e individual, ni crea para el cargador una obligación suplementaria además de la específica asumida en cada uno de esos negocios jurídicos"*.

llevado a negar la existencia de contratos de transporte continuado o a dudar de su existencia[14].

La obligación es la relación jurídica que confiere a uno o varios sujetos el derecho a exigir a otro u otros el cumplimiento de una determinada prestación, o lo que es lo mismo, la ejecución de un acto o una serie de ellos. De acuerdo entonces con la estructura de estos vínculos[15], en la obligación de transportar mercancías los sujetos son, de un lado, el cargador o destinatario, según el caso (en tanto que acreedor), y, de otro, el porteador o deudor del transporte. El objeto de esta obligación no es otro que la prestación de transporte, cuyo contenido[16] es, conforme a la Ley 15/2009, el traslado indemne desde el lugar de origen hasta el de destino de uno o varios envíos o remesas de mercancía y su entrega al destinatario.

Pues bien, tratándose de un contrato de transporte continuado, el contenido de la obligación de transporte no recae sobre un único envío sino que comprenderá una pluralidad de ellos, que el porteador se compromete a transportar a lo largo del periodo de vigencia de la relación. Cada expedición constituye una prestación independiente[17] que integra el objeto de la obligación. El deudor asumirá, de este modo, la realización de múltiples prestaciones de transporte, en el marco de la obligación contractual de transportar. El contenido de esta obligación será múltiple en cuanto a su objeto, pero dará lugar a un único vínculo[18]. Igualmente,

---

[14] Así, JUAN Y MATEU considera que si bien desde un punto de vista teórico se distinguen claramente los contratos de transporte continuado de aquellos en los que un cargador celebra con un mismo porteador una pluralidad de contratos de transporte en función de sus necesidades de transporte, o también de los contratos-marco de transporte – estos contratos van a fijar las condiciones a las que se someterán los futuros contratos de transporte celebrados entre el cargador y el porteador, pero sin obligar a la celebración de los mismos –, en la práctica, esta opción existe en la realidad del tráfico y es más difícil deslindar ambas, sobre todo al tratarse de contratos verbales en la mayoría de los casos (*vid*. F. JUAN Y MATEU, "El contrato de transporte continuado", *op. cit*. pp. 64 y ss.)

[15] *Vid*. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general*, 16ª ed., Reus, Madrid, 1992, pp. 67.

[16] En palabras de CASTÁN, "las cosas y los servicios no son objeto de la obligación, sino contenido de la prestación u objeto mediato de aquélla; la prueba es que pueden desaparecer y, sin embargo, subsistir la obligación" (*vid*. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general*, *op. cit*., pp. 50 y 51). De hecho, como nos dice MESSINEO, para la existencia de una prestación no es necesario un contrato, pues la obligación puede generarse además como consecuencia de una promesa unilateral, de una estipulación legal o de actos y omisiones ilícitos –art. 1089 CC–, sin perjuicio de que "el objeto de la obligación y el objeto del contrato puedan a veces ser una sola y misma entidad" [*vid.* F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, tomo I, 3ª ed. (traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 149].

[17] En las obligaciones múltiples nos encontramos con comportamientos diferentes, cada uno de ellos con la misma importancia económica en cuanto a la satisfacción del interés y de cara al cumplimiento de la obligación (*vid*. L. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 314 y ss.). Esto mismo ocurre con las distintas expediciones en los contratos de transporte continuado, en los que la ejecución de cada viaje implica el cumplimiento parcial de la obligación de transporte.

[18] Ya a raíz de los contratos de tracto sucesivo MESSINEO se pronunciaba en contra de algunas tesis que identificaban prestación con obligación. Para este autor no cabe afirmar que en los contratos de ejecución periódica – como lo es el de transporte continuado, como veremos más adelante – existen una pluralidad de obligaciones que surgen cada vez que se efectúa una ejecución. El argumento para rechazar

si lo que varía no es el vínculo obligacional sino el contenido concreto de la prestación, la fuente de esa obligación será también un único contrato[19].

En el contrato de transporte continuado existe, por tanto, una única obligación de transportar cuyo objeto será una pluralidad de operaciones de transporte, que el deudor se compromete a ejecutar a cambio del pago de un precio. Existe entonces un único contrato (documentado por escrito o no), en cuya virtud el porteador asume la obligación de transportar mercancías o personas desde el momento mismo de su perfección. Obligación cuyo cumplimiento se traducirá en el traslado de un lugar a otro de múltiples envíos o la ejecución de diversas expediciones de transporte.

B) Sucesión en el tiempo de los envíos.

Ahora bien, para que nos encontremos ante un contrato de transporte continuado es necesario que el contenido de la obligación asumida por el porteador dé lugar al nacimiento de una relación de carácter continuado o estable, para lo que se requiere no sólo la concurrencia de múltiples envíos o expediciones sino también que su ejecución se lleve a cabo de forma sucesiva en el tiempo.

En general, todo contrato de transporte da lugar a una relación de tracto sucesivo porque la obligación de transportar no es de ejecución instantánea y su cumplimiento se prolonga a lo largo de un lapso mayor o menor de tiempo Pero en el contrato de transporte continuado surge un vínculo de colaboración estable entre el cargador y el porteador porque, además de tratarse de una obligación múltiple, las distintas prestaciones que constituyen su objeto se ejecutan de forma sucesiva en el tiempo[20].

El contrato de transporte continuado se configura como un contrato de tracto sucesivo donde la ejecución de las prestaciones se lleva a cabo de forma reiterada o repetida[21]; y reflejo

---

estas hipótesis es precisamente el hecho de que para que existan una pluralidad de obligaciones con una pluralidad de causas deberían existir también una pluralidad de contratos, pues no cabe en un mismo contrato la existencia de múltiples causas idénticas [*vid*. F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, *op. cit*., pp. 431 y ss.].

[19] A raíz del contrato de suministro pero perfectamente aplicable al contrato de transporte continuado, GARRIGUES entendía que la razón de ser de este contrato estaba "*en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna, que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese la necesidad*" (*vid*. J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, vol. 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, pp. 418 y ss.)

[20] En los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica la distribución de la ejecución en el tiempo constituye la peculiaridad del contrato, su elemento esencial. La ejecución continuada no implica que la prestación se difiera en el tiempo sino que se repita o distribuya en él. Esta clasificación de las obligaciones se predicará también de los contratos que las generan, si bien son las obligaciones las que serán de tracto único o sucesivo (*vid*. G. OPPO, "I contratti di duratta", en Rivista di Diritto Commerciale, 1943, I, pp. 144 y ss).

[21] Los contratos de tracto sucesivo o continuo se subdividen a su vez en dos categorías según la prestación (objeto de la obligación) se ejecute de forma repetida – ya sea en fechas establecidas previamente o a demanda de una de las partes – o continua y sin interrupción – como es el caso de los contratos de arrendamiento, de depósito o de ciertos suministros como el de electricidad, agua, etc. (v*id*. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, t. III , op. cit., p.186 y 582; asimismo F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, *op. cit*., pp. 427 y ss.).

de ello es que la obligación de transportar va a consistir en la realización de una serie sucesiva de envíos o expediciones; circunstancia esta esencial para la determinación del concepto[22].

La Ley 15/2009 permite, por lo demás, que el contenido concreto de la obligación pueda fijarse de antemano o bien a posteriori en función de las necesidades de transporte del cargador (art. 8.2 LCTTM). Al igual que sucede en el contrato de suministro, el cargador demanda la prestación de servicios continuados de transporte porque la suya es una necesidad económica estable, que se repite de forma periódica. Esa necesidad duradera se va a concretar en determinadas expediciones durante la vigencia del contrato, dando lugar a las diversas prestaciones de transporte a cargo del porteador. Pero el fin último del contrato y su función económica es el traslado sucesivo de mercancías o personas de un lugar a otro, que permanecerá y volverá a materializarse nuevamente[23], y para cuya satisfacción no basta la contratación de operaciones aisladas de transporte sino que se precisa el establecimiento de una relación continuada que garantice de antemano al cargador o contratante la realización de las expediciones y el traslado de sus envíos, durante todo el periodo de vigencia del contrato.

C) Duración y estabilidad del contrato

La nota más característica del contrato de transporte continuado y la que precisamente lo diferencia del contrato de transporte ordinario es la prolongación en el tiempo y la estabilidad de la relación entre las partes o lo que es lo mismo el vínculo continuado que se crea entre ellos y que da nombre al propio contrato[24]. Para que exista un contrato de transporte continuado será, por tanto, necesario que concurran simultáneamente las tres características mencionadas: descomposición de la obligación de transportar en una pluralidad de prestaciones de transporte, ejecución sucesiva en el tiempo de tales prestaciones y establecimiento de un vínculo contractual de carácter duradero y estable.

En este sentido, no puede considerarse continuado el transporte por el que el porteador se obliga a transportar una cantidad determinada de mercancías, con el mismo o diverso destino, cuando su ejecución deba realizarse por medio de varios viajes, puesto que el transporte, aunque se prolonga en el tiempo, no implica una vinculación duradera y estable entre cargador y porteador.

---

[22] Precisamente la nota que diferencia a la compraventa con entrega fraccionada del contrato de suministro es que en el suministro existen una pluralidad de prestaciones autónomas pero ligadas entre sí, de manera que el interés que las partes buscan satisfacer con la celebración del contrato no reside en la suma de las prestaciones, sino en su reiteración a lo largo del tiempo (*vid.* J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, *op. cit*., pp. 417); y, por analogía, en esto se distinguirán también el contrato de transporte tradicional que abarca más de un envío del contrato de transporte continuado.

[23] En los contratos de duración el tiempo incide en la cantidad de la prestación, de manera que la obligación no se cumplirá mientras que el interés perdure, y la ejecución de las prestaciones supondrá la satisfacción de ese interés pero sólo por un periodo de tiempo (v*id*. G. OPPO, "I contratti di durata*", op. cit*., pp.. 237 y ss.; y entre nosotros, a raíz del contrato de suministro, a L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro. El incumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 22 y ss).

[24] Si atendemos a la clasificación de los contratos de suministro, la denominación de "contrato de transporte continuado" no encaja con la concepción del "suministro continuado" – donde la prestación se ejecuta sin interrupción – en cuanto a la forma de ejecución de la prestación.

La denominación va a responder al carácter estable y duradero del vínculo contractual establecido, que basado en la confianza mutua de las partes genera una relación continuada y de colaboración interempresarial. Es decir, el legislador al denominar el contrato está pensando en el vínculo jurídico – como elemento de la obligación – que liga a las partes, más allá de la configuración del objeto de la obligación – esto es la prestación –.

La duración o vigencia temporal del contrato de transporte continuado viene expresamente regulada por la Ley 15/2009. Como regla general prevalecerá el pacto *inter partes*, pudiendo acordarse la duración determinada o indefinida del contrato, pero también es posible que no se especifique nada, en cuyo caso la Ley entiende que el contrato se celebra por tiempo indefinido (art. 43.1 LCTTM). Dentro de este margen concedido a la autonomía de la voluntad, las partes podrán acordar múltiples formas de acotar la duración del contrato, sin que por ello dejen de ser contratos de transporte continuado.

Cuando el contrato tenga carácter indefinido – ya sea porque así se haya pactado o por aplicación subsidiaria de la Ley – cualquiera de las partes podrá proceder unilateralmente a su denuncia, poniendo fin a la relación, de buena fe y con un plazo de antelación razonable, que la Ley fija inicialmente en un mínimo de treinta días naturales (art. 43.2 LCTTM).

Ahora bien, más allá del elemento temporal, que la obligación de transporte dé lugar a la ejecución de una pluralidad de expediciones sucesivamente en el tiempo es, a la vez, el origen y la consecuencia del carácter estable de este tipo de relaciones jurídicas de transporte, así como de la prolongación de su vigencia en el tiempo. Ejecución de forma sucesiva significa aquí estabilidad y continuidad de la relación de transporte, convirtiendo al porteador en un colaborador estable del cargador y en un eslabón de la operatoria empresarial de éste.

La configuración del contrato de transporte continuado como un contrato de colaboración entre empresarios incide directamente en su configuración como un contrato basado en la confianza mutua. El hecho de que se trate de una relación prolongada entre empresarios hace imprescindible la confianza entre ambas partes. Esta nota fiduciaria va modular el contenido de los derechos y obligaciones contractuales de las partes. El mantenimiento del vínculo fiduciario afectará además a la pervivencia misma del vínculo contractual, en la medida en que la ruptura de la confianza constituirá un punto de inflexión en la relación y será la primera causa de denuncia unilateral de estos contratos.

A modo de conclusión, podríamos decir que la función económica del contrato de transporte continuado es la satisfacción de una necesidad duradera y estable de transporte, frente a lo que sucede en los transportes que dan lugar a una única expedición o contratos-viaje[25]. De ahí que sus principales características – o, si se prefiere, requisitos – sean, de un lado, la ejecución de la obligación de transportar mediante una pluralidad de prestaciones sucesivas de transporte; y, de otro, el carácter estable y duradero del vínculo contractual, que es consecuencia directa de la prolongación en el tiempo de la ejecución de aquellas prestaciones y se basa en la confianza mutua de las partes, convirtiendo al porteador en un colaborador habitual del cargador o contratante del transporte.

[25] GARRIGUES, a raíz del contrato de "venta por suministro", entiende que la nota esencial del contrato es la continuidad o periodicidad – según los casos –, que es precisamente lo que los contrapone a los contratos de ejecución instantánea. De manera que la utilidad para el contratante – y con ella su causa – reside en que el contrato se prolongue en el tiempo y le asegure varias prestaciones o una prestación continua (*vid*. J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, *op. cit*., pp. 414).

MEDIDAS PROFILÁCTICAS PARA EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

PROPHYLACTIC MEASURES FOR ARBITRATION AGREEMENT IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Alba Arcas Ramírez

*Abstrac**

El arbitraje comercial internacional se ha convertido en el principal método de solución de controversias internacionales. Sin embargo, la mayoría de las veces, las partes no aprecian la importancia de redactar adecuadamente la cláusula arbitral hasta que surge la controversia. En estos casos el convenio arbitral puede ser válido pero no eficaz.

Este trabajo considera los problemas relacionados con el contenido del convenio arbitral dentro del marco del arbitraje comercial internacional, proponiendo un conjunto de medidas profilácticas que, observándose en el momento de redactar el acuerdo de arbitraje, aseguren la eficacia del mismo y se anticipen al problema de las cláusulas patológicas.

International commercial arbitration has become a principal method of resolving international disputes. However, most parties to a contract may not appreciate the importance of a properly drafted arbitration clause until they find themselves in a dispute. In these cases, arbitration agreement may be valid but not effective.

This paper considers the problems related to the content of the arbitration agreement within the framework of international commercial arbitration, proposing a set of prophylactic measures, observed at the time of drafting the arbitration agreement, ensure the effectiveness of it and anticipate the problem of pathological clauses.

Palabras clave

Convenio arbitral, redacción, eficacia, medidas profilácticas.

Keywords

Arbitration agreement, drafting, effectiveness, prophylactic measures.

1. INTRODUCCIÓN

El Arbitraje comercial internacional es el mecanismo preferido por los operadores económicos privados para resolver sus controversias transfronterizas[1]. Sin embargo, aunque todos hemos oído hablar de arbitrajes de inversiones como el de Repsol contra el gobierno argentino por la expropiación de YPF, o el de la filial de Abengoa, Befesa, contra el gobierno mejicano, poco o nada sabemos de los arbitrajes comerciales que se llevan a cabo a diario entre empresarios, con ocasión por ejemplo, de un incumplimiento contractual.

Pese a ello, en términos cuantitativos el arbitraje comercial internacional es muy relevante. Efectivamente, los protagonistas del comercio, las grandes empresas, no actúan a nivel local. La gestión de sus intereses les lleva a abrirse a la "internacionalidad", extendiendo sus negocios a nuevos mercados como forma de incrementar sus ingresos, ser más competitivas y diversificar riesgos.

Inmersas en esta actividad supraestatal surgen fricciones. La telaraña de negocios jurídicos celebrados para poder desempeñar su objeto implica el nacimiento de conflictos que deben ser resueltos de forma rápida, neutral y eficaz[2].

Es en este escenario de los negocios internacionales donde el arbitraje comercial internacional se impone como el mejor cauce[3]. Las partes tratan evitar el recurso a la jurisdicción ordinaria por miedo a que el resultado del pleito se decante a favor del litigante que "juega en casa".

---

[1] QUEEN MARY, University of London, *2013 International Arbitration Survey: Corporate Choices in International Arbitration: Industry Perspectives*, p.6. Según esta encuesta, en 2008, un 86% de los interrogados afirmaban que preferían el arbitraje a la jurisdicción ordinaria como mecanismo para resolver sus controversias. En 2006, los datos revelaban que esta proporción era del 73%, por lo que en el transcurso de dos años, la preferencia por el arbitraje aumentó un 13%. En base a estos datos podemos afirmar, que: uno, el arbitraje es el mejor método para resolver una disputa comercial internacional, dos, la tendencia indica que va a ser la solución adoptada en la mayoría de los casos.

[2] Un estudio empírico de las causas por las que las partes optan por el arbitraje internacional para solucionar sus controversias ha señalado como razones más significativas: la neutralidad del foro (esto es tener la capacidad de litigar fuera de los tribunales de la otra parte) y la probabilidad de obtener la ejecución en otro estado distinto al lugar de celebración del arbitraje, en virtud de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras celebrada en Nueva York en 1958. Las referencias del estudio pueden encontrarse en BÜHRING-UHLE, C., «A survey on Arbitration and Settlement in International Bussiness Disputes» en CHRISTOPHER R. DRAHOZAL; RICHARD W. NAIMARK, *Towards a science of International arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, p. 31

[3] Efectivamente, el estudio del arbitraje comercial internacional se circunscribe a la disciplina del Derecho Internacional Privado, como conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas, y dentro de este ámbito, al más específico Derecho de los Negocios Internacionales. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 45 y ss.

Prefieren entonces acudir a un tercero privado que a un juez vinculado a un determinado orden gubernativo[4].

Este propósito, sustraer la controversia del conocimiento del poder judicial, se ve demasiadas veces frustrado por la redacción incorrecta del convenio arbitral.

La actualidad de este problema es evidente, pues son muchos los casos en los que el acuerdo arbitral es válido pero su redacción no es adecuada, conteniendo vicios, errores o ambigüedades que obstaculizan su finalidad principal, excluir la competencia de los jueces y tribunales[5]. Sin embargo, relegaré el estudio de este problema, que la doctrina denomina "cláusulas patológicas del convenio arbitral", a otro momento, por entender que resulta de mayor utilidad anticiparse a un problema que resolverlo [6].

---

[4] *Vid.* REDFERN, A., *Law and practice of international commercial arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2004, p.1; MOSES, M.L., *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p.2.

[5] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Convenio Arbitral: entre la estabilidad y el desatino» en PICAND ALBÓNICO E., *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pg. 709.

[6] El término cláusula patológica fue acuñado por FRÉDÉRIC EISEMANN en 1974 para referirse a un acuerdo arbitral que contuviera un defecto que interrumpiera la consecución adecuada del procedimiento arbitral. *Vid.* EISEMANN, F., «La clause d'arbitrage pathologique», *Essais in Memoris de Eugenio Minoli*, Turín, 1974, pp. 120 y ss.

La doctrina ha esquematizado algunos tipos de cláusulas que en la práctica plantean problemas de aplicabilidad: 1) Cláusulas de arbitraje que designan como ley rectora del procedimiento una normativa derogada, 2) convenio arbitral contradictorio con el reglamento de la institución de arbitraje a la que se refiere la administración del mismo, 3) concurrencia de la sumisión a arbitraje, como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección del foro judicial, 4) Defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, 5) Previsión de excesivos requisitos o calidades de los árbitros, 6) Previsión de excesivos requisitos en el procedimiento o la inclusión de requisitos imposibles de cumplir, 7) Pacto de diversos tipos de arbitraje en contratos íntimamente relacionados.

Delimitar el marco del problema de las cláusulas patológicas exige realizar dos matizaciones.

Uno, el convenio arbitral es válido. No se trata de un convenio arbitral nulo, los elementos esenciales del mismo, que se analizarán en este estudio, concurren, pero la cláusula presenta imperfecciones que pueden, si son graves, provocar que el pacto devenga inaplicable.

Dos, sólo podemos hablar de cláusula patológica si el acuerdo de sumisión a arbitraje es anterior al nacimiento de la controversia. Este límite resulta evidente pues sólo si las partes firmaron un acuerdo arbitral antes de originarse la controversia pudieron cometer errores que hagan dudar sobre su voluntad, de forma que se excluyen los convenios arbitrales celebrados después de nacer la disputa. *Vid.* ARTUCH IRIBERRI, E., «El convenio arbitral defectuoso», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXI, 1995, pp. 415 a 422; VERDERA SERVER, R., *El Convenio Arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 263 a 271; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Convenio Arbitral…, *op.cit.*, pp. 709 y ss.

El presente trabajo busca establecer un método científico que sea utilizado en la práctica de los negocios internacionales a la hora de elaborar el convenio arbitral. Con él se persigue que las partes, al someter una relación jurídica a arbitraje, atiendan a un conjunto de pautas ordenadas gradualmente para asegurar, primero, la validez y, después, la operatividad del convenio. Con este objetivo, se concretarán los caracteres esenciales del convenio arbitral, determinados a partir del Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, en adelante CNY 1958[7].

Fijados los requisitos de validez del acuerdo de arbitraje, y buscando siempre que el arbitraje comercial internacional cumpla su finalidad, obligar a las partes a someter su controversia a los árbitros impidiendo a los jueces entrar a conocer del asunto, se estudiarán otras precisiones que el lector, que pretenda celebrar un convenio arbitral, debe observar para asegurar que el acuerdo sea operativo. Se analizarán aquí elementos que aún no siendo obligatorios deben, en base a la tesis que sostengo, contenerse en el convenio arbitral, clarificando la voluntad de las partes y evitando que en el desarrollo del procedimiento arbitral se necesite el auxilio judicial.

2. BREVE REFERENCIA A LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL.

Debido a la importancia del derecho que se extingue cuando las partes acuerdan el arbitraje, esto es la renuncia a obtener una resolución judicial de la controversia, la cuestión de la validez del arbitraje es crucial.

Así, para afirmar que un arbitraje es válido se deben identificar cuáles son los requisitos esenciales que han de concurrir en el convenio arbitral, lo cual implica un análisis de la normativa aplicable.

Dado que el objeto de estudio de este trabajo es el arbitraje comercial internacional, se analizarán las exigencias contenidas en el CNY 1958, por su relación de primacía sobre la legislación nacional tomada como referencia, a saber, la ley española de arbitraje 60/2003[8].

El CNY 1958, establece en el artículo II.1 los siguientes requisitos: Uno, que se trate de un "acuerdo por escrito"; dos, que las "partes se obliguen" a suscribirlo; tres, que el convenio recaiga sobre "una determinada relación jurídica" y cuatro, que se trate de un "asunto que pueda ser resuelto por arbitraje"[9].

---

[7] Ratificado por España, 29 de abril de 1977. BOE de 11 de Julio de 1977 (BOE-A-1977-15727).

[8] Se sigue así el método de estudio adoptado por VIRGÓS SORIANO, M., «El convenio arbitral…», *loc.cit.*, pp. 13-28.

[9] Artículo II, CNY 1958:

1. *Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*

Por tanto, se considerará en este trabajo que son caracteres esenciales del convenio arbitral: la voluntad de las partes para suscribir el acuerdo, la arbitrabilidad de la materia objeto del convenio, la forma escrita del acuerdo, y la determinación de la relación jurídica sobre la que recaiga.

Únicamente cuando concurran estos presupuestos se podrá afirmar la validez del convenio y consecuentemente, desplegará los efectos que típicamente se le atribuyen: excluir la competencia de los tribunales para conocer del asunto, y atribuir poder a los árbitros para decidir sobre la controversia[10].

3. MEDIDAS PROFILÁCTICAS PARA EL CONVENIO ARBITRAL

Los caracteres enumerados en el epígrafe anterior componen el contenido necesario del convenio arbitral[11]. Por tanto, si no concurren cumulativamente todos ellos el acuerdo de arbitraje no confiere un mandato válido al tribunal arbitral para decidir sobre cualquier controversia que surja en el ámbito de dicho convenio[12].

Ahora bien, además de estos requisitos esenciales hay algunas cuestiones específicas que se deben considerar al elaborar un convenio arbitral. Ciertamente no es aconsejable una cláusula compromisoria que únicamente disponga:

> "Todas las diferencias que surjan de o en relación con el presente contrato serán resueltas mediante arbitraje".

Esta cláusula, pese a ser perfectamente válida en la mayoría de países por cumplir con el mínimo de exigencias establecidas, no es un buen acuerdo de arbitraje. Su uso es desaconsejable por dejar de lado muchos aspectos que podrían finalmente implicar la necesaria intervención de la jurisdicción ordinaria para llenar el vacío dejado por las partes[13].

Por ello, vamos a analizar las medidas profilácticas que pueden incluirse en la cláusula arbitral para facilitar la operatividad del procedimiento de arbitraje, denominándolas, a fin de distinguirlas de los elementos obligatorios, como contenido facultativo del convenio arbitral[14].

---

[10] *Vid.* ARTUCH IRIBERRI E*., El convenio…, op.cit.,* p. 56; VIRGÓS SORIANO, M. «El convenio…», *loc.cit.,* p. 13.

[11] *Vid.* VERDERA SERVER, R. , *El Convenio* …, *op.cit.,* p. 236

[12] Afortunadamente, la mayoría de los jueces y tribunales nacionales entienden, hoy, que el arbitraje es un mecanismo adecuado para resolver disputas comerciales internacionales, y, conforme a esta idea, buscan reconocer eficacia al convenio arbitral siempre que sea posible. Este principio *favor negotii* y el actual posicionamiento de los jueces, evita que la jurisdicción ordinaria busque un alcance reducido del convenio a fin de preservar su intervención. REDFERN, A., *Law and practice*…, *op.cit.,* pp. 152-153.

[13] CAIVANO, R., «Dispute settlement…»,*loc.cit.,* p. 42.

[14] En efecto, al ser el fundamento del arbitraje internacional su carácter consensual, las partes pueden, en gran medida, diseñar la manera en la que el tribunal arbitral va a llevar a cabo el arbitraje. Así, se puede afirmar que no existe una cláusula "modelo" apropiada para todo tipo de relaciones jurídicas, sino que cada cláusula debe ajustarse cuidadosamente a las exigencias de la situación determinada, teniendo en

Correcta determinación del tipo de arbitraje elegido, institucional o ad hoc, como solución a la patología de incorrecta designación de la institución.

La primera decisión que deben tomar las partes es la clase de arbitraje al que desean someterse. En efecto, quien acude a arbitraje puede decidir: acceder al arbitraje institucional o acceder al arbitraje "ad hoc".

El arbitraje institucional como su nombre indica se refiere a un arbitraje realizado de conformidad con las normas y procedimientos de una institución arbitral[15]. Las partes que opten por este tipo de arbitraje deberán incluir en la cláusula compromisoria una remisión a una institución como administradora del arbitraje.

Sea cual sea la institución elegida por las partes[16], las reglas de arbitraje de las mismas tienden a seguir un patrón similar. Se impone que si las partes eligen una específica institución arbitral ésta administre el procedimiento bajo sus propias reglas, y únicamente conforme a estas[17]. Además, frecuentemente, ponen a disposición de los usuarios unas cláusulas modelo que pueden utilizarse para recurrir al arbitraje de la institución en cuestión[18].

---

cuenta los posibles conflictos y las leyes que serán aplicables. Véase un amplísimo estudio de las disposiciones que pueden incluirse en un convenio arbitral en DOAK BISHOP, R., « A practical guide for drafting international arbitration clauses», *International Energy Law and Taxation Review,* No. 16, 2000.

[15] Debe tenerse en cuenta, que la función de la "Corte" o institución arbitral no es arbitrar la disputa sino administrar el procedimiento arbitral, cuidando de que el arbitraje se ponga en marcha, se conduzca conforme a sus reglas de procedimiento, y sea decidido por los árbitros nombrados. Efectivamente, las cortes o instituciones arbitrales no se encargan de decidir las disputas, que es la función que incumbe al árbitro o tribunal arbitral, sino que sólo administran el procedimiento arbitral en el sentido referido. *Vid.* Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012, artículo 1.2.

[16] Las instituciones más utilizadas en los últimos años son la CCI, la LCIA y la AAA, siendo calificadas por la mayoría de los usuarios como buenas o superiores. Los factores más importantes tomados en cuenta por las partes para optar por una u otra institución son: la neutralidad o "internacionalización" (68%), la reputación y reconocimiento de la institución arbitral (56%), las reglas de la institución y la ley que rige el fondo de la controversia (46%), la experiencia previa de la institución (42%), el coste total del procedimiento arbitral (41%), y si la institución tiene una presencia global y/o la capacidad de administrar arbitrajes en todo el mundo (39%). También es importante la experiencia en cierto tipo de casos y la libre elección de los árbitros(es decir, que no haya una lista institucional exclusiva) (38%). *Vid.* QUEEN MARY, University of London, *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, pp. 3, 21.

[17] Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012. Artículo 1.2, Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, 1997. Artículo 1.1, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur. Regla 1.1.

[18] Cláusula recomendada por la CCI:

"Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

Cláusula modelo de la LCIA:

"Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se someterá y será finalmente resuelta mediante arbitraje de acuerdo

Cuando el operador comercial utilice esta medida y opte por un arbitraje institucionalizado debe tener en cuenta dos aspectos. Uno, designar correctamente a la institución arbitral. Dos, no introducir en el convenio arbitral ninguna precisión que resulte contraria al reglamento de arbitraje de la institución. Esto es muy importante, porque en caso contrario la cláusula compromisoria puede acusar en el momento de ejecutar el convenio arbitral contradicciones y problemas interpretativos que dificulten su operatividad.

El segundo tipo de arbitraje, el arbitraje ad hoc, implica que no hay ninguna institución arbitral que administre formalmente el arbitraje, de modo que las partes tienen que nombrar directamente al tribunal arbitral, sin la ayuda o asistencia de ninguna institución[19]. Así, en la medida en que el convenio arbitral no especifica ningún conjunto de normas para regular el arbitraje, las cuestiones que surjan tendrán que resolverse por las partes y, subsidiariamente, por el árbitro. Para evitar que se necesite la ayuda de los jueces y tribunales en el desarrollo del procedimiento arbitral siempre que no se haya previsto una cuestión necesaria, es recomendable, y bastante común, que la cláusula compromisoria incluya una referencia a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, que serán aplicables a falta de acuerdo[20].

Definidos los dos tipos de arbitraje, se debe concluir que uno no es mejor que otro. En la práctica la elección del arbitraje, ad hoc o institucional, depende de las partes, las circunstancias contractuales y la naturaleza de la disputa. Ambos arbitrajes implican ventajas y desventajas[21]. No obstante, se constata que el arbitraje institucional es ampliamente preferido[22].

Nombramiento de los árbitros.

La selección y nombramiento de los árbitros es, probablemente, la elección más importante que han de tomar las partes una vez han optado por someter la disputa a arbitraje. Tanto es así, que se ha dicho que la calidad del tribunal arbitral es el factor determinante para que el

---

con el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Reglamento que se entiende incorporado por referencia a esta cláusula".

[19] CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, *Aspectos a tener en cuenta en la redacción de cláusulas arbitrales,* 2011, p. 3.

[20] REDFERN, A., *Law and practice…, op.cit.,* p. 46.

[21] Un amplio estudio sobre el tema puede verse en SAVAGE, J.D. «Ad Hoc v Institutional Arbitration », *Charles Russell LLP*, Londres, 2010, pp. 4 y ss.

[22] Efectivamente, las empresas prefieren el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc. Así lo demuestran los siguientes datos: el 86% de los laudos fueron dictados por instituciones de arbitraje en vez de a través de arbitrajes ad hoc. El 67% de los arbitrajes que involucran estados o entidades de propiedad estatal se llevan a cabo a través de instituciones y no a través arbitrajes ad hoc. *Vid.* QUEEN MARY, University of London, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices,* 2008, p.4

arbitraje se desarrolle exitosamente[23], llegándose a afirmar que el arbitraje es tan bueno como lo son sus árbitros[24].

Se recomienda al operador económico que si es posible el acuerdo, opte por una designación personal del árbitro, estableciendo como salvaguarda una lista de candidatos previendo el supuesto de que al ejecutarse el convenio la persona que designó no pudiera ocupar el cargo.

Determinación de las reglas del procedimiento y la ley aplicable al fondo. Los riesgos de recurrir a los Principios Unidroit al elegir como ley aplicable los usos del comercio o lex mercatoria.

Otra previsión que pueden incluir las partes en el convenio arbitral es la fijación de las reglas del procedimiento y la ley aplicable al fondo.

Primero, en cuanto a la *lex arbitrii,* o ley aplicable al procedimiento arbitral, distinguiremos de nuevo entre arbitraje ad hoc y arbitraje institucionalizado.

En el primer caso, son las partes quienes deben crear el procedimiento arbitral. Para ello, existe una doble posibilidad: bien las partes, en el ejercicio de su libertad, establecen normas específicas para el procedimiento, bien se remiten a unas reglas ya existentes. Si eligen esta última alternativa, es especialmente útil el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, que ofrece un marco completo de disposiciones relativas a la organización del procedimiento[25].

En cambio, si se trata de un arbitraje institucionalizado, la sumisión a la institución arbitral implica la adopción de sus propias normas procedimentales, sin perjuicio de que las partes puedan prever, en la clausula compromisoria, algunas variaciones de las mismas, en el ejerciendo de su autonomía.

Sea cual sea la opción elegida, es preciso aclarar que, ningún conjunto de reglas proporciona respuesta a todas las cuestiones que surgen en el desarrollo de un proceso de arbitraje. De modo que, aunque habitualmente los reglamentos de arbitraje, al estar elaborados por

---

[23] REDFERN, A., *Law and practice…, op.cit.,* p. 182.

[24] FLAVIEN LALIVE, J. citado por KROLL, S., *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten,* Países Bajos, Kluwer Law International, 2011, p. 224; MORTON, P., «Selection and Appointment of Party-Nominated Arbitrators», *K&LNG INTERNATIONAL ARBITRATION SYMPOSIUM at Claridges Hotel*, Londres, 23 Marzo 2006, p. 1.

[25] Efectivamente, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, 2010, contiene disposiciones que regulan: el nombramiento de los árbitros (artículos 8 a 10), las causas de recusación y el sistema de sustitución de los árbitros (artículos 11 a 14), las disposiciones generales sobre el procedimiento arbitral (artículo 17), el lugar e idioma del arbitraje (artículos 18 y 19), la adopción de medidas cautelares (artículo 26), como se lleva a cabo la práctica de prueba y el procedimiento de audiencia (Artículos 27 y 28), la forma y efectos del laudo así como su interpretación y corrección (artículos 34 37 y 38), así como la regulación de las costas (artículo 40), entre otras cuestiones. En definitiva, de los preceptos citados se concluye que el Reglamento es un recurso idóneo para asegurar el correcto desenvolvimiento del arbitraje.

expertos, solucionan los problemas más habituales, el árbitro deberá resolver los aspectos procedimentales que surjan en el caso concreto y no hayan sido observados[26].

Segundo, respecto a la *lex contractus o lex causae,* es decir, la ley aplicable al fondo[27], se acepta, como regla general, que las partes de un arbitraje comercial internacional son libres para elegir el derecho, o reglas de derecho, aplicables al acuerdo.

No existe debate al afirmar que en el arbitraje comercial internacional, el alcance de la denominada "autonomía conflictual"[28] contempla las siguientes alternativas: elección de un derecho estatal u elección de reglas transnacionales.

Mayor problema reviste que las partes sometan el arbitraje a los usos del comercio internacional o *lex mercatoria* puesto que plantea el interrogante de si las partes pueden elegir válidamente reglas de derecho cuyo contenido son incapaces de concretar.

Ciertamente, se reconoce que los árbitros tienen en la práctica a identificar estos términos como una remisión a los Principios Unidroit, por considerarlos la expresión más completa del *ius mercatorum* consolidado[29].

Sin embargo, pese a ser esta la solución aportada por la jurisprudencia arbitral, es muy significativa la crítica hecha por SIXTO SÁNCHEZ LORENZO. En efecto, muchas reglas contenidas en los Principios Unidroit positivizan principios generalmente aceptados por la práctica del comercio internacional. Así sucede, con la mayoría de las reglas relativas a la formación del contrato y los remedios por incumplimiento.

No obstante, esta afirmación no puede extenderse a todas sus disposiciones, pues los Principios Unidroit introducen normas, incluso capítulos, que pueden llegar a contradecir las prácticas habituales de una determinada tradición comercial, como consecuencia de la convivencia de los sistemas jurídicos anglosajones con los de origen continental. Así, por ejemplo, los criterios de interpretación de los contratos[30], configurados conforme a la tradición romano-germánica, son incomprensibles desde la perspectiva de la práctica contractual del

---

[26] CAIVANO, R., «Dispute settlement…»,*loc.cit.,* p. 47.

[27] Aunque la *lex contractus* se determina de forma distinta e independiente a la *lex arbitrii* existe una relación evidente entre ellas. Así, si las partes no han elegido la ley aplicable al fondo, el árbitro designará esa ley o normas de conformidad con las reglas sobre Derecho aplicable contenidas en la *lex arbitrii*. *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. LXI, 2009, 1, p. 42.

[28] Esto es, la posibilidad que tienen las partes de designar el derecho que debe regir la relación pactada. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional», *Anuario de Derecho Internacional Privado,* Tomo IV, Iprolex, Madrid, 2004, p. 35.

[29] FARNSWORTH, E, A., «The Role of the Undroit Principles in International Commercial Arbitration (2): A US Perspective on their aims and application» en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: reflections on their Use in International Arbitration*, IIC Publishing, París, 2002, p. 22.

[30] Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, 2010. Capítulo 4, Interpretación.

common law. Efectivamente, permiten al árbitro eludir un pacto contractual en virtud de la buena fe y la equidad, lo que es radicalmente opuesto a los principios de respeto máximo de la cláusula contractual e intervención mínima del órgano decisor, propios del Derecho inglés[31].

La sede del arbitraje. El debate sobre su importancia, un problema vinculado a la representación filosófica del arbitraje.

Otro aspecto que pueden introducir las partes en el convenio arbitral, es la determinación de la sede del arbitraje. Esta decisión es fundamental.

Aunque en el arbitraje comercial internacional no existe a priori un ordenamiento jurídico que vincule al árbitro, la ausencia de foro no significa prescindir por completo de cualquier referencia estatal[32]. En efecto, el vínculo que nace de esta elección es trascendente por varios motivos.

Uno, reconocido el hecho de que el árbitro no puede realizar por si mismo determinadas actuaciones, al carecer de "potestas" o poder para imponer su decisión, son necesarias vías que permitan la eventual intervención de la jurisdicción ordinaria[33]. Evidentemente, en este supuesto, en el que el árbitro requiere del auxilio de los jueces, la sede del arbitraje es muy importante, ya que determina el poder judicial, que aplicará su propio derecho procesal para fijar el alcance de sus intervenciones respecto al arbitraje[34].

Dos, la sede del arbitraje establece el Estado donde se considera dictado el laudo, lo que resulta relevante a efectos de su reconocimiento y ejecución en otro país.

Tres, por último, es importante destacar que la sede del arbitraje es importante a efectos de establecer cuál es la ley aplicable al procedimiento. Así, si las partes no han dispuesto de forma autónoma las reglas del procedimiento arbitral, ni se han remitido a una institución que posea las suyas propias, será la *lex loci arbitri,* o ley de la sede del arbitraje, la que determinará cómo se lleva a cabo el proceso arbitral.

---

[31] Una amplia exposición de los problemas que pueden derivarse al identificar *lex mercatoria* ,o usos generales del comercio internacional, con Principios Unidroit puede verse en SÁNCHEZ LORENZO, S., «Derecho aplicable al...», *loc.cit.* pp. 50 y ss.

[32] FERNÁNDEZ ROZAS J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, p. 10.

[33] CREMADES, B.M., «La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje», *Diario La Ley*, Nº7024, Sección Tribuna, Año XXIX, La Ley, 2008, p. 3.

[34] Ello afecta a cuestiones tales como: el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero y todo lo relativo a la intervención y a la asistencia de los jueces en el procedimiento arbitral. *Vid.* VÁZQUEZ PALMA, Mª F., "Relevancia de la sede arbitral…", *loc.cit.*, p. 4

Pese a los argumentos expuestos, para algunos académicos la elección de la sede es cada vez menos significativa, por las siguientes razones[35].

En primer lugar, la tendencia a la homogenización de las normas que regulan el procedimiento arbitral disminuye las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Esta armonización se ha desarrollado especialmente a partir Ley Modelo de la UNCITRAL, que ha sido utilizada por un gran número de estados para elaborar sus leyes internas de arbitraje.

En segundo lugar, el creciente reconocimiento de la autonomía de las partes en la determinación de un gran número de aspectos del proceso arbitral, por ejemplo, el nombramiento de los árbitros, los plazos o la ley aplicable al fondo.

En cualquier caso, la importancia que se le otorgue a la sede del arbitraje, dependerá de la representación mental, o visión filosófica, que se tenga del arbitraje comercial internacional. Siguiendo la clasificación planteada por EMANUEL GAILLARD, existen tres posibilidades[36].

Primera, entender que el arbitraje comercial internacional se reduce a un componente de un ordenamiento jurídico nacional determinado. En este caso, el árbitro se asimila a un juez de un determinado ordenamiento jurídico nacional, aquel donde se establece la sede del arbitraje, que se concibe como un foro.

Segunda, considerar que el arbitraje internacional se funda sobre una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Bajo esta concepción, la fuente de juridicidad del laudo se encuentra no sólo en el ordenamiento jurídico de la sede, sino en el conjunto de ordenamientos jurídicos dispuestos, dadas ciertas condiciones, a reconocer la eficacia del laudo.

Tercera, percibir al arbitraje internacional como un ordenamiento jurídico autónomo; el ordenamiento jurídico arbitral. Esta representación implica que la juridicidad del arbitraje se basa no en un ordenamiento jurídico nacional, ya se trate del ordenamiento de la sede o el de los lugares de ejecución, sino en un tercer ordenamiento jurídico arbitral. Los árbitros no imparten la justicia en nombre de un Estado determinado, sin que por ello dejen de ejercer una función jurisdiccional al servicio de la comunidad internacional. La legitimidad del arbitraje comercial internacional, se funda, en este caso, en el consenso existente entre los Estados en este modo de resolución de controversias.

---

[35] Los argumentos que se exponen a continuación se han extraído del debate «Does the seat of arbitration still matter?», que tuvo lugar el 16 de Noviembre de 2012, en la 3ª Conferencia Anual de Arbitraje Internacional, celebrada en la Cámara de Comercio de Milán. *Vid.* http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2013/01/does-the-seat-of-arbitration-still-matter-can-italy-be-a-good-place-for-arbitration/.

[36] GAILLARD, E., *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política: Thomson- Reuters, 2010, pp. 21-75.

Determinación del idioma. Previsión tendente a evitar la desigualdad de medios de defensa de las partes en el procedimiento arbitral.

Por último, las partes pueden elegir el idioma en el que va a desarrollarse el procedimiento arbitral. Esta cuestión resulta relevante ya que puede desequilibrar la igualdad de medios de defensa de las partes.

El siguiente ejemplo, ilustra los problemas que pueden surgir.

Dos particulares, de distintas nacionalidades, sueca y alemana, firman un contrato redactado en ambas lenguas. El contrato contiene una cláusula de arbitraje donde las partes establecen la ley sueca como ley aplicable al fondo, y someten expresamente el arbitraje al Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo, omitiendo cualquier referencia al idioma aplicable al procedimiento arbitral.

Surgida la controversia, el tribunal arbitral, aplica el Reglamento de Arbitraje de la institución arbitral, debiendo decidir qué idioma regirá el procedimiento [37].

En este momento debe tenerse en cuenta que si opta por que el idioma sea el sueco, puede conceder ventaja a una de las partes que, por tener mayores conocimientos del idioma, podrá articular mejor su defensa.

Por este motivo, la doctrina del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo establece que el idioma que se utiliza en el procedimiento arbitral es el sueco. No obstante, en la elección del idioma debe ponderarse la nacionalidad de las partes. Así, cuando ambas partes no son suecos el idioma será el inglés[38].

Por tanto, en el supuesto de hecho planteado, el tribunal decidirá que el inglés sea el idioma que rija el procedimiento.

A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que cuando el arbitraje vincula a partes de distintas nacionalidades, una vez surgida la controversia, cada parte tratará de usar su propia lengua.

Llegados a este punto, cobra importancia quiénes hayan sido nombrados como árbitros. En efecto, un árbitro español no aplicará el mismo razonamiento para designar el idioma que uno que se ha formado en Inglaterra o en un país árabe. Cuando, como sucede en el ejemplo, se trate de un arbitraje institucionalizado, la falta de acuerdo de las partes sobre el idioma aplicable será sustituida por la previsión del reglamento de arbitraje correspondiente. Sin embargo, si se trata de un arbitraje *ad hoc*, el tribunal deberá resolver la cuestión conforme a

---

[37] Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (1999). Artículo 23.

"Salvo que las partes hubieren acordado en el acuerdo arbitral el idioma o idiomas a ser utilizados en el procedimiento, el tribunal arbitral tomará, previa consulta a las partes, tal decisión".

[38] LUNDBLAD, J., *Determining the Language of Arbitration,* 2007 disponible en http://www.internationallawoffice.com

su propio criterio, realidad que pone en conexión el nombramiento del árbitro con el idioma que rige el arbitraje[39].

CONCLUSIONES.

La redacción del convenio arbitral es fundamental para que el arbitraje sea eficaz. La tesis defendida en este trabajo sostiene uno de los momentos más importantes del arbitraje comercial internacional es la redacción del convenio arbitral.

Normalmente la doctrina ha distinguido entre contenido necesario y contenido facultativo del convenio arbitral, refiriéndose el primero a los requisitos esenciales para que el acuerdo de arbitraje sea eficaz y los segundos a otras disposiciones que puedan contenerse.

La novedad de este estudio es considerar esta distinción desde otra perspectiva. Se abandona como única *ratio decidendi* la validez del convenio arbitral, por entender que el factor decisivo es la efectividad y operatividad del acuerdo.

Bajo estos criterios se extienden los términos del contenido necesario a otras disposiciones que deben decidir imperiosamente las partes para evitar la ineficacia del acuerdo de arbitraje. De este modo para asegurar la operatividad del convenio arbitral se aportan las siguientes soluciones:

- Primera que las partes, asesoradas jurídicamente por expertos en la materia, elijan el tipo de arbitraje que desean. Se recomienda a las empresas que opten por un arbitraje institucionalizado para que el reglamento de arbitraje de la institución en cuestión regule aquellos aspectos que hayan podido olvidar impidiendo que, en el clima de confrontación de la disputa, al no lograrse acuerdo, sea preciso el auxilio judicial. Se recomienda que presten especial atención a la correcta designación de la institución, así como al redactar el convenio no introduzcan disposiciones que resulten contrarias a normas imperativas del reglamento de arbitraje.

- Segunda, que los operadores económicos nombren en el convenio arbitral a los árbitros. Tras estudiar los distintos sistemas de nombramiento se concluye que el más adecuado es la designación mediante lista por orden de preferencia. De este modo se solventa el problema de inoperatividad del convenio por excesivos requisitos o calidades de los árbitros.

- Tercera, que las partes designen la ley aplicable al procedimiento y al fondo del asunto. Respecto a la ley aplicable al fondo se recomienda a la empresa no utilizar la expresión genérica usos del comercio o *lex mercatoria* por la indeterminación que conllevan. Se prefiere el término Principios Unidroit aunque se constata en el trabajo que en la práctica los árbitros lo emplean como sinónimos.

[39] CAIVANO, R., «Dispute settlement…»,*loc.cit.,* p. 52.

- Cuarta, que se determine la sede del arbitraje. Adoptando esta medida las partes pueden anticipar cuál será el alcance de la función de apoyo de los jueces, ya que esta se determina en función de la ley estatal del lugar donde se ubica geográficamente el arbitraje.

- Quinta, que se establezca el idioma del arbitraje, evitando la desigualdad de medios de defensa de las partes.

En definitiva, el operador económico debe regular en el convenio arbitral aquellos aspectos del procedimiento arbitral que con frecuencia ralentizan y complican su desarrollo, manifestando claramente su voluntad y anticipándose a posibles errores, ambigüedades o vicios que pudiesen obstaculizar su función principal, evitar la intervención del poder judicial.

4. BIBLIOGRAFÍA

ADJOA HACKMAN, N; «The problem of arbitration and multi-party/multy-contract disputes: is court-ordered consolidation an adequate response?», *CAR CEMPL Annual Review*, 2010.

ARBEN ISUFI; *International Commercial Arbitration: Multiple parties and multiple contracts in arbitration.* Holanda, Ghent University, 2012.

ARENAS GARCÍA, R. « La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», *Derecho de los Negocios,* nº71-72, 1996.

ARGUMENDO PIÑEIRO, A.; CAPIEL, L., «El juez de apoyo en la nueva legislación arbitral francesa», *Revista del Club de Arbitraje*, Nº 11, 2011.

BARONA VILAR, S., «Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte,* vol. 18, nº 1, Coquimbo, 2011.

BARTEL, B.C., «Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential», *Willamette Law Review*, 661, 1991.

BERGSTEN, E.E., «Dispute settlement: International Commercial Arbitration», *United Nations conference on trade and development,* Nueva York y Ginebra, 2005.

BIGGS, G., «Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales», *Revista de la CEPAL*, Nº 80, 2003.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica,* Madrid, Reus, 2009.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social,* Cizur Menor, Aranzadi, 1997.

BORN, G., *International Commercial Arbitration: Commentary and materials,* Londres, Transnational Publishers/Kluwer Law International, 2001.

BOUZA VIDAL, N., «La arbitrabilidad de los litigios y la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral», *Revista Española de Derecho Internacional,* Núm. LII-2, Julio 2000.

BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

BÜHRING-UHLE, C., «A survey on Arbitration and Settlement in International Bussiness Disputes» en CHRISTOPHER R. DRAHOZAL; RICHARD W. NAIMARK, *Towards a science of International arbitration,* La Haya, Kluwer Law International, 2005.

BÜHRING-UHLE,C; KIRCHHOF,G.L.; SCHERER, G., *Arbitration and mediation in international business*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2006.

CAIVANO, J. R., *La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada*, Bogotá, Universidad del Rosario & Cámara de Comercio de Bogotá, 2008.

CAIVANO, R., «Dispute settlement: International Commercial Arbitration», *United Nations conference on trade and development,* Nueva York y Ginebra, 2005.

CALVO CARAVACA, A.L., «La doctrina del interés nacional y su ámbito de aplicación espacial», *Anuario de derecho civil*, Vol. 34, Nº 1, 1981.

CHILLÓN MEDINA, J.M. Y MERINO MERCHÁN, J.F, *Tratado de Derecho arbitral,* Madrid, Cívitas, 2006.

CLARENCE SMITH, J.A., «Capacity in the Conflicts of Laws: A comparative study», *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. I, Issue 4, 1952.

COHN, J. E., DOMKE, M., EISEMANN, F., *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade*. Gran Bretaña, North-Holland Publishing Company, 1987.

CORDERO MOSS, G., «Legal Capacity, arbitration and private international law» en BOELE-WOELKI, K; EINHORN, T.; GIRSBERGER, D.; SYMEONIDES, S. (ed.), *Convergence and Divergence in private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr,* La Haya, TMC Asser Press, 2010.

CORREA ÁNGEL, D., «El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral», *REVIST@ e – Mercatoria,* Vol. 7, Nº2, 2008.

CREMADES SANZ-PASTOR, B.M., «El arbitraje en la doctrina constitucional española», *Lima Arbitration*, nº1, 2006.

CREMADES, B.M., «La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje», *Diario La Ley,* Nº7024, Sección Tribuna, Año XXIX, La Ley, 2008.

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, *Aspectos a tener en cuenta en la redacción de cláusulas arbitrales,* 2011.

DERAINS, Y**.,** «The Role of the Undroit Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective» en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: reflections on their Use in International Arbitration.* Paris, IIC Publishing, cop. 2002.

DOAK BISHOP, R., « A practical guide for drafting international arbitration clauses», *International Energy Law and Taxation Review,* No. 16, 2000.

DUNHAM, P & GREENBERG, S., «Balancing sovereignty and the contractor´s rights in international construction arbitrations involving state entities», *The international construction law review*, Vol. 23, parte 2, 2006.

EDELMAN, L.; CARR, F.; CREIGHTON, J.L., «The Mini Trial», *Alternative Dispute Resolution Series,* Pamphlet I, Virginia, 1989.

FARNSWORTH, E, A., «The Role of the Undroit Principles in International Commercial Arbitration (2): A US Perspective on their aims and application» en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: reflections on their Use in International Arbitration*, París, IIC Publishing, 2002.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, L.S., *Derecho Internacional Privado, Parte especial,* Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.

FERNANDEZ ROZAS, J.C, «Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne» en BONOMI, A.; BOCHATAY, D. (Ed.) *Arbitrage interne et international: Actes du colloque de Lausanne,* Génova, Libraieri Droz, 2010.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2006.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje internacional y sus dualidades», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, Córdoba, 2006.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional», *Anuario de Derecho Internacional Privado,* Tomo IV, Madrid, Iprolex, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA R, DE MIGUEL ASENSIO P.A, Derecho *de los Negocios Internacionales*, Madrid, Iustel, 2011.

GAILLARD, E., *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política: Thomson- Reuters, 2010.

GARCIA RIESTRA, M., *La sociedad anónima europea,* Madrid, Instituto de Estudios Europeos, 2002.

GOLDMAN, B., «Les conflicts de lois dans l' arbitrage international de droit privé», *Recueil des cours*, Vol. 109, 1963.

GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre.* Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

ICC SERVICES, «ICC arbitration: the international solution to international business disputes», *ICC Publication*, No. 301, 1977

KRASOVSKY, L.M., «El arbitraje comercial internacional» disponible en http://www.krasovsky.com.mx/publicaciones/notas/ARBITRAJE%20INTERNACIONAL.pdf

KROLL, S., *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten,* Países Bajos, Kluwer Law International, 2011.

LEÓN ROBAYO, E.I., «Perspectiva y arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional», *Revista Opinión Jurídica*, vol. 11, no. 22, Medillín, 2012.

LLOPIS-LLOMBART, M.B., *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria.* Cizur-Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2010.

LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

LUNDBLAD, J., *Determining the Language of Arbitration,* 2007 disponible en http://www.internationallawoffice.com

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P., *El nuevo régimen del arbitraje,* Barcelona, Bosch, 2011.

MORTON, P., «Selection and Appointment of Party-Nominated Arbitrators» en *K&LNG INTERNATIONAL ARBITRATION SYMPOSIUM at Claridges Hotel*, Londres, 23 Marzo 2006.

MOSES, M.L., *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

MUSTILL, M., «Arbitration: History and Background», *Journal of International Arbitration,* Nº43, 6(2), 1989.

PAZ MENÉNDEZ, S., *Competencia Judicial y Ley Aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Madrid, Lex Nova, 2006.

PETER, J.T, «Med-Arb in International Arbitration», *The American Review of International Arbitration,* Nº8, 1997.

POUDRET, J.F.; BASSON, S.; BERTI, & PONTI, A., *Comparative law of international arbitration,* Londres, Sweet & Maxwell, 2007.

REDFERN, A., *Law and practice of international commercial arbitration,* London, Sweet & Maxwell, 2004.

SABIDO RODRIGUEZ, M. (Coord.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

SAN CRISTOBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. LXI, 2009.

SANDERS, P., «La elaboración de la Convención» en NACIONES UNIDAS, *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencia y expectativas,* Nueva York, 1999.

SAVAGE, J.D. «Ad Hoc v Institutional Arbitration » , *Charles Russell LLP*, Londres, 2010.

STERNLIGHT, J.R., «Is binding arbitration a form of ADR: An argument that the term “ADR” has begun to outlive its usefulness», *Journal of Dispute Resolution,* Vol.2, No.1, 2000.

SUNDRAA, R., «Institutional and Ad hoc arbitrations: Advantages and Disadvantages», *The Law Review,* 2010.

UGARTE, R. & BEVILACQUA, T. «Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions», *Journal of International Arbitration* 27(1): 9-49, 2010.

UZELAC, A., «The form of the arbitration agreement and the fiction of written orality how far should we go?», *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 8., 2001.

VADO GRAJALES, L.O., *Medios alternativos de resolución de conflictos*, disponible en http://www.comunidad.vlex.com/aulavirtual/vado.html, 10 de julio 2010.

VAZQUEZ PALMA, Mª F. «La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno», *Revista Ius et Praxis,* 12 (1), pp. 181-236, 2006.

VÁZQUEZ PALMA, Mª F., «Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección», *Revista chilena de derecho privado,* Nº 16, 2011.

VERDERA SERVER, R., *El Convenio Arbitral,* Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

VERDERA SERVER, R., ESPLUGUES MOTA, C., «El convenio arbitral en el arbitraje internacional» en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre),* Madrid, Civitas, 2004.

VIRGÓS SORIANO, M. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº14, 2006.

VIRGOS SORIANO, M., «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», *La ley,* Nº2, 2007.

WARREN, L. «The seat of arbitration- why is it so important?» disponible en *www.clydeco.com*, 2011.

XIUWEN, Z., «On the seat of International arbitration and its determination», *Frontiers of law in China,* Vol. 2, nº 4, 2007.

YVES DERAINS, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales (A la lumière de la Chambre de Commerce Internationale)», *Revue de l´arbitrage,* 3, 1973.

ZAPATA DE ALBELÁEZ, A. (Com.), «La internalización del derecho y el orden jurídico internacional- aproximación doctrinaria-» en *Derecho de los Negocios Internacionales*, Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ZIMMERMANN, R., «The Present State of European Private Law», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, Issue 2, 2009, pp. 479-512.

"LA CONVERSIÓN DE LA LEGÍTIMA EN UNA PRESTACIÓN ALIMENTICIA *MORTIS CAUSA*"*

Aurelio Barrio Gallardo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Resumen: El objetivo principal perseguido con este trabajo es convertir la legítima de descendientes, hoy vigente en España, en una nueva figura, de naturaleza jurídica distinta, llamada derecho sucesorio de alimentos, que incremente la autonomía de la voluntad en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, lo que parece reclamar la sociedad, pero sin llegar al extremo de que la familia más próxima al causante pueda verse empujada a una situación de penuria económica, como resultado de una atribución insuficiente realizada en el instrumento ordenador de la sucesión.

Palabras clave: Restricciones flexibles, libertad de testar, legítima redimensionada, derecho sucesorio de alimentos, *family provision.*

I. LAS BASES TEÓRICAS DE LA REFORMA: RESTRICCIONES FLEXIBLES A LA LIBERTAD DE TESTAR

A. Introducción: razones para este estudio

El origen de esta investigación hay que buscarlo en la extrañeza, pero también en la fascinación, que siempre ha provocado que un Derecho occidental europeo, como el inglés, hoy a poco más de una hora en avión, pudiera haber sancionado la libertad de testar más absoluta que jamás ha conocido el hombre y de la que se maravillaban autores españoles durante la etapa de la codificación, vgr. reputados foralistas como J. COSTA o M. DURÁN I BAS.

¿Cómo podía ser que una libertad semejante no conociera límites? ¿No se había producido en su ejercicio arbitrariedad alguna ni cometido injusticias? Se antojaba el sueño de todo legislador y, en general, de cualquier jurista, ¿cómo no iban a existir frenos, vgr. de orden público, al principio de libertad civil en éste al igual que en otros ámbitos del Derecho privado?

Se concedía una dosis elevadísima de autonomía a favor del testador y su beneficiario hacía un noble y buen uso de esta libertad, pues la aplicaba a la realización de una distribución más equitativa, en suma más justa, de su hacienda. Sin constricciones exógenas al sujeto, derivadas de la autoridad estatal, era capaz de llevar a cabo un ejercicio *civiliter* de la facultad testatoria, no en provecho propio conducido por el egoísmo, sino en beneficio de terceros: sus familiares y más próximos allegados.

El cabeza de familia, al modo de un legislador doméstico, sabía contenerse, autogobernarse, como expresión concreta de ese *self-government* que tanto maravilló a Joaquín COSTA. ¿Qué sucedía? ¿Acaso el *paterfamilias* republicano era un ser superior? ¿Qué cualidades particulares adornaban al *Englishman* para que se condujera de modo tan responsable? ¿De dónde provenía esa idiosincrasia tan peculiar de los pueblos romano e inglés y hasta dónde habían compartido un sustrato común?

Me propuse ahondar en la cuestión durante dos veranos consecutivos, primero, con carácter más general, buceando en las fuentes bibliográficas del *Institut Suisse de Droit Comparé*, en Lausana, junto al lago Lemán, y, después, de recopilación documental más exhaustiva y específica, trasladándome a Londres, para realizar un estudio *in situ* de la libertad testamentaria en el *Institute of Advanced Legal Studies*. Centré inicialmente mi tarea en el régimen sucesorio de los dos grandes imperios de la civilización occidental, que en palabras de Max WEBER, habían revelado evidencias de una completa libertad de testar: la República romana, en su época de mayor expansión territorial, justo antes del inicio del Principado, y el Imperio británico, próximo a concluir la etapa victoriana.

B. Áreas de confluencia entre el Derecho romano y el inglés

Mis pesquisas revelaron algo temido aunque, de alguna manera, esperado: en ambos Derechos se conoció la libertad de testar, es cierto, y no lo pongo en duda, pero en términos histórico-comparativos -creo- constituyó más la excepción que el principio general, como trato de demostrar en mi tesis doctoral.

Fue un período muy breve, en Inglaterra casi anecdótico – tan sólo 47 años- y, por tanto, escasamente representativo, en términos generales, de la idiosincrasia de un pueblo; más bien, la libertad de testar fue un mito alentado por los autores decimonónicos, algo muy propio de la exaltación patriótica consustancial al Romanticismo, que acompañó al "noble aislamiento" del que se vanagloriaba J. Hamilton BAKER fruto del carácter insular de Gran Bretaña.

Y prueba de ello es que un régimen similar al legitimario existió y se practicó durante un período de tiempo mayor que la libertad de testar, y acompañó al *Common Law* originario, en la Inglaterra del S. XII, hasta que su continuidad por vía consuetudinaria se vio truncada por diversas Leyes que quisieron reducir todo el Reino a un único estándar legislativo.

C. Motivos para limitar las facultades del testador

En un momento dado, y es muy probable que por causas si no idénticas al menos análogas, se patentizó la necesidad de establecer alguna clase de límite a la libertad de testar. Ocurrió a fines de la República en Roma, durante su último siglo de existencia, antes de sobrevenir el Principado, y cuando comenzaba la debacle del Imperio Británico, con el nacimiento del *Welfare Estate*, a raíz del catastrófico S. XX, asolado por dos guerras mundiales e inmerso en una profunda crisis económica, simbolizada por el tránsito de los "Felices años 20" al Crack de Wall Street en 1929.

Roma fue invadida por un clima abyecto de relajación de las costumbres, de desapego generalizado hacia las ancestrales pautas éticas de comportamiento, que representaban los *mores maiorum*, descrito p. ej. por SALUSTIO en "La conjuración de Catilina". En Inglaterra se llegó a estatuir la crueldad, se elevó el capricho del testador a la categoría de derecho, se le otorgó la facultad de hacer un testamento caprichoso, injusto e incluso cruel, sentado por la jurisprudencia decimonónica y ello ocasionó que las desheredaciones sin razón ni motivo aparente (*exheredatio simpliciter*), se reputaran indeseables o *contra bonus mores* por parte de la colectividad. Nació así un sentimiento de repulsa general frente a este modo de proceder.

Como apunta H. S. MAINE, buscando deliberadamente el parangón entre el Derecho romano y el *Common Law*, en su obra "*Ancient Law*", resultaría extraño que los romanos comenzaran desde un principio a abusar de esta libertad. Pero incluso el Sir inglés admite que detrás del excesivo dramatismo con que suele describirse este cambio de circunstancias, tuvo que darse una situación insostenible que provocó un necesario cambio de criterio.

Llegó un momento en que se hubieron de adoptar medidas para prevenir el "abuso" y corregir la "desviación de poder" -en este caso- testamentario. Dejó de dársele a la facultad de testar el uso noble para el que originariamente pudo ser concebida y el *populus romanus* y la Corona-Parlamento ingleses tuvieron que "tomar cartas en el asunto". De una parte, a través de la creación jurisprudencial de la *querella inofficiosi testamenti* y, de otra, a través de un "acto legislativo" (*Act of Parliament*). Irónicamente el mismo instrumento que sirvió para suprimir la legítima e imponer la libertad de testar, hasta abolir la costumbre de Londres en 1724, el último bastión del sistema legitimario que conservaba la *writ* de las "partes razonables", se empleaba ahora para recortarla.

Las restricciones introducidas por ambos Derechos fueron, inicialmente, muy similares, aunque el Derecho latino, tras Justiniano, derivara hacia un sistema de cuotas fijas (*fixed shares*). Debe recordarse que el Derecho inglés originario también conoció la legítima cuando los padres del *Common Law*, R. GLANVILL y H. BRACTON, se inspiraron en la Compilación bizantina para redactar sus tratados, y colmar lagunas en la transmisión hereditaria de los bienes muebles (*succession to chattels*).

Tanto en la jurisprudencia republicana romana como en virtud de las *Inheritance Acts* inglesas, de 1938 y 1975, herederas de la *Testator's Family Maintenance*, neozelandesa de 1900, verdadera artífice de la actual *family provision*, se realizaba un "juicio de razonabilidad", con amplios poderes discrecionales, por parte del Tribunal centunviral o del Juez inglés, destinado a comprobar si se había producido una transgresión del *officium pietatis*, si se había quebrantado o no un uso social (M. KASER), que exigía dejarles algo a la viuda e hijos del causante, aun cuando fuera lo mínimo para subsistir. Esa manutención haría hoy las veces, en los Derechos continentales modernos, de la figura que denominamos "alimentos". Además, hay muchas y buenas razones para hallar concomitancias abundantes entre el *Common Law* moderno y el Derecho romano clásico, que deberían seguir explorándose en el futuro.

En ambos Ordenamientos se lleva a cabo una relectura del testamento a la luz de los dictados de la moral pública imperante en aquel momento, dejando un gran margen al arbitrio judicial para determinar, en una valoración *ad casu*, si la cantidad o porción hereditaria dejada por el causante en el testamento se reputaba suficiente para cubrir las necesidades más básicas y perentorias de la familia del fallecido; en otras palabras, si el testador había hecho una "disposición suficiente" para atender tales contingencias.

De no ser este el caso, o bien decaía la validez del testamento y se abría la sucesión *abintestato* (sistema romano), o bien se permitía hacer efectivo ese crédito alimentario frente a la masa hereditaria, accionando contra los administradores-ejecutores testamentarios ("*personal representatives*") reescribiéndose o variándose los términos del testamento para que pudiera tener cabida esta prestación semejante a una concesión de alimentos pero por vía sucesoria.

En estos sistemas, que genéricamente se han dado en llamar de "restricciones de carácter flexible" a la libertad de testar, he apoyado mi propuesta para *redimensionar* la legítima (P. SALVADOR) y comprimirla hasta dejarla reducida a una pensión de alimentos que cabría reclamar si la familia del testador se viera forzada a situación de necesidad. Ambos Derechos, romano clásico e inglés actual, se sustentan sobre dos binomios que cabría incorporar, con las debidas adaptaciones, a nuestro Código civil. En el primero, la contravención del *officium pietatis*, puede desencadenar una queja por inoficiosidad testamentaria; en el segundo, la inexistencia de una provisión razonable en el testamento, haría nacer un derecho de crédito, que se suele traducir como "pensión familiar" (*family provision*), a favor del círculo de personas más próximas al difunto.

D. Presupuestos básicos comunes a ambos sistemas

Entre el antiguo Derecho romano y el más reciente *Common Law*, se aprecian así abundantes rasgos de confluencia, que se traducen en una serie de líneas directrices compartidas:

Asumen, como presupuesto y bajo la perspectiva de un cierto optimismo antropológico, que la mayoría de los seres humanos obramos bien y, por este motivo, depositan su confianza en el individuo, confiriendo un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la sucesión por causa de muerte. Pero, a la vez, dan por sentado que en un porcentaje muy reducido de supuestos existirán desviaciones y la máxima general, excepcionalmente, no se cumplirá. Para estos casos anómalos se prevé que el poder estatal interfiera en la libertad individual a fin de corregir esas eventuales y escasas desviaciones sobre el recto actuar.

La restricción fluctuaría en función de las circunstancias concretas de cada caso, pero siempre reducida a la mínima expresión, a lo justo y necesario para prevenir contingencias que no resulten imputables al sujeto; se limitaría a lo indispensable, a garantizar el sustento, a proporcionar un mínimo vital que impidiera al cónyuge o la parentela más próxima en grado de consanguinidad verse abocados a la indigencia.

Sólo habría lugar a reclamar el crédito alimentario sobre el caudal hereditario si, a resultas del fallecimiento del causante, su cónyuge y descendientes no tuvieran las

necesidades asistenciales más básicas cubiertas, cuando la familia del testador no pudiera procurarse por sí misma medios de subsistencia y se viera en riesgo de quedar en situación de necesidad o verse expuesta a penuria económica.

II. ENCAJE DE LA PROPUESTA EN EL CONJUNTO DEL SISTEMA ESPAÑOL

A. Paralelismos con la prodigalidad

Esa interferencia en las facultades dominicales del propietario, que le impide disponer de sus bienes con total libertad, sería, de este modo, idéntica a la restricción existente hoy en España tras la reforma de la prodigalidad en 1983, esto es, a la que opera sobre la disposición del patrimonio cuando su titular realiza actos y negocios jurídicos *inter vivos*. Con la transformación de la legítima en una atribución sucesoria de naturaleza asistencial se completaría un sistema armónico, en el que las constricciones a la disposición *inter vivos* y *mortis causa* correrían en paralelo y se corresponderían con mayor exactitud que en la actualidad.

Se colmaría de este modo una vieja aspiración del pensamiento liberal: no toparse con restricciones a la hora de disponer de los bienes por causa de muerte mayores que las existentes entre vivos, que igualmente podrían descapitalizar un patrimonio. Las restricciones al *ius disponendi inter vivos* y *mortis causa* quedarían sujetas a un régimen único, presidido por los mismos principios, integrando un sistema acabado, cohesionado y armónico. Sólo cabría una razón para desapoderar al *dominus*: incurrir un descendiente en una situación de necesidad no provocada por él mismo; el límite vendría dado así por el establecimiento a su favor de un derecho de alimentos.

En 1983 se produce un tránsito muy importante de la institución, que se mantiene con la LEC 2000, si bien dentro de las coordenadas del interés privado-familiar, y en menor medida del público (es criticable la escasa atención prestada a la persona del pródigo), característico de nuestro país frente p. ej. a la tradición romano-germánica, pues se pasa de tutelar expectativas sucesorias futuras (legítima), de defender el curso normal de la sucesión en los bienes de los padres y los abuelos, como en el Derecho romano más antiguo, a proteger necesidades vitales actuales (situación de necesidad), que se den en ese concreto momento o cuya aparición sea inminente (alimentos).

Es como si las bases que animaron el sistema de prodigalidad, estatuidas por la Ley de 1983, no hubieran conocido aún plasmación equivalente en las restricciones a las disposición *mortis causa*, como si esa reforma estuviera todavía por hacer en el campo de los límites a facultad para testar: aumentar la autonomía de la voluntad del sujeto para darle mayor cabida a la libertad civil, pero dentro del respeto y sujeción a unos mínimos necesarios.

B. Necesidad de un mínimo indisponible

¿Y por qué la salvaguarda de ese mínimo necesario y no una completa libertad de testar? A pesar de la natural inclinación de quienes han estudiado la libertad de testar a prendarse de sus encantos, lo cierto es que no me atreví a dar ese gran paso y prescindir de cualquier clase limitación, aunque estuve, en un principio, tentado de hacerlo y, por esta razón, el título de la memoria de mi tesis doctoral no cierra completamente esta posibilidad[1], a la espera de lo que otros puedan decir en el futuro. Me invadió cierto desánimo al comprobar:

La excepcionalidad que reviste hoy en día la libertad testamentaria absoluta en el panorama jurídico mundial; no hay prácticamente ningún país o región, quizá a excepción de Navarra y parcialmente País Vasco, que sancione una libertad de testar omnímoda, sin ninguna clase de límite. Pero, sobre todo, el hecho de que quienes mejor la habían conocido y practicado, los pueblos romano e inglés, acabaron por abjurar de su fe en el principio de

---

[1] "El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos" refleja la idea de un proceso gradual, en el que la prestación sucesoria alimentaria sirve de punto de equilibrio entre ambos modelos sucesorios, que se sitúan en polos opuestos: el sistema legitimario y el que reconoce una absoluta libertad de testar.

libertad testamentaria. Luego, si una absoluta libertad de disposición no había rendido buenos frutos en su lugares de origen, su exportación a otros podría ofrecer serias dudas.

La experiencia de cómo se sucedieron los acontecimientos en el sistema sucesorio romano y, después, en el Derecho anglo-americano hace surgir también reparos. Los ingleses, en una suerte de repetición cíclica de la Historia, parecieron revivir durante los S. XIX y XX, situaciones por las que ya habían atravesado, mucho tiempo atrás los habitantes del Lacio. Eso nos lleva –en mi opinión- a una conclusión fundamental: el *officium pietatis*, esa mezcla entre conmiseración y deber, entre caridad y responsabilidad, propia de la filosofía estoica y del paganismo romano original (RIBAS ALBA), profesada hacia aquellos de nuestra misma sangre, asemeja ser el eterno retorno nietzscheano, del que la cultura jurídica occidental no es capaz de escapar ni sustraerse.

Existe un sentimiento innato de conmiseración hacia nuestros más próximos parientes, que constituiría un principio casi universal, un pilar básico de la civilización occidental, que hoy quizá tenga reflejo constitucional (art. 39); y del que alguna autora inglesa ha dicho, muy gráficamente, que se encuentra escrito en el corazón de todos los seres humanos (E. SPRING). Nos apartamos de él una y otra vez pero siempre acaba por volver a nosotros, y es sistemáticamente reintroducido en los Derechos europeos; debe de tratarse de una suerte de principio trascendente, de axioma ético irrenunciable, del que no sabemos prescindir y que tal vez forme parte de un Código moral transnacional, común a toda Europa.

Se presume, además, que de esta base idéntica, subyacente en el deber de piedad romano, pudieran haber nacido históricamente, primero el derecho de alimentos, y más tarde, la legítima como desarrollo posterior de este último, guardando ambas instituciones un antecedente común, que podría facilitar su libre combinación en nuestros días.

C. El contexto socio-económico propicio para la reforma

Es muy probable que el cambio de circunstancias socio-económicas de nuestro país, desde que se aprobara el Cc en 1889, hasta su versión actual, ya rebasado el S. XXI, invite también a reflexionar y, particularmente, aconseje acometer una revisión global del sistema legitimario contenido en esta norma sempiterna.

Un hecho contrastado, y algunos expertos lo han subrayado recientemente en sus ensayos (vgr. J. RAMS, A. VAQUER), es que la esperanza de vida ha aumentado exponencialmente si comparamos la España decimonónica con la actual; los hijos están próximos al retiro laboral cuando fallecen sus padres; tanto es así que en expresión que ha hecho fortuna entre la doctrina civilista, la herencia se ha convertido, según E. VALLADARES, en un “bienvenido complemento a la jubilación”.

No puede ser lo mismo recibir la herencia a los 30 años, como sucedía a la entrada en vigor del Código, que hacerlo cuando el promedio de la edad de los causahabientes supera en casi el doble la cifra apuntada (40-55 años, VAQUER), “cuando quien no tiene -la vida- resuelta raro será que pueda enderezarla ya con el apoyo de una herencia tardía” (DELGADO); pues los hijos “ya habrán alcanzado una estabilidad económica y profesional cuando heredan” (PARRA) y no la necesitan, como antaño, para transmitir medios de subsistencia o “salir adelante”.

La segunda variable que ha mutado es que el componente principal de la fortunas, la base del patrimonio de los españoles radica en un sueldo o salario, en suma, en la mayoría de los casos (aprox. 85%) trae causa de la propia industria o trabajo de su actual titular; y no en un patrimonio familiar heredado de los ancestros que, como unidad de producción, y único *modus vivendi* del grupo, resulta obligado conservar en beneficio de las generaciones venideras, en una suerte de fideicomiso tácito.

Es su propio empeño, traducido en un sueldo o salario, y no el esfuerzo acumulado de toda la estirpe, materializado en el patrimonio casal, lo que habitualmente constituye el sostén de las economías domésticas de nuestro país; son los bienes “ganados”, sobre todo, y no los “heredados” los que integran el patrimonio de la inmensa mayoría de los españoles.

Esa transmisión de la hacienda-explotación familiar de generación en generación ya no es lo primordial en la sucesión *mortis causa*, como antaño pudiera serlo en una sociedad agrícola y patriarcal; en una España moderna y urbanita, cimentada en la industria y el sector servicios, sólo en muy contadas ocasiones será así (vgr. empresas familiares), y las diversas reformas parciales del Cc ya han colmado las aspiraciones de estos colectivos (vgr. arts. 841 y 1056 Cc).

Insisto en que ese cambio de circunstancias, ese *rebus sic stantibus*, tuvo sus ecos en la reforma de la prodigalidad pero, inexplicablemente, no ha producido el mismo ni ningún efecto sobre la cuota legitimaria del Cc.

Se han ido sucediendo diversas reformas legislativas, que han ido horadando, erosionando progresivamente las notas características de esta institución milenaria en el Cc, minándola hasta dejar expedita una revisión de mayor calado. Tanto es así que buena parte de sus principios ha sufrido una crisis de identidad: p. ej. se ha roto el tabú de la intangibilidad cualitativa de la legítima, hasta ahora sagrado e inviolable (a excepción, quizá, de las cautelas de opción compensatoria).

Pero hasta la fecha, sólo han atendido intereses muy concretos; sería muy conveniente repensar los fundamentos básicos de la institución, acometer una revisión en profundidad de la legítima teniendo *in mente* al español medio. Ahora toca hacer una revisión general de amplio espectro y es preciso atender las necesidades del ciudadano y no sólo facilitar la transmisión de la explotación empresarial (plutocracia), en la que se ven reflejados los patrimonios casales de rancio abolengo (aristocracia).

D. Función de la legítima redimensionada

La alteración de estos parámetros aconsejaría replantearse las líneas maestras de la institución y desentrañar si su cometido puede seguir siendo el mismo en el presente. Creo que la función conservativa y retributiva, que garantiza una porción de los "*bona paterna avitaque*" al último eslabón de la estirpe o de la explotación en la que se ha trabajado buena parte de la vida, tras la muerte del cabeza de familia, carecen de fundamento, sabiendo que la mayoría de los patrimonios no son, conforme a la nomenclatura de VALLET, dinámicos sino estáticos.

Hoy su misión habría de ser meramente asistencial, y residual sólo para aquellos supuestos del infortunio en que se produjera una muerte prematura, casos marginales en que se rompiera la esperanza de vida antes apuntada. Una vez cumplidos los deberes inherentes a la paternidad, desaparecía todo interés público en establecer límites al dominio, y lo razonable sería permitirle al propietario disponer con entera libertad del fruto que le hubiera rendido su trabajo, que normalmente consistirá una modesta masa de ahorros y acaso su parte tocante en la vivienda familiar, que sigue siendo la "joya de la Corona" de las economías domésticas españolas.

La atribución patrimonial actual (2/3 *relictum+donatum*) es excesiva a la luz de circunstancias socio-económicas expuestas; sobrepasa con creces cualquier expectativa legítima que los hijos debieran tener a participar en la fortuna o riqueza generada por sus padres o adoptantes, y que ellos no han contribuido a gestar. Por esta razón, estaría mejor cubierta dicha función por medio de una figura de naturaleza jurídica distinta: habría que refundar la legítima, redimensionarla y darle una orientación semejante al crédito alimentario regulado en los arts. 142 y ss. Cc.

III. UNA NUEVA INSTITUCIÓN JURÍDICA: EL DERECHO SUCESORIO DE ALIMENTOS

A. La propuesta negro sobre blanco

Soy partidario de introducir en el Derecho español un derecho sucesorio de alimentos que viniera en reemplazo de la vigente legítima continental; construir un subrogado de las pensiones familiares de las Jurisdicciones de *Common Law*, instauradas en Nueva Zelanda, Australia, parte de Canadá e Inglaterra, no muy distante tampoco a la *querella inofficiosi testamenti*, en la que la *family provision* podría haberse inspirado, aunque nunca se ha

reconocido abiertamente por los cultivadores del sistema anglo-americano.

Sólo cabría acudir a la impugnación testamentaria, por una serie de causas tasadas: de ordinario, porque la atribución realizada en el instrumento ordenador de la sucesión, fuera testamento o pacto sucesorio, allí donde se admita, resultase insuficiente para cubrir las necesidades del hipotético alimentista o cuando se empujase a una situación de necesidad a los que en vida fueron económicamente dependientes del causante, y no han podido aún cobrar autonomía por un motivo que no les sea directamente achacable a ellos.

Pero cumplidos adecuadamente estos deberes vinculados a la filiación, más allá de la patria potestad, en vida del *de cuius*, la disposición *mortis causa* sería completamente libre. Si se instituye heredero a un descendiente o se deja la mayoría de la fortuna a los hijos -y no p. ej. al cónyuge supérstite, como parece ser el sentir actual-, será por decisión enteramente voluntaria y no fruto de una exigencia legal como ocurre en la actualidad.

Esta *pars valoris* legitimaria, comprimida hasta quedar reducida a una pensión de alimentos, habría de poder ser hecha efectiva sobre el caudal relicto, tal vez con preferencia a otros créditos y acaso dotada de trascendencia real. Así, cabría accionar contra la masa si la herencia se halla en administración, demandando al ejecutor testamentario (quien actúe como administrador del caudal) o reclamarla –tal vez solidariamente- frente al sucesores a título universal, sea heredero único o se haya formado una comunidad hereditaria en torno al patrimonio *post mortem*.

B. Diseño del crédito de alimentos

Al acordar la pensión, el Tribunal habría de procurar cubrir lo necesario para proporcionar un medio de subsistencia digno al propio al actor, dotarlo de una colocación, de "una forma de poder ganarse la vida" (siempre trabajando se entiende), si es que dicha obligación no se ha atendido ya con anterioridad, en vida del causante.

En general, deberían sufragarse gastos de hijos menores de edad, de mayores de 18 años que no hubieran completado su formación, así como de descendientes incapaces y acaso también discapacitados sin recursos para valerse y mantenerse por sí mismos. En suma, todas aquellas personas "a cargo" del causante, que fueran dependientes económicamente de él, siguiendo la estela marcada el concepto de "*dependants*" en la Ley inglesa de 1975: "*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*" .

Al perfilar el diseño de la pensión, se debería incorporar toda la reflexión doctrinal generada y la interpretación doctrinal recaída a raíz de la aplicación de los arts. 142 y ss. Cc por los Tribunales españoles. Así, la pensión habría de cubrir la instrucción de los descendientes, siempre que ésta fuera seguida con aprovechamiento, quizá hasta un tope temporal –para aportar mayor seguridad jurídica en la mentalidad continental- cifrado en los 26 años, como vienen sentenciando uniformemente las Audiencias Provinciales, según la doctrina más autorizada (PARRA), sugiere M. BLANCO y ha recogido vgr. el art. 69 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA).

Entre la bases para la redimensión de la naturaleza jurídica de la cuota forzosa, para su transformación en un derecho sucesorio de alimentos, siguiendo la terminología acuñada por el legislador aragonés, habría de contemplarse: la *family provision* inglesa, seguramente también esa prestación del Derecho foral aragonés que sanciona el art. 515 CDFA, aunque es subsidiaria respecto del régimen general, e, incluso, las legítimas alimenticias de países latinoamericanos como México, Chile, etc. que, por razones varias, p. ej. la proximidad geográfica, se han ido acercando a las postulados propios del *Common Law*. Su redacción en castellano aportaría innumerables variantes para la elaboración de un texto articulado.

En este punto me gusta especialmente la redacción del art. 595 Código civil costarricense, que podría ser suscrita por la mayoría de los notarios españoles, cuando propugnan la desaparición de la legítima: "el testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además,

deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten".

La cuantificación exacta de la pensión quedaría al arbitrio del Juzgador, en forma similar al Tribunal de los Cien Hombres, o a las "*Common Law Jurisdictions*", según las circunstancias concretas de cada caso, confiriendo al Tribunal unas prerrogativas similares a la prestación alimentaria *inter vivos*.

La pensión revestiría un carácter variable, se adecuaría a las necesidades y exigencias de cada supuesto y su cuantía oscilará *ad casu*; sería asimismo contingente, podría no llegar a acordarse: si el demandante es mayor de edad y dispone de una fuente de ingresos propia; si no se prueba que a resultas del óbito quedó en situación de necesidad o penuria económica o si ya se cumplió este deber en vida, tampoco cabría duplicar la obligación. En todos estos supuestos habría de decaer la pretensión que pudiera plantear un hipotético alimentista.

¿Es la discrecionalidad amplia? Sí, pero no creo que resulte impropia del *Civil Law* ni tampoco de nuestro Ordenamiento jurídico. Casos similares conoce ya el Derecho civil español: se trate p. ej. de los alimentos concedidos a hijos mayores convivientes con el otro progenitor (art. 93.2 Cc) o de las pensiones por desequilibrio económico (art. 97 Cc), ambos en el contexto de las crisis matrimoniales. En los países de *Common Law* la litigiosidad no se ha disparado por este motivo (1,76%) y la cohesión familiar ha quedado salvaguardada; quizá aquí pudiera suceder algo parecido.

C. Reforma del Código civil español

Desde el punto de vista técnico, la fórmula más sencilla de dar un anclaje normativo a esta propuesta *de lege ferenda*, e introducir el derecho de alimentos *mortis causa* pasaría por: suprimir la regulación material de la legítima actual, recogida en los arts. 806 y ss. del Cc (A. CALATAYUD) y reformar o quizá retocar ligeramente el art. 150 Cc, para permitir la transmisión hereditaria del crédito alimentario, idea apuntada por PANTALEÓN PRIETO en una columna publicada en la revista "Escritura Pública".

De esta forma, se prorrogaría el deber de prestación de alimentos, correspondiente a la vertiente patrimonial de la patria potestad o derivado de la relación paterno-filial; la obligación ya no cesaría con la muerte del obligado a prestarlos sino que se prolongaría más allá de su fallecimiento, convirtiéndose en una obligación transmisible por causa de muerte, que gravaría al heredero, en forma semejante a cuanto acontecía con la legítima en alimentos de los antiguos hijos ilegítimos no naturales (cfr. art. 845 en la redacción originaria del Cc).

IV. DEFENSA DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

A. No contradice la tradición jurídica occidental

No estimo que la compresión cuantitativa de la legítima, hasta que quedase convertida la institución en una atribución meramente asistencial, ya no sólo reduciéndola a un cuarto, como p. ej. sostiene parte de la doctrina catalana, sino alterando incluso su naturaleza jurídica, recuperando el antiguo *officium pietatis* de la República romana, sea contraria a la tradición legal de Occidente.

Si la institución evolucionó a través de la creación jurisprudencial que fue la *querella inofficiosi testamenti*, desde una prestación indeterminada al albur del tribunal, se desarrolló hasta que se causalizaron los motivos de desheredación y se cuantificó la prestación, a imagen y semejanza de la *Lex Falcidia*, quedando en un tercio con Justiniano, ¿por qué no podría la legítima española "involucionar", volver a sus orígenes, regresar a su estado inicial hasta recuperar la flexibilidad y discrecionalidad propias del Tribunal republicano Centunviral? ¿Acaso tal sugerencia se aparta o contraviene nuestra tradición jurídica?

Es cierto que el Código alfonsino de las Siete Partidas, y la tradición romano-castellana, conceptuaban la legítima como un débito de Derecho natural, y por su influencia, así lo hicieron también las Leyes de Toro y las Recopilaciones posteriores, pero no lo es menos que tal cualidad venía atribuida sólo en aquella parte en que resultaba coincidente con el

crédito alimentario, es decir, era una *debita portio ius naturale* en la medida que la legítima era un subrogado de los alimentos, obligación que siempre revistió tal carácter.

La doctrina castellana del S. XVI (vgr. el vallisoletano VÁZQUEZ DE MENCHACA), hasta entrada la obra de José FEBRERO, se basó en la fórmula de los doctores italianos (BARTOLO, FULGOSIO, SOCINO): *legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis,* esto es, "la legítima, en cuanto a su sustancia, es una deuda de Derecho natural, pero en su cuantía es de Derecho civil".

Así, en forma semejante a la máxima del B. de MONTESQUIEU: "el Derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos", señalaba que aunque su fundamento fuera de Derecho natural, su tasa o cuantía tenía carácter meramente civil y, por tanto, podía fluctuar en función de las coordenadas variables de tiempo y de lugar.

Trazando un parangón con el presente, podría decirse que el fundamento de una prestación en beneficio de la familia nuclear descansa en los preceptos constitucionales, aunque su modificación, incluso convirtiéndola en un crédito alimentario, es una cuestión de política legislativa, que ya atañe sólo al legislador ordinario. De la misma forma que se redujo, como fórmula transaccional durante la etapa codificadora (de 4/5 a 2/3), podría igualmente modificarse o comprimirse más en la actualidad, sin entrar en colisión con los principios de nuestra tradición cultural.

Una refundación o renovación legítima en esta línea tampoco sería una brusca solución de continuidad, ni el derecho sucesorio de alimentos una figura completamente desconocida, totalmente foránea en nuestro país. Más allá de los precedentes romanos apuntados, nada desdeñables, han existido antecedentes próximos al tiempo presente, p. ej. en el Proyecto de Código ideado por CAMBRONERO o la legítima pagadera en alimentos dispuesta a favor de los desaparecidos hijos ilegítimos no naturales. Además, extramuros, en países vinculados a nosotros o situados en nuestra antigua órbita cultural (México, Honduras, Chile, Cuba…) se han sancionado legítimas muy similares.

C. Algunas ventajas del sistema propuesto

Una de las mayores ventajas sería la desaparición del rigor algebraico, de la frialdad aritmética del sistema legitimario que obliga a tratar con igualdad los casos desiguales, aunque, en cierta medida, se puede paliar con la mejora, institución hispánica por antonomasia. Con esta atribución alimentaria por vía sucesoria se promueve la posibilidad de realizar una distribución hereditaria más equitativa, ponderados los diversos intereses en juego y la realidad familiar por quien mejor los conoce: el propio testador.

Cubierto lo más básico, las necesidades perentorias de la familia (manutención y educación), el sentido de la disposición *mortis causa* se basa en una elección totalmente libre. Podría concederse una mayor cobertura a la posición del cónyuge viudo, como ha sido siempre una constante en el Derecho anglosajón, atendiendo así a la voluntad mayoritaria expresada por los comparecientes al otorgar testamento ("del uno para el otro…") en España, no sólo en Aragón sino en los territorios donde rige el Código (BAYOD LÓPEZ). Esta tendencia viene corroborada por la opinión más cercana a la realidad de la *praxis* que nos ofrece el colectivo notarial (V. MAGARIÑOS, DE LA ESPERANZA, etc.).

Se contribuye también a robustecer la posición del futuro causante, ya octogenario, dotándole de un arma poderosa para someter a hijos díscolos y despreocupados, remunerar o gratificar los cuidados de una tercera persona en las postrimerías de la vida; en términos generales, asegurarse una vejez más digna o, simplemente, hacer lo que quiera con los ahorros, después de toda una vida de trabajo y muy probablemente de completa dedicación a su familia.

Finalmente, de existir un punto de encuentro entre las dos familias europeas, *Civil Law* y *Common Law*, que conforman la tradición jurídica occidental, yo creo que vendría dado por esa tercera vía, ese *tertium genus* que suponen las restricciones flexibles a la libertad de testar,

ya experimentadas en la tradición continental merced a la queja de testamento inoficioso y representada, en época más cercana al presente, por las pensiones familiares “anglosajonas”.

La pensión de alimentos por vía sucesoria, *leitmotiv* de mi tesis doctoral, podría servir de entendimiento recíproco, de punto de convergencia en el marco europeo, para la futura elaboración de un Derecho civil unificado -si es que llega alguna vez a consumarse- o, al menos, como principio de aproximación en este ámbito, hacia un futuro régimen sucesorio más armonizado.

¿CRISIS DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL? AVANCES Y RETROCESOS EN LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES TRAS LA REFORMA DE 2009

Andrés Bautista Hernáez
Área de Derecho Internacional Público
Universidad de Málaga

Resumen
La Jurisdicción Universal aparece recogida en el Derecho Internacional convencional y consuetudinario. Los casos de Argentina y Chile marcaron un hito en nuestro país, y el uso de la J.U. frente a los países poderosos (EE.UU. o China) ha llevado a la reforma express del artículo 23.4 L.O.P.J. para poder limitarla y evitar así los problemas diplomáticos que estaba causando. Al requerir ahora puntos de conexión para poder ejercer la J.U., los procesos abiertos en España inevitablemente serán archivados por falta de vínculos con la jurisdicción española.

Palabras clave
Jurisdicción Penal Universal, extraterritorialidad penal, reforma del artículo 23.4 LOPJ

¿Crisis on the Universal Jurisdiction?
Progress and setbacks in the application of universal jurisdiction by Spanish courts after the 2009 amendment

Abstract:
Universal Jurisdiction is contained both in Conventional and Customary International law. Argentina and Chile cases were relevant for our country and the use of U.J. against powerful countries (U.S. or China) has led to the reform of Article 23.4 L.O.P.J. It was done to limit and avoid the diplomatic problems it was causing. The requirement of connection points to exercise the U.J. will provoke the end of many processes due to the lack of links with the Spanish jurisdiction.

Key words:
Universal Jurisdiction, criminal extraterritoriality, amendment of Article 23.4 LOPJ

1. La Jurisdicción Universal: concepto y caracteres

Por lo que a la J.U. afecta, «jurisdicción»[1] es, dentro de ese conjunto de competencias que el Estado puede ejercer en el espacio, **la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,**

[1] Para lo que a nuestro trabajo interesa, haremos referencia al sentido «competencial» del término jurisdicción, esto es, al imperio del conjunto de competencias que un Estado puede ejercer en el espacio. Aquí estaría incluida la noción procesalista clásica que entiende la jurisdicción como la función estatal que consiste en la tutela o realización del derecho objetivo1. Siguiendo esta definición, podemos hablar de las aguas jurisdiccionales de un Estado, de espacios sometidos, o no, a la jurisdicción de los Estados o de competencias exclusivas de un Estado. SÁNCHEZ LEGIDO, por su parte define el término «jurisdicción» en sentido amplio, aplicado a los sistemas continentales, como «la proyección del conjunto de las competencias estatales en el espacio […] o las competencias exclusivas de un Estado»; y, en relación con el Principio de Jurisdicción Universal, la jurisdicción hace referencia «al núcleo de problemas relacionados con la proyección de las competencias estatales en el espacio»; en Sánchez Legido, A., Jurisdicción... op. cit., p. 21.

declarando el derecho aplicable a determinada relación o situación por parte de los Juzgados y Tribunales de ese Estado.

El principio de J.P.U. es denominado de múltiples maneras por la doctrina científica[2], sin embargo, debemos tener cuidado pues no todos los términos utilizados se refieren exactamente a la misma institución. Además, un mismo término puede poseer distintos significados[3]. No vamos a detenernos en profundidad en la discusión doctrinal a cerca del concepto del principio de J.U.[4]. Para este trabajo, tomaremos la definición que ha recibido mayor aceptación por parte de la doctrina científica y de las instituciones jurídicas[5], y que

---

[2] Así, puede encontrarse términos como: *principio de Jurisdicción Universal, jurisdicción penal universal, principio de justicia universal, principio de derecho mundial, principio de justicia cosmopolita, principio de jurisdicción extraterritorial de los tribunales nacionales, principio de universalidad o principio de justicia internacional*, vid. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Editorial La Ley, Madrid, 1ª edición, 2008, p. 95, nota pie núm. 45.

[3] Así, autores como KISSINGUER, GUTIÉRREZ BAYLÓN, CASTRESANA o REYDAMS difieren en la definición del principio de J.U. Unos entienden por tal *un movimiento consistente en someter la política internacional a procesos judiciales* (KISSINGER), otros lo consideran una *versión judicial de la globalización económica* (GUTIÉRREZ BAYLÓN), y otros lo definen como un *derecho del Estado* (Principio 13 de los Principios de Bruselas). Vid. PERAZA PARGA, L., *La Jurisdicción Universal: una realidad en constante construcción*, en «Dikaion: revista de actualidad jurídica», núm. 15 (2006), p. 328 y 329; Principios de Bruselas contra la impunidad y por la Justicia Internacional, adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional, disponible en *http://www.amnestyinternational.be/doc/agir-2099/nos-campagnes/justice-internationale-295/Les-principes-de-Bruxelles/* (accedido el 21 de noviembre de 2012 y para las demás páginas web).

[4] La discusión doctrinal sobre el concepto y contenido del Principio de Jurisdicción Penal Universal podemos encontrarla, sin ánimo de exhaustividad en: YEE, S., *Universal Jurisdiction: Concept, Logic and Reality*, en C.J.I.L. (2011), 503-530; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. *et al*, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, 2ª edición, 2010, p. 75; AU-EU TECHNICAL AD HOC EXPERT GROUP ON THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION, *REPORT*, distribuido como «COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Report of 16 April 2009, Document 8672/1/09 REV 1»; OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Editorial La Ley, Madrid, 1ª edición, 2008, p. 95; PERAZA PARGA, L., *La Jurisdicción Universal: una realidad en constante construcción*, en «Dikaion: revista de actualidad jurídica», núm. 15 (2006), pp. 328-329; REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 28-48, citado por PIGRAU I SOLE, A., *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, en Colección Recerca per Drets Humans 03, Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2009, p. 24; O'KEEFE, R., *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basis Concept*, en «J.I.C.J» núm. 2, 3 (2004), pp. 735-760; ARVOUR, L., *Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?*, en J.I.C.J., núm. 1 (2003), pp. 585-588; ASCENSIO, H., *Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals*, en J.I.C.J. Núm. 1, 3 (2003); SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 21; CASSESE, A., *Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Univesal Jurisdiction*, en «J.I.C.J» núm. 1, 3 (2003), pp. 589-595; AMNESTY INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, chap. I Definitions, September, 2001 y Chap. II The History of Universal Jurisdiction, September, 2001; MARTÍN MARTÍNEZ, M.-M., *Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales*, en SALINAS DE FRÍAS, A. (coord..) «Nuevos Retos del Derecho: integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos / Unión Europea», Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2001; Documento de la AGNU A/56/677 (2001), *Anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas: «Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal»*, p. 14; GARCÍA ARÁN, M. Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coordinadores), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 66-67; FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Un Enfoque paso a paso sobre el Ejercicio de la Jurisdicción (Penal) Universal en los Países de Europa Occidental*; disponible en *http://www.fidh.org/-Jurisdiccion-universal-*; RANDALL, K.C., *Universal Jurisdiction under International Law*, Tex.L.Rev. núm. 66 (1988).

[5] El Principio de Jurisdicción Penal Universal ha sido abordado en el seno de la O.N.U. aunque de forma indirecta. Podemos observar aspectos sobre la Jurisdicción Universal en el tema «Immunity of State

además ha sido empleada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.)[6]. Así, pese a la amplitud de términos que son utilizados para designar al Principio de Jurisdicción Penal Universal, la gran mayoría hace referencia a la misma idea: la capacidad que tienen los tribunales internos (domésticos) de un Estado de investigar y juzgar una serie de crímenes considerados como los más graves para la sociedad internacional, con independencia del lugar de comisión, de la nacionalidad de la víctima o del presunto responsable e incluso, del lugar donde se encuentre éste último, y sin que se atente contra los intereses nacionales del Estado. Tal y como señala RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO:

> «El fundamento último de la jurisdicción universal se encuentra en la comunidad de intereses que existe entre los Estados respecto a la necesidad de proteger penalmente determinados valores y evitar la impunidad de ciertos delitos»[7].

Y es que está aceptado por los defensores de este principio, que el mismo no tiene su fundamento en el interés individual del Estado[8] que lo aplica (puesto que tal interés no es el que actúa como punto de conexión) sino en el interés de la comunidad internacional en su conjunto, que va a ser defendido por el Estado en cuestión.
De este modo podemos definir la institución a analizar como: *la capacidad o competencia de las autoridades judiciales de un Estado para conocer de determinados delitos, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los autores y las víctimas y sin que se vean afectados los intereses nacionales del Estado. Dichos delitos no son delitos comunes sino que son una serie de delitos que atentan contra bienes jurídicos internacionales*

Officials from Foreign Criminal Jurisdiction», pero sobre todo al estudiar el tema *International Criminal Law*, en especial en «la Formulación de los Principios de Nurenberg» y en las «Cuestiones sobre jurisdicción penal internacional». También ha sido abordado en el tema sobre «la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)» (Informe Preliminar, Doc. NN.UU. A/CN.4/571, especialmente las páginas 5-11. Segundo Informe Doc. NN.UU. A/CN.4/585, pp. 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 22 y 23. Tercer informe, Doc. NN.UU. A/CN.4/603, p. 4, 8, 11, 23 y 28; Cuarto informe, Doc. NN.UU. A/CN.4/648, p. 6, 7, 13 y 24). En la Corte Internacional de Justicia tampoco ha sido analizado el tema de forma directa, sin embargo, sí podemos encontrar referencias indirectas en algunos asuntos como: «Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium *v.* Senegal), 2009»; «Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo *v.* Belgium), 2000» (Fallo de 14 de febrero de 2002, en Resúmenes de los Fallos, Opiniones Consultivas y Providencias de la Corte Internacional de Justicia 1997-2002 (ST/LEG/SER.F/Add.2) pp. 225, 227, 231-233; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique, arrêt, *C. I. J. Recueil* 2002, p. 3).

[6] Ha sido definido como: «la capacidad del fiscal o del juez investigador de cualquier Estado para investigar o ejercitar la acción penal contra personas por delitos cometidos fuera del territorio del Estado que no están vinculados con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de la víctima o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado» en Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/571, *Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, p. 6, parr. 19.

[7] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.-L. *et al*, *Evolución y principios de la Justicia Penal Internacional*, Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1ª edición, 2007, p. 76.

[8] En España, los aspectos relativos al ejercicio de la potestad jurisdiccional aparecen recogidos principalmente en los artículos 4, 9, 10, 21 y 23 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm. 157, de 2 de julio). Según la legislación española existen varios puntos de conexión por los cuales pueden conocer los Tribunales españoles de un determinado asunto. El principal es el principio de territorialidad, pero también existen varios supuestos de extraterritorialidad penal contemplados en la L.O.P.J. como el principio de personalidad activa y pasiva, el principio de protección de intereses nacionales, el de jurisdicción universal y el principio de justicia supletoria. Vid. sobre estos principios PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. *et al*, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, 2ª edición, 2010, p. 78.; BOTTINI, G., *Universal Jurisdiction after the Creation od the International Criminal Court* en «International Law and Politics» Vol. 36 (2004), p. 511; O'KEEFE, R., *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basis Concept*, en «J.I.C.J.» núm. 2, 3 (2004), p. 738; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción… op. cit.*, p. 32; MARTÍN MARTÍNEZ, M.-M., *Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales*, en SALINAS DE FRÍAS, A. (coord..) «Nuevos Retos del Derecho: integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos / Unión Europea», Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2001, pp. 153 y ss.

de especial importancia para la sociedad internacional[9]. En este sentido, tales delitos son, entre otros[10], los crímenes de guerra[11], el delito de genocidio[12], el delito de lesa humanidad o contra la humanidad[13] y la piratería[14].

2. Reforma del Artículo 23 L.O.P.J. por la L.O. 1/2009: ¿retroceso del Principio de Jurisdicción Universal?

2.1. CONTENIDO DE LA REFORMA

Tras ella, el tenor del artículo 23.4 y 23.5 queda como sigue:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio *y lesa humanidad.*
b) Terrorismo.
c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

---

[9] Documento NN.UU. A/CN.4/571, *Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, p. 6.

[10] La doctrina científica no es unánime en la determinación de los delitos perseguibles a través de la J.U., siendo los enunciados aquellos que no son discutidos. Vid. sobre la polémica doctrinal: OLLÉ SESÉ, M., *Justicia... op. cit.*, p. 200, nota 292; BOTTINI, G., *Universal… op. cit.*, pp. 527-543;CASSESE, A., *International... op. cit.*, pp. 437-450; MARTÍN MARTÍNEZ, M.-M., *Jurisdicción... op. cit.*, p. 160; Los Principios de Princeton, Documento AGNU A/56/677 *op. cit.*, p. 15; SHY KRAYTMAN, Y., *Universal... op. cit.*, pp. 109-117; AMBOS, K., *Derecho... op. cit.*, p. 65.

[11] El denominado Derecho de Ginebra compuesto por el Convenio de Ginebra (I) *para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña* de 1949 (B.O.E. de 23 de agosto de 1952), el Convenio de Ginebra (II) *para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar* de 1949 (B.O.E. de 26 de agosto de 1952), el Convenio de Ginebra (III) *relativo al Trato de los Prisioneros de guerra* de 1949 (B.O.E. de 5 de septiembre de 1952), el Convenio de Ginebra (IV) *relativo a la Protección de Personas Civiles en tiempo de Guerra* de 1949 (B.O.E. de 2 de septiembre de 1952), el Protocolo (I) *Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* de 8 de junio de 1977 (B.O.E. núm. 177 de 26 de julio de 1989; corr. Errores B.O.E. núm. 241 de 7 de octubre de 1989), el Protocolo (II) *Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Victimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional* de 1977 (B.O.E. núm. 177 de 26 de julio de 1989; corr. Errores B.O.E. núm. 241 de 7 de octubre de 1989), el Protocolo (III) *Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional de 8 de diciembre de 2005* (B.O.E. núm. 42 de 18 de febrero de 2011)

[12] Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, United Nations, U.N.T.S., Vol. 78, p. 277 (B.O.E. núm. 34 de 8 de febrero de 1969).

[13] Convención de Nueva York *sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de 26 de noviembre de 1968 (entrada en vigor 11 de noviembre de 1970), United Nations, *U.N.T.S.*, Vol. 754, p. 73 (España no es Parte en esta Convención). A diferencia de otros crímenes internacionales, los crímenes de lesa humanidad no han sido codificados en un Tratado internacional, por lo que deberemos acudir para su concreción al Derecho de Nuremberg, al Proyecto de Código de la C.D.I. de 1996, la Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda y la definición del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M.-M., *Jurisdicción... op. cit.*, pp. 158 y 159, nota 33; VAN DEN HERIK, L.J., *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005. Sobre el Desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad puede verse: MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes Contra la Humanidad*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

[14] Convenio de Montego Bay sobre Derecho del Mar, Hecho el 10 de diciembre de 1982. Entrada en vigor general el 16 de noviembre de 1994 y para España el 14 de febrero de 1997 (B.O.E. núm. 39, de 14 de febrero de 1997).

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, *en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos*, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. *Si se tramitara causa penal en España por* los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo»[15].

Se producen cambios tanto cuantitativos, respecto de la modificación del catálogo de delitos perseguibles por la J.U. (sin perjuicio de la cláusula general de la letra *h*), como cualitativos, por cuanto se van a introducir requisitos para el ejercicio de la J.U. que permiten a algún autor afirmar la eliminación de este principio en la legislación española[16]. Además, esta reforma choca con la dinámica que había sido ratificada por la S.T.C. 237/2005, de 26 de septiembre, que permitía una consideración absoluta de la J.U. sin requerir otro punto de conexión con la jurisdicción española ni con España, más que el propio P.J.P.U.

Respecto a los primeros, se modifica la letra d) y se elimina el delito de Falsificación de moneda extranjera que había estado en el catálogo del 23.4 desde su promulgación en 1985. Asimismo, se modifica la letra *a)* de este precepto para incorporar el delito de lesa humanidad, junto con el de genocidio. Algún autor echa en falta la incorporación de los crímenes de guerra junto con estos dos crímenes que finalmente no apareció en el texto de la L.O.P.J. 1985[17]. De todos modos, recordamos que según la cláusula de la letra *h)* estos crímenes pueden ser perseguidos en virtud de la J.U.

Respecto de las modificaciones cualitativas, la introducción de requisitos para «limitar» la J.U., la doctrina viene distinguiendo las críticas según se refiera a la forma o al fondo de la reforma[18]. Respecto de la forma, se critica la precipitación con que se llevó a cabo y el procedimiento. En lugar de tramitar la reforma de la L.O., se incluyó aprovechando el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, sustrayendo así el debate del Parlamento y la sociedad[19]. Esto fue criticado muy duramente por la doctrina[20], como muy bien expresó el profesor REMIRO

---

[15] La cursiva es nuestra, y muestra la modificación respecto de la versión anterior del precepto.

[16] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución Restringida de los Delitos que lesionan valores esenciales de la Comunidad Internacional: sigue existiendo la Jurisdicción Universal en España?*, en «Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política» núm. 15, enero (2012), pp. 65-90, p. 78.

[17] Según señala FERRER LLORET, el legislador español pretendía en un primer momento incorporar un tercer inciso en la letra *a)* para los crímenes de guerra, que sin embargo en la fase de Senado se eliminó. A cambio, se introdujo en la letra h) la referencia a los «Convenios de Derecho Internacional Humanitario». Vid. FERRER LLORET, J., *The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)*, en «*S.Y.I.L.*» Vol. XV (2011), pp. 86-87.

[18] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 81.

[19] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 81; MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *El Principio... op. cit.*, p. 277.

[20] No sólo por los estudiosos del Derecho, desde que se conoció la intención de proceder a la reforma, los Jueces de la Audiencia Nacional se opusieron a la misma, al igual que lo hicieron organizaciones en defensa de Derechos Humanos. Vid. MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *El Principio... op. cit.*, p. 277.

BROTÓNS, «...parece una chapuza impuesta por las circunstancias del momento», y ESPÓSITO la calificó de «subrepticia»[21].

Respecto a las cuestiones de fondo, se modifica el carácter de la J.U. contenida en el artículo 23.4 L.O.P.J. 1985, y se establecen los siguientes requisitos que deben cumplirse para que puedan conocer los Tribunales españoles:

1) Presencia en el territorio nacional del responsable. Con la dicción del 23.4. pfo. 2º se establece que «deberá quedar acreditado que los presuntos responsables se encuentren en España». Este requisito de la presencia, al igual que ABAD CASTELOS, parece oponerse al sentido incluido en las obligaciones internacionales suscritas por España, en especial respecto de los crímenes de guerra[22]. En efecto, si los Tratados internacionales no imponen requisitos al ejercicio universal de la jurisdicción, sino que junto con otros principios admiten que se pueda perseguir a una persona sin ningún otro nexo de conexión, no parece razonable que se requiera la presencia del presunto criminal en territorio. Con esta reforma, se eliminaría la posibilidad de solicitar la extradición de presuntos responsables para poder ejercitar la acción penal sobre ellos. No obstante, en virtud de la cláusula expuesta en el mismo precepto, podría entenderse que «salvo lo dispuesto en tratados y convenios internacionales» posibilita que, en la medida en que algunos crímenes internacionales sí lo permitieran, el ejercicio absoluto de la J.U.

2) Seguidamente se establece una obligación alternativa con la anterior, según la cual o se encuentran en España o « que existan víctimas españolas». Este más que un requisito lo que supone es la introducción del principio de personalidad pasiva en nuestro ordenamiento, pues el fundamento del mismo (como ya se vio en este trabajo) reside en la protección de los nacionales[23] por el Estado, y no en la protección de los valores esenciales de la Comunidad internacional[24].

3) Otro requisito añadido es el de «que exista algún vínculo de conexión relevante con España». La cuestión que debe hacerse es ¿en qué consiste este vínculo de conexión relevante? Se trata de un concepto indeterminado que dificulta la seguridad jurídica y la correcta aplicación de este principio. En esta línea debe advertirse que si se plantea aquí el vínculo como fundamento de una protección de intereses estatales, el lugar apropiado debería ser el apartado 3 del art. 23 referido al principio de protección de intereses[25].

4) El último requisito introducido se refiere a la subsidiariedad de los tribunales españoles respecto de otros tribunales, bien nacionales, bien internacionales. Así se establece que debe quedar acreditado «... que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva [...] de tales hechos punibles». En este caso, se sobreseerá provisionalmente la causa abierta en España (23.4. pfo. 3º). Este requisito ha suscitado críticas en cuando al peligro que supondría que se alegue que se está conociendo del asunto en otro Tribunal, pese a que no fuera efectivo, con el consiguiente fraude. También que se atribuye a los tribunales españoles la potestad de valorar cuando hay una investigación y persecución efectivas en otros países[26].

Sin embargo, en mi opinión, el P.J.P.U. tal y como se ha configurado en este trabajo, es un principio que por varias razones tiene que ser subsidiario respecto del principio de territorialidad, o de otras jurisdicciones más cercanas a los hechos. La J.U. permite el

---

[21] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 82.
[22] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 85.
[23] Al respecto se discutió al alcance del concepto «nacionales», y si entrarían personas nacionalizadas a posteriori, o con vínculos de residencia. Al respecto vid. FERRER LLORET, J., *The Principle… op. cit.*, p. 93.
[24] En este sentido: ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 83.
[25] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 85; FERRER LLORET, J., *The Principle… op. cit.*, pp. 92 y ss.
[26] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 86; FERRER LLORET, J., *The Principle… op. cit.*, pp. 94 y ss.

conocimiento de una causa sin ningún tipo de relación o cercanía con los Tribunales que enjuician, y por la mayor cercanía con las pruebas y testigos, este principio es subsidiario respecto de otras jurisdicciones. Además, el mismo precepto establece que la investigación y persecución deban ser efectivas, por lo que, a priori, rechaza que puedan ser montajes o investigaciones espurias cometidas en fraude de ley. Otro aspecto es cómo considerar que tales investigaciones son reales y efectivas. Esto es un asunto que debe quedar sujeto al leal saber y entender del órgano jurisdiccional, como no puede ser de otro modo.

2.2. CAUSAS DE LA REFORMA: PROBLEMAS POLÍTICOS/DIPLOMÁTICOS[27]

Uno de los grandes inconvenientes que genera el ejercicio de la Jurisdicción Universal, es el de los problemas políticos y diplomáticos. Desde nuestro punto de vista ésta fue y no otra, una de las razones fundamentales por la que se limitó la aplicación de la Jurisdicción Universal en España[28].

Y es que los problemas diplomáticos originados como resultado de los procesos abiertos ante tribunales españoles han sido constantes. Desde el caso Pinochet, en el que el Gobierno chileno procuró un boicot comercial, así como reclamaciones formalmente ante instancias internacionales. Pasando por el caso Guatemala, hasta el Caso Ruanda, en el que precipitó una condena por parte de la Unión Africana por abuso del principio de J.U.[29]. Incluso han llegado conflictos hasta las más altas esferas internacionales por la aplicación de la J.U. como demuestran los casos ante la C.I.J. «Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo *v.* Belgium)», 2000 y «Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite» (Belgium *v.* Senegal), 2009.

En efecto, esta reforma de la J.U. operada por la Ley Orgánica 1/2009, fue fruto de las presiones ejercidas sobre el Gobierno de España por parte de otros gobiernos (EE.UU., China e Israel, entre otros) por los procesos abiertos ante la Audiencia Nacional contra algunos de sus nacionales o máximos dirigentes (Guantánamo, Tíbet, territorio ocupado de Palestina)[30], a pesar de lo que pueda defenderse en otros foros[31].

A pesar de la grandilocuencia que suponen las palabras de un político o gobernante sobre la necesidad de reprimir y castigar delitos abominables como el genocidio o los de lesa humanidad, el verdadero problema en contra del P.J.P.U. es el de índole político, que efectivamente está haciendo cambiar las legislaciones de los Estados en el sentido de restringir

---

[27] Sobre el proceso de la reforma y su tramitación por el Parlamento español puede consultarse: ESTEVE MOLTÓ, J.E., *Causes and Initial Effects of the Spanish Organic Law 1/2009 Reforming the Principle of Universal Jurisdiction in Spain*, en «S.Y.I.L.», Koninklijke Brill, vol. XVI (2012), pp. 36 y ss; FERRER LLORET, J., *The Principle… op. cit.*, pp. 83 y ss.

[28] En este sentido ESTEVE MOLTÓ, J.-E., *Causes… op. cit.*, pp. 31 y ss.

[29] De hecho la protesta llegó hasta la ONU, en la que se solicitó se discutiese por la Asamblea General el abuso del principio de J.U. (Doc. NN.UU. A/63/237. Vid. ESTEVE MOLTÓ, J.-E., *Causes… op. cit.*, p. 32.

[30] FERRER LLORET, J., *The Principle… op. cit.*, p. 85; ESTEVE MOLTÓ, J.-E., *Causes… op. cit.*, pp.19-53.

[31] Según consta en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2009, se procede a la reforma: «para, de un lado, *incorporar tipos de delitos* que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbres del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el *principio de subsidiariedad* y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo». No obstante, en el propio Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados español, en palabras del Sr. VILLARRUBIA MEDIAVILLA del Grupo Parlamentario Socialista: con la reforma «[...] se pretende también homologar nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno europeo, porque **era** —y es— **una posible fuente de generación de conflictos** el uso poco prudente —aunque bienintencionado— de lo que era —y es todavía— nuestra vigente regulación de la jurisdicción universal un tanto o prácticamente ilimitado, como ha dicho el Tribunal Constitucional [...]», D.S.C.D., IX Leg., nº 315, p. 22.

la aplicación de la Jurisdicción Universal[32]. Los problemas relacionados con la incoherencia o falta de unidad del sistema apenas se han manifestado, incumpliéndose así los pronósticos de los detractores de este principio.

Por estos motivos, sólo una acción concertada de un número significativo de Estados de la Comunidad internacional podría aliviar la carga política que supone el ejercicio de la J.U. si existiese un grupo más o menos relevante en claro favor de la J.U. se reducirían las posibles presiones políticas y externas que se ejercen por Estados «fuertes» para que se restringa este principio[33].

3. Efectos de la reforma

Tal y como señalan MÁRQUEZ CARRASCO y MARTÍN MARTÍNEZ[34], los límites y requisitos a la J.U. introducidos mediante la reforma de 2009 van a tener efectos sobre las causas pendientes ante los tribunales españoles; efectos devastadores, en nuestra opinión.

Puede observarse como ejemplo paradigmático que, muy seguramente sufrirán el resto de casos, el sucedido en el Caso Tibet (2005). Pues bien, el 6 de octubre de 2011 se dicta Auto del T.S. 1566/2011[35] en el recurso de casación 857/2011. En dicho Auto se establece que «PRIMERO: [...] B) El actual apartado 4 del art. 23 de la LOPJ en materia de extensión de la jurisdicción española, redactado de conformidad con la reforma efectuada por LO 1/09 [...], tal y como reza la propia exposición de motivos [...] *ha venido a realizar «un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la jurisdicción universal»*[...]. C)[...] que a tenor de la actual redacción del precepto precitado, de aplicación insoslayable por los Tribunales españoles, la extensión de la jurisdicción española está supeditada como «conditio sine qua non» [...] a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España».[36]

Respecto a la violación del principio de irretroactividad de disposiciones no favorables alegada por al recurrente, la Sala fundamenta en el mismo Auto que: «SEGUNDO: C) [...] Es claro que encontrándonos ante un proceso litispendente, el análisis acerca de la ausencia o no de jurisdicción, en cuanto a un ámbito perteneciente al «ius cogens», es una cuestión abordable en cualquier momento del «iter» procedimental, por lo que la aplicación de la norma precitada, no reviste tacha casacional alguna».

Así, nos encontramos con que, a pesar del análisis que pudiera hacerse de los Convenios Internacionales sobre la materia, el órgano judicial entendió que de todos modos, la jurisdicción española queda supeditada a la existencia de un vínculo de conexión. Respecto a la aplicación retroactiva de la reforma procesal, y la posible violación del principio de legalidad, el T.S. alegó que la norma no sólo entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el B.O.E., sino que no limitó su aplicabilidad en ninguna cláusula, por lo que nada impide sus efectos retroactivos a las causas ya existentes.

Esta es una muestra de lo que sucederá en los casos abiertos o que se presenten ante los tribunales españoles. Si la acusación no consigue demostrar los requisitos del 23.4 L.O.P.J. 1985 (presencia en territorio, víctimas españolas o vínculo con España) no serán admitidas a trámite, o serán sobreseídas, casi con total seguridad.

4. Conclusiones

Como conclusiones podemos destacar respecto del Principio de Jurisdicción Penal Universal, lo siguiente:

---

[32] Al respecto puede verse REYDAMS, L., *Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law*, en «I.J.C.J.» núm. 1, 3 (2003), pp. 679-689.
[33] ABAD CASTELOS, M., *La Persecución... op. cit.*, p. 88, citanto a PÉREZ GONZALEZ.
[34] MÁRQUEZ CARRASCO, C. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *El Principio... op. cit.*, p. 292.
[35] Un extracto del Auto y su comentario por ESTEVE MOLTÓ puede encontrarse en el apartado de *Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional*, de la R.E.D.I. Vol. LXIV (2012), pp. 158-161.
[36] La cursiva es mía.

1. El principio de J.U. **se presenta como un mecanismo para el ejercicio de la Responsabilidad Internacional del Individuo**, en virtud de distintas normas de Derecho Internacional convencional y consuetudinario. No obstante, **resulta difícil admitir de forma absoluta que la J.U. aparece contenida en la costumbre internacional**. El principio existe y se aplica, sin embargo, debemos atender a cada uno de los ilícitos y ver si los Tratados que los contienen permiten la represión universal de los mismos.

En todo caso, **mediante la J.U. van a aplicarse los Convenios internacionales que tipifican crímenes internacionales** –tras su recepción y consiguiente transformación en Derecho interno– **por los Tribunales nacionales**.

2. Existe una gran dispersión, producto tal vez de su reciente creación, en cuanto a lo que se entiende por J.U., observándose gran confusión en la doctrina científica y en la práctica de los Estados. **La Jurisdicción Universal es un principio de Derecho Internacional Público, que se configura como la capacidad o competencia de las autoridades de un Estado para conocer de determinados delitos, con independencia del lugar de su comisión, de la nacionalidad del autor o de la víctima, sin que afecten a intereses Estatales**. La atribución de jurisdicción penal se realiza para la investigación y castigo de **conductas constitutivas de crímenes que atentan contra bienes jurídicos internacionales de especial importancia**.

3. Íntimamente relacionados con la J.U. se encuentran estos crímenes internacionales. Tal y como hemos definido **el P.J.P.U., éste se aplica respecto de los crímenes internacionales**. Sin embargo, resulta problemática la determinación de en qué consisten estos crímenes, y sobre todo, si se permite la persecución universal de los mismos. El hecho de que no haya un catálogo de delitos internacionales perseguibles por J.U. demuestra que **cada crimen es autónomo** y que habrá que estar a cada delito concreto si es o no crimen internacional y si se puede o no perseguir por J.U. Para ello deberemos acudir principalmente a su regulación en los tratados, la costumbre y además, a la práctica estatal.

4. **Los Convenios internacionales que tipifican los crímenes internacionales establecen bien la territorialidad, bien la nacionalidad cuando no la J.U. facultan a los Estados para que persigan estos delitos sin perjuicio de lo que dispongan en sus legislaciones nacionales**. Por tanto, la interpretación que debe hacerse al respecto es que **tales Convenios facultan el ejercicio de la J.U.**, pues en otro caso prohibirían extender la jurisdicción por encima de los límites fijados en los diferentes Tratados.

5. Respecto a la regulación en España, debemos destacar la importancia de la **Sentencia del Constitucional 237/2005, pues supuso la afirmación al más alto nivel de la legitimidad y la legalidad del P.J.P.U. como principio autónomo de atribución de jurisdicción** para el conocimiento de determinados crímenes internacionales. De la doctrina que emana esta sentencia es normal que se piense que la reforma de 2009 de la L.O.P.J. es inconstitucional por vulnerar la doctrina el T.C. Sin embargo hasta la fecha nadie ha discutido sobre este extremo. Y sí que se aplica la nueva versión del artículo 23.4 de forma retroactiva, con el consiguiente archivo de las causas que no puedan cumplir con los requisitos que se establecen.

6. **La reforma del artículo 23.4 L.O.P.J. 1985 operada por la L.O. 1/2009, ha restringido el principio de J.U. de la legislación española de manera prácticamente eliminatoria**. En efecto, lo que produce en la incorporación del principio de personalidad pasiva (hasta entonces inexistente en nuestro derecho), y una especie de versión del principio de protección de intereses. De cualquier forma, la J.U. no puede ni debe limitarse en los elementos sustanciales de la misma, como lo que en sí representa, una herramienta para poder juzgar por crímenes internacionales a personas que no están siendo juzgadas. Si es adecuado limitar su uso a los casos en que realmente sea necesario que los tribunales conozcan del supuesto (falta o incapacidad de otro tribunal para juzgarlo). Pero puesto que la jurisdicción ejecutiva no puede aplicarse fuera de las fronteras del territorio, no deben iniciarse actuaciones en las que será muy difícil o imposible la obtención de pruebas (por falta de reconocimiento de las comisiones rogatorias, de las órdenes de detención, etc.).

La J.U. sí es útil, pues **sirve de acicate para que las jurisdicciones correspondientes se sientan motivadas a iniciar actuaciones judiciales**. De este modo se consigue el objetivo principal y último de esta institución, evitar la impunidad de ciertos delitos.

7. La defensa del P.J.P.U. no es óbice para que puedan formularse mejoras sobre la regulación nacional e internacional de este principio. Así, se defiende la **necesidad de armonizar** tanto en el plano supraestatal como (y sobre todo) en el nacional y entre ambos. Así, deben armonizarse tanto los distintos tipos penales como sus penas. También deben establecerse marcos comunes sobre el procedimiento a seguir (derechos, garantías, obligaciones).

Una propuesta sería la de establecer unas reglas para **solucionar los posibles conflictos de competencia entre las jurisdicciones** que quieren juzgar con base en la J.U., pues puede darse el *forum shopping*, y de esta manera una persona pueda inculparse en el Estado que le sea mas favorable[37].

8. En cuanto a la aplicación retroactiva de la nueva regulación de la J.U., en nuestra opinión, **las obligaciones derivadas de las normas convencionales firmadas por España impedirían que se anulase la J.U. de la legislación española**. Por esto, debe interpretarse el art. 23.4 empleando la cláusula inicial «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España», por lo que aquellos crímenes internacionales recogidos en Tratados en los que España sea parte, y que permitan el ejercicio universal de la jurisdicción, deberán ser aplicados. Pero como ya he dicho, habrá que estar a los casos concretos y por tanto, existen Convenios en los que «no se prohíbe», pero tampoco se contempla como una obligación, sino como un derecho del Estado.

ANEXO:
CUADRO RESUMEN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN ESPAÑA[38]

Tabla 1: Crímenes contra el Derecho de Gentes

Crimen contra un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida	**Precepto de la Ley procesal española**	**Preceptos del Derecho Penal español**
a) Atentado contra su vida	23.4.h) L.O.P.J.	605.1 C.P.
b) Atentado contra su salud o integridad física	23.4.h) L.O.P.J.	605.2. C.P.
c) Cualquier otro delito	23.4.h) L.O.P.J.	605.3 C.P.
d) Violación de la inmunidad personal	23.4.h) L.O.P.J.	606 C.P.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2: Genocidio

Crimen de genocidio: (art. 6 E.C.P.I.) uno de los actos enumerados en la lista, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes como tal	**Precepto de la Ley procesal española**	**Preceptos del Derecho Penal español**
a) Matanza de miembros del grupo	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.1 C.P.
b) Agresión sexual a alguno de sus miembros o los lesionaren	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.2 C.P.

[37] En RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales, creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Madrid, 1999, citado por MARTÍN MARTÍNEZ, M.-M., *Jurisdicción... op. cit.*, p. 168, nota 67.

[38] Nota: las referencias a la L.O.P.J. se hacen a la de 1985, y al C.P. de 1995, en sus versiones actualizadas a septiembre de 2012.

c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o les produzcan lesiones	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.3 C.P.
d) Desplazamientos forzosos (desplazamientos del grupo o sus miembros, o trasladar a individuos de un grupo a otro)	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.4 C.P.
e) Medidas destinadas a impedir nacimientos (que tiendan a impedir su género de vida o reproducción)	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.4 C.P.
f) Producir una lesión distinta de las anteriores	23.4.*a)* L.O.P.J.	607.1.5 C.P.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3: Crímenes de Lesa Humanidad

Crimen contra la humanidad: (art. 7 E.C.P.I.) Uno de los actos individuales enumerados en la lista, cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella 1)Por pertenencia a grupo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otro inaceptable según el D.I. 2) En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión de un grupo racial sobre otro/s y con intención de mantener ese régimen	**Precepto de la Ley procesal española**	**Preceptos del Derecho Penal español** 607bis 1.1 C.P. 607bis 1.2 C.P.
a) Matare	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.1 C.P. (Homicidio) 607bis 2.1 pfp 2ºC.P. (Asesinato)
b) Violencia sexual	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.2 C.P. (Violación) 607bis 2.2 C.P. (Agresión sexual) 607bis 2.5 C.P. (embarazo forzado) 607bis 2.9 C.P. (prostitución forzada)
c) Lesiones	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.3 C.P.
d) Sometimiento a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.3 C.P.
e) Deportación o traslado forzoso de la población	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.4 C.P.
f) Desaparición forzada de personas	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.6 C.P.
g) Detención ilegal	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.7 C.P.
h) Tortura	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.8 C.P.
i) Esclavitud	23.4.*a)* L.O.P.J.	607bis 2.10 C.P.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 4: Delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado

Crímenes cometidos con ocasión de conflicto armado y sobre las personas protegidas por el 608 C.P.	**Precepto de la Ley procesal española**	**Preceptos del Derecho Penal español**
a) Maltrato de obra o poner en grave	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	609 C.P.

peligro la vida, salud o integridad		
b) Tortura o tratos inhumanos	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	609 C.P.
c) Someter a actos médicos	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	609 C.P.
d) Empleo /orden de emplear medios de combate prohibidos	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	610 C.P.
e) Realizar o ordenar ataques indiscriminados a la población civil o se pretenda aterrorizarla	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.1 C.P.
f) Destruya o dañe buque o nave no militar de un adversario o neutral	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.2 C.P.
g) Obligar a servir en las FF.AA. enemigas	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.3 C.P.
h) Deportación o traslado forzoso	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.4 C.P.
i) Traslado o asentamiento en territorio ocupado de población propia	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.5 C.P.
j) Segregación racial u otros tratos inhumanos	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.6 C.P.
k) Impedir o demorar la liberación o repatriación de prisioneros o civiles	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.7 C.P.
l) Denegación de juicio justo	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.8 C.P.
m) Agresión sexual	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	611.9 C.P.
n) Violar la protección de zonas no defendidas	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.1 C.P.
ñ) Ataque a personal sanitario o religioso	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.2 C.P.
o) Denegación de asistencia médica	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.3 C.P.
p) Uso indebido de signos protectores	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.4 C.P.
q) Uso fraudulento de banderas o emblemas	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.5 C.P.
r) Uso fraudulento de la bandera de parlamento o de rendición	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.6 C.P.
s) Despojar de sus efectos a un cadáver, herido o enfermo	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.7 C.P.
t) Produzca hambruna a la población civil como método de guerra	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.8 C.P.
u) Viole suspensión de armas, armisticio o capitulación	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.9 C.P.
v) Ataque a personal de las NN.UU. o su personal asociado	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	612.10 C.P.
w) Ataque contra bienes culturales	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.a C.P.
x) Uso indebido de bienes culturales	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.b C.P.
y) Robo de bienes culturales	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.c C.P.
z) Ataque a bienes civiles	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.d C.P.
aa) Ataque a bienes de subsistencia civiles	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.e C.P.
bb) Ataque a instalaciones peligrosas	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.f C.P.
cc) Actos de pillaje	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.g C.P.
dd) Requise de forma arbitraria bienes en territorio ocupado	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.h C.P.
ee) Ataque a residencia del personal de NN.UU o asociado	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	613.1.i C.P.
ff) Cualesquiera otros actos prescritos en Tratados Internacionales	23.4.*a)* / *h)* L.O.P.J.	614 C.P.

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 5: Delito de Piratería

Crimen de Piratería: el que con violencia o intimidación realice alguno de los actos siguientes	**Precepto de la Ley procesal española**	**Preceptos del Derecho Penal español**
a) se apodere, dañe, destruya de la nave,	23.4.*h)* L.O.P.J.	616 ter C.P.

aeronave o plataforma en el mar		
b) atente contra las personas o cargamento a bordo	23.4.*h)* L.O.P.J.	616 ter C.P.
c) resistirse o desobedecer a autoridad militar en la detención	23.4.*h)* L.O.P.J.	616 quáter C.P.

Fuente: Elaboración propia.

BREACH OF PRECONTRACTUAL INFORMATION DUTIES IN THE B2C E-COMMERCE: COMPARATIVE REMARKS ON ENGLISH AND SPANISH LAW

Zofia Bednarz
doctoranda en la Universidad de Málaga
área de Derecho mercantil
email: zbednarz@uma.es

ABSTRACT: Electronic commerce plays nowadays a crucially important role in both professional and private activity of European consumers and businesses. The precontractual information duties are one of the factors that distinguish online contract formation between businesses and consumers from other ways of selling goods and services. The rules that apply to the e-commerce in the scope of the European internal market originate in two different legal systems, that is in the European law and in the national law. The traditional contract law of Spain and England offers various remedies for not providing the other party with the due information. The interest in comparing those legal systems lies in the possible high number of cross-boarder transactions and the different nature of common and continental law. The most important directives that establish information duties in the B2C e-commerce are Directive 2000/31/EC on electronic commerce and Directive 2011/83/EU on consumer rights. Even though the directives impose numerous information duties, they usually leave the remedies available for breach of those duties to the Member States' internal law, and therefore the analysis of the remedies available in the internal national law results necessary. The remedies analysed and compared in this study are, under English law, misrepresentation, fraudulent, negligent or innocent, breach of statutory duty and breach of contract, and in what refers to Spanish law, remedies for vices of consent, for *culpa in contrahendo,* and for breach of contract.

KEY WORDS: information duties, breach of information duties, e-commerce, consumers, misrepresentation, breach of contract, comparative law, contract law

Incumplimiento de los deberes precontractuales de información en el comercio electrónico: estudio comparado del derecho inglés y español

RESUMEN: El comercio electrónico constituye actualmente una parte muy importante de la actividad, tanto profesional, como privada, de los comerciantes y consumidores europeos. La contratación electrónica constituye una modalidad de especial de contratar a distancia, su especialidad se manifiesta, entre otros, por los requisitos especiales de información que el comerciante tiene que facilitar al consumidor antes de contratar. Las normas que establecen los deberes de información provienen de dos diferentes niveles legislativos: del derecho europeo y del derecho nacional interno. En este estudio se trata de comparar el derecho inglés y español, la creciente importancia del comercio electrónico conduce a un aumento del numero de relaciones contractuales entre los sujetos provenientes de estas diferentes tradiciones jurídicas muy distantes en cuanto al planteamiento de los deberes de información. Las Directivas europeas, sobre todo la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de consumidores y la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, imponen varios deberes de información. Sin embargo, los remedios ante el incumplimiento de dichos deberes dependen del derecho interno de los Estados Miembros. Por lo tanto es necesario analizar los remedios disponibles en el derecho contractual inglés y español. En este estudio se compara los siguientes conceptos del derecho inglés: la representación falsa, incumplimiento del deber legal e incumplimiento contractual, con las instituciones del derecho español: vicios del consentimiento, culpa in contrahendo e incumplimiento contractual.

PALABRAS CLAVE: deberes de información, incumplimiento de deberes de información,

comercio electrónico, consumidores, representación falsa, derecho comparado, derecho de contratos.

I. General remarks on the information duties in the e-commerce

Electronic commerce plays nowadays a crucially important role in both professional and private activity of European consumers and businesses[1]. Although the possibility of forming a contract online revolutionised the B2C commerce and the e-commerce is becoming one of the most popular ways of selling goods and services in the European internal market, it is still far from reaching its full potential, especially in what refers to cross-boarder transactions[2]. The obstacles that prevent the cross-boarder e-commerce from developing at desired level have been widely discussed by the academics, as well as by the European institutions[3]. Precontractual information duties, imposed by the directives which harmonise the Member States' contract law, may constitute one of those obstacles.

The precontractual information duties are one of the factors that distinguish online contract formation between businesses and consumers from other ways of selling goods and services[4]. However, the information duties were introduced in the contract law long before even the Internet started to be used as a mean of communication by the individuals. The information asymmetry between consumers and traders has always been, together with the weaker economic power, an argument in favour of consumer protection[5]. The duties of information imposed on businesses are designed to correct these asymmetries, being in the meantime a tool that ensures the minimal possible restriction of the freedom of contract[6]. Moreover, the duties of information are especially important in the B2C e-commerce, as studies show that lack of trust, which could be remedied through providing relevant information, is one of the main factors responsible for discouraging consumers from online buying[7].

The rules that apply to the e-commerce in the scope of the European internal market originate in two different legal systems, that is in the European law and in the national law. The specific duties of information were, and still are being introduced in the national legal systems by the European directives. Nevertheless, the national contract law also contains rules related to information duties. The e-commerce is by its nature a perfect mean for cross-border transactions, hence the importance of the comparative approach in the analysis of the information duties in the B2C e-commerce. Scope and remedies available in the case of breach

---

1 See Commission Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services* COM(2011)942, p.1

2 See Digital Agenda for Europe. Annual Progress Report 2011. 22 December 2011, p.3, where it is stated that 'Almost 9% of EU citizens ordered online in a different country [...]. However, as more than 40% of the EU population orders online in their own country, cross border e-commerce is not yet close to reaching its full potential' available online at http://www.ictventuregate.eu/wp-content/uploads/2012/01/dae_annual_report_2011.pdf

3 See for instance Z. Bednarz '¿Cómo influirá la nueva Directiva 2011/83/UE en el comercio electrónico?', in: *Challenges and Opportunities of Online Entertainment. Proceedings of the 8th International Conference on Internet, Law & Politics.* Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 9-10 July, 2012, p.155

4 Especially because e-commerce is one of so-called distance contracts, in this sense P. Marquez Lobillo 'El consumidor en la contratación electrónica de servicios turístico' *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, 2011, p. 212. Distance selling law applies therefore to the contracts formed online, see for instance M. Ruiz Munoz 'Tutela de los consumidores en el comercio electronico' *Revista de la Contratación Electronica*, num. 90, 2008, p. 5

5 In this sense M. W. Hesselink 'Towards a sharp distinction between B2B and B2C? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive' *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, No. 2009/06, p. 33-34

6 See B. Lurger 'The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality', *European Review of Contract Law* 4/2005, p.442-468

7 See for example A. Urena, (red.) *Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2011*, Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la SI, October 2011, p. 10 et seq.

of those duties will be different in each national legal system[8], due to the important influence of the traditional contract law on the effectiveness of information duties. The legal systems being compared in this study, English and Spanish, represent two different European traditions: common law and civil law, distant in what refers to their origins and basic concepts, yet very close in practise due to cross-border online transactions being an every day reality. Precontractual information duties and remedies available against breach of those duties constitute a field in which the difference between civil and common law is particularly evident[9].

The information duties mean that one contracting party is under a duty to inform, whilst the other party benefits from the right of information. The consumer can reasonably expect to be provided with accurate information in a comprehensible manner. Therefore the information duties in fact cover two concepts, a positive duty to provide information and a negative duty not to provide false, misleading or inaccurate information[10].

II. Information duties in the European law

The *aquis communautaire* on the B2C e-commerce establishes various information duties. The most important directives in this context are Directive 2000/31/EC on electronic commerce and Directive 2011/83/EU on consumer rights, however some provisions of other directives may also be relevant[11]. The Directive on e-commerce in its articles 5, 6 and 10 lists the information requirements that should be met by the service provider, these requirements include information relating to the trader himself, to the service provided and to the formation of contract. This Directive is subject to minimum harmonisation, Member States can therefore adopt more stringent provisions than those established in the Directive.

The Directive on consumer rights, adopted in October 2011, was intended to revolutionise online shopping[12] and contains various requirements in what refers to information that should be provided before the formation of a distance contract, which concept includes also online contracts. Article 6 of the Directive contains a list of information requirements, which again can be grouped as those referring to the identity of the trader, characteristics of the good or service offered and the way in which the contract is made. Nevertheless, the list of information duties is much more developed in this Directive, as it contains also information requirements related to

---

8 The Member States' legal systems represent different legal traditions, such as civil law, common law or Germanic law, which is especially important in the context of cross-border contracts. The duties of information are an important element of the European contract law, and the research in this field represents not only practical interest, but also theoretical: 'An investigation of the scope of the "duty to disclose" on a comparative law basis is most rewarding; it leads us straight to the heart of the philosophy underlying the law of contracts.' F. Kessler, E. Fine, 'Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study', *Harvard Law Review* 77, 1964, p.438

9 In this sense T. Wilhelmsson 'Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law' in: Schulze R. (red.) *Informationspflichten und Vertragsschluss im Aquis Communautaire,* Tubingen 2003, p. 247

10 In this sense R. Sefton-Green 'Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? - A comparative Account of French and English Law' in G. Howells, A. Janssen and R. Schulze (eds.), *Information Rights and Obligations,* Ashgate 2005, p. 174, see also M. A. Zurilla Cariñana 'El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo TRLGDCU' *CESCO UCLM,* 2009, p.2, available at http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/8.pdf,
in this sense also P. Miklaszewicz *Obowiazki informacyjne w umowach z udzialem konsumentow,* Warszawa 2008, p. 32 et seq.

11 See for example: Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services, Directives 84/450/EEC and 97/55/EC in what refers to advertising as precontractual information, Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts.

12 See for example the recital (5) of the Directive 2011/83/UE, other provisions of the Directive also clearly show its importance the e-commerce, see for example art.6.1 (s) on the digital content or art. 19 that prohibits additional fees for the use of specific means of payment, which has been a common practise in the online shopping.

the right of withdrawal, as well as to the costs, such as delivery and returning costs. Those provisions are subject to the full harmonisation, prohibiting Member States from adopting both less and more stringent provisions than those stated in the Directive[13]. The full harmonisation approach to information requirements raises doubts as to relation between the very specific information duties listed in the Directive and more general concepts of Member States' law[14], such as misrepresentation or fraud, which are to be mentioned below.

Even though the directives impose numerous information duties, they usually leave the remedies available for breach of those duties to the Member States' internal law[15]. For example, the Directive on consumer rights in its art. 24.1 requires Member States to take all measures necessary to ensure the implementation of its provisions, which includes also the information requirements[16]. This solution makes it essential to analyse the national internal law to be able to decide which remedies are available for consumers in the case of a breach of information duties. The character of those remedies, for example a question whether contract or tort law applies, is of crucial importance also for determining the law applicable in the case of eventual cross-boarder dispute[17].

However, the concept of the European law covers not only the *aquis* communautaire, but also the *soft law* instruments, such as PECL[18] or DCFR[19]. Those instruments form an important part of the European law, although their rules are more of a model and guidance, especially in what refers to consumer contracts, where law applicable is usually positive national or European law. Section 1 of Chapter 3, Book II of DCFR contains rules referring to information duties and the last article of this Section, II.-3:109 establishes remedies for their breach. These remedies include the extension of the withdrawal period[20] and remedies available in the case of non-performance of obligations, such as damages, performance withholding or right to enforce performance[21]. It can be therefore assumed that information duties are perceived as actionable obligations in the DCFR, although their nature may vary between contractual and tortious.

III. Remarks on the national law and remedies it offers

---

13 However, according to the article 6.8 Member States are allowed to impose additional information requirements in accordance with the Directive 2000/31/EC, which, to some extent, compromises the full harmonisation approach.

14 In this sense H. W. Micklitz, N. Reich 'Cronica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a ”Directive on Consumer Rights”' *Common Market Law Review* 46: 471–519, 2009, p. 17

15 Nevertheless, there are some exceptions, for instance in what refers to the information on the right of withdrawal, see Directive 2011/83/EU article 10, also the information on the costs is specifically protected by this Directive in the article 6.6

16 It has been widely criticized, see for instance R. Guillen Catalan 'La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto' *Diario La Ley*, no 7801, Seccion Tribuna, 20 Feb. 2012, p.3 et seq. This has been observed as a general trend before, T. Wilhelmsson 'Private Law Remedies...' *op. cit.* p. 247, explains that '[…] remedies for breaches of information duties are often the responsibility of national law. Usually, the Directives only require Member States to ensure that adequate and effective means exist to ensure compliance.'

17 The conflict rules applicable would be the law of the consumer's residence, according to Brussels Regulation 44/2001 and Rome II Regulation 864/2007, as claims out of *culpa in contrahendo* form part of the tort law, for more details see for example H. W. Micklitz, N. Reich 'Cronica de una muerte anunciada...' *op.cit*, p.18

18 Principles of European Contract Law, a private compilation of uniform legal principles for reference, available at http://www.storme.be/PECL.html

19 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, available at http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, however apart from PECL and DCFR there are also other compilations that should be studied in detail, such as ACQP, Principles of the Existing EC Contract Law (Aquis Principles), and especially Contract I: Pre-Contractual Obligations.

20 According to the article II.-3:109(1) available to especially vulnerable consumers if a contract was subject to the right of withdrawal

21 See Book III, Chapter 3 of the DCFR

The information duties existing in the national law are of a double origin and nature. On the one hand the European law, harmonising Member States' legal systems, has imposed detailed, specific information requirements that can be found usually in the national legislation that implements directives into the internal law. On the other hand, the traditional national contract law usually contains by itself various rules linked to the precontractual duty to disclose. These two types of duties coexist in internal law, which may cause various problems.

An important issue, already mentioned above, is the full harmonisation approach used in the 2011/83/EU Directive. The problems may arise when the general duty of fair dealing and good faith present in the national internal legal system implies a wider than the Directive scope of the duty to inform. Such a situation may be even considered as violation of the full harmonisation principle.

The nature of the information duties, that is whether they are obligations of a contractual or different character, also poses a problem, as internal systems may catalogue them differently. It would then influence for instance jurisdictional rules applicable[22], as well as lead to other important consequences[23].

Since Member States are obliged to implement the European directives together with the information requirements they establish into the national law, the national acts implementing those directives have to contain information duties. In what refers to the e-commerce the most relevant for purposes of this study would be those Acts of Parliament which implement the Directive on distance contracts and the Directive on e-commerce.

The English Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000[24] in the regulation 7 and following establish information duties. Those requirements form groups that contain certain types of information, for instance information about the trader, about the goods or services, about the sale itself, and about the right of withdrawal. The correspondent Spanish Act of Parliament, TRLGDCU[25], imposes similar duties in its articles 60, 97 and following. In what refers to the online B2C transactions, the legislation that should be analysed is The English Electronic Commerce Regulations 2002[26] and on the Spanish side the LSSI[27]. All those Acts establish a broad scope of information duties. The question that rises is how those duties are enforced by the national law and which remedies are available to consumer for their breach.

The traditional approach to liability in private law is dichotomal, it is either arising from contract or from tort and it always aims at repairing the damage caused to the other party[28]. However, in the B2C contractual relationships, the breach of information duties will not always cause economically evaluable damage to consumers, and this situation should not result in depriving them of any remedies. Moreover, the important issue is the economic efficiency of the remedies available for a consumer, since importance of a particular contract for the consumer and for the trader is different. The former is pursuing a good or a service which is unique and necessary for his personal purposes, while for the latter the particular contract is just one of many formed that day. Therefore the remedies appropriate for consumers in the case of a breach of information duties often will not fit the traditional private law liability.

Information duties implemented in the national internal law become its part and therefore are

---

22 See for instance European Court of Justice C-26/91, Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA., Judgment of the Court of 17 June 1992.

23 For example, under English law damages are measured differently for contractual and tortious liability. Under Spanish law, the time to present an action for damages in tort is 1 year, whilst for breach of contract it is up to 15 years.

24 The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 (Statutory Instrument 2000/2334) as amended in 2005

25 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

26 The Electronic Commerce Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002/2013)

27 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

28 See for instance G. Kuhne 'Reliance, Promissory Estoppel and Culpa In Contrahendo: A comparative Analysis' 10 *Tel Aviv University Studies in Law*, Tel Aviv 1990, p. 279

subject to general rules of the traditional contract law. Civil law systems, as in Spanish case, tend to recognize a general duty to inform the other contracting party. The consumer's right to be informed and correspondent information duties in Spanish legal system reach beyond the contract law as they are established in the supreme set of norms, the Spanish Constitution[29]. The contract law itself is based on the principle of good faith, resulting from articles 7.1 and 1258 of the Spanish Civil code, and this principle is interpreted in this way that it gives rise to a duty to disclose material information before the conclusion of a contract[30]. In this context the information duties established in the Acts of Parliament implementing European directives can be seen as a specific application of general principles.

In what refers to English law, however, the analysis of the information duties is more complicated, as English law recognises no general duty to disclose. The authority for this rule in English law is the classic case Smith v Hughes [1871][31] where Blackburn J explained that 'there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under mistake, not induced by the act of vendor'[32]. Despite the attempts to introduce a general duty to inform in the English law, such a doctrine, apart from specific application to *uberrimae fidei* contracts, was never accepted[33]. This position was confirmed in a recent case National Westminster Bank v Utrecht – America Finance Co. [2001], where it was stated again that 'in England a contract like TOA is not a contract *uberrimae fidei* and neither party owes a duty to disclose material facts to the other.'[34].

Nevertheless, if there is a duty to inform, like in the B2C e-commerce, where specific information requirements apply, then not providing any information or providing information that is untrue, not accurate or defective in any way, will constitute a breach of that duty, also under English law[35]. Moreover, even when there is no obligation on the party to inform, giving false information is not allowed[36]. The most important remedies for breach of information duties under English and Spanish law will be presented below.

III.1. Consumer induced into the contract by misleading information

When a party was given false or misleading information in the precontractual period, the traditional remedies are action for misrepresentation under English law and under Spanish law usually the doctrine of vices of consent, *vicios del consentimiento*, is taken into account. An actionable misrepresentation is a false statement of fact or law which induced the representee, a consumer in this case, to enter into a contract[37]. The remedies available in the case of mirepresentation vary depending on the grounds for misrepresentations, which can be fraudulent, negligent or innocent. In what refers to vices of consent, *el dolo*[38], which is a

---

29 See for instance C. Lasarte Alvarez 'La protección del consumidor como Principio General de Derecho' in A. Monserrat Quitana (red.) *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, p. 71 where the author refers to the article 51 of the Spanish Constitution

30 In this sense for example J. Picatoste Bobillo 'El derecho de información en la contratación con consumidores' *Actualidad Civil* no 4, febrero 2011, p. 393 who considers that the precontractual duty to inform was implicitly included in the Civil code as an obligation to act accordingly to the principle of good faith. Other authors confirm this point of view, consult for example: R. Guillén Catalán *El regimén jurídico de la oferta contractual dirigida a los consumidores (Adaptada al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU*, p. 28 et seq., also in this sense M. A. Zurilla Cariñana 'El derecho de información del consumidor...'*op.cit.*, p.1 et seq.

31 Smith v Hughes [1871] LR 6 QB 597

32 At 597

33 As to attempts see for instance Lloyds Bank Ltd v Bundy [1974] EWCA Civ 8, per Denning LJ

34 National Westminster Bank v Utrecht America Finance Co. [2001] 3 All ER 733, 750, para 51, per Clarke LJ

35 In this sense for instance R. Sefton-Green 'Duties to Inform...' *op.cit.*, p. 174

36 An illustration is given by R. Sefton-Green, 'Duties to Inform...' *op.cit*, p. 174 footnote 18, a clause excluding liability for non-disclosure was held valid in the National Westminster Bank v Utrecht America case, while excluding liability for misrepresentation would have to satisfy the reasonableness provisions of Section 3 Misrepresentation Act 1967

37 See for example E. Peel, *Treitel The Law of Contract*, 13th edition 2011, p.361

38 See art. 1269 of Spanish Civil Code

mistake induced by the other party, would be the most relevant in the analysed context.

If the information provided by the other party was fraudulently misleading, English law offers a possibility of bringing a claim for fraud, providing that certain conditions are met. It must be shown that the representor knew a statement was untrue, had no belief in its truth, or was reckless as to whether it was true or false[39]. The remedies available for fraud are damages under the tort of deceit and rescission of contract[40]. Both remedies can be pursued providing it doesn't result in recovering twice for the same loss[41]. In similar circumstances under Spanish law an action for *dolo* can be taken, since the art. 1269 of the Spanish Civil Code defines '*dolo*' as 'fraudulent misrepresentation [which] exists where, with insidious words or machinations on the part of one of the contracting parties, the other is induced to enter into a contract which he would not have done without them'[42]. The Civil Code distinguishes between the *dolo grave* (serious fraud), which occurs when the representee wouldn't have entered the contract if it hadn't been for the misrepresentation of the other party, and *dolo incidental*, when the representee would have entered the contract anyway, but on better conditions. Both types of *dolo* entitle the damaged party to recover its loss, but only *dolo grave* renders the contract void and allows to claim its rescission[43].

The main difference between fraudulent misrepresentation and *dolo* is the scope of those actions. Under English law only statements, with some exceptions regarding for example conducts, can amount to representations[44], while *dolo* can also be constituted by silence, that is by simple non-disclosure[45]. Another interesting difference between the effects of fraudulent misrepresentation and *dolo* is that the former makes the contract voidable, and the latter void. The voidable contract exists from the beginning and the effects of the rescinded contract are recognised to have taken place, whilst the void contract never existed and therefore can not produce any effects[46].

English law offers remedies for the representee also when the misrepresentation was made negligently or even innocently by the representor. Negligent misrepresentation covers situations where representations were made without due care but not fraudulently by the representor. The remedies available are damages and rescission, with two possible claims for damages available for representee, a claim in tort for negligent misstatement[47] and a claim for damages under s.2(1) Misrepresentation Act 1967. The difficulty with the claim for damages for negligent misstatement at common law is that the misrepresentee has the burden of proving both the existence of the duty of care and its breach. Under Misrepresentation Act the burden of proof is reversed and the defendant has to show that he had reasonable grounds to believe that the statement he made was true. In the case of innocent misrepresentation, the aggrieved party is entitled to rescission of the contract and to an indemnity intended to restore the parties to the position before entering the contract[48].

Under Spanish law the false information provided negligently by the representor gives rise to liability under the doctrine of *culpa in contrahendo*[49], as action for *dolo* may be brought only if

---

39 Derry v Peek [1889] 5 T.L.R. 625

40 Doyle v Olby [1969] 2QB 158, Smith New Court Securities v Scrimgeour Vickers [1996] 3 WLR 1051

41 Archer v Brown [1984] 2 All ER 267

42 English translation of the Spanish Civil Code by Sofía de Ramón-Laca Clausen, Ministerio de Justicia (Spanish Ministry of Justice)

43 J. L. Lacruz Berdejo et al., *Derecho de obligaciones. Volumen Primero: Parte general. Teoría del contrato,* Madrid 2007, p. 368

44 See for instance E. Peel, *Treitel..., op.cit.,* p. 366

45 In this sense R. Guillen Catalán, 'La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto', *Diario La Ley*, Nº 7801, Sección Tribuna, 20 Feb. 2012, p.4

46 With some exceptions regarding third party's rights

47 The common law tort of negligence was extended in 1964 by the House of Lords to the field of negligent statements which cause loss, see Hedley Byrne & Co. Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465

48 See for instance J. Poole *Textbook on contract law,* Oxford University Press 2012, p. 521

49 In this sense explains E. Gómez Calle that '[…] hay que contar con el régimen general de la

the false representation was made intentionally. As *culpa in contrahendo* gives rise to tortiuos liability under art. 1902 of Spanish Civil Code, the remedy available would be damages for the loss suffered by the aggrieved party.

Nevertheless, in what refers to consumer contracts, an action for misrepresentation has a great disadvantage. The representee has to demonstrate that the false statement induced them to enter the contract[50], which may constitute an important obstacle in practice. The same refers to actions offered by Spanish law, the burden of proof rests on the aggrieved party.

III.2. Lack of information that should have been provided

The mentioned above actions for *dolo* and *culpa in contrahendo,* available under Spanish law, may be brought also in the case of non-disclosure, when the information was not provided. The scope of action for misrepresentation under English law is, however, more limited, as in general it could be brought only when representation was made, that is when some information, although false, was provided. Nevertheless, an implied representation may be taken into account by the courts given the known characteristics of the actual representee, especially if he is a consumer[51]. Moreover, in some cases a representation may be inferred from conduct, circumstances or custom, and therefore non-disclosure would amount to misrepresentation[52].

However, in the case of consumer contracts, the information duties are usually imposed by statutes. In some very limited cases, where the statute establishes so itself, the breach of statutory duty can lead to the damages being awarded to the aggrieved party[53], however this does not necessarily mean that the contract could be rescinded. The remedy offered in similar situations by the Spanish law is equally limited, however for different reasons. The Spanish Act of Parliament LOCM[54] in its articles 44.5 and 47 offers a claim for rescission of contract to the aggrieved party in the case of breach of some specific information duties in the distance contracts. Nevertheless, the TRLGDCU[55] does not establish the same remedy in the case of distance contracts, which can be considered to be an incoherent legislative solution[56].

III.3. Breach of contract

In some cases the information that was (or should have been provided) before the conclusion of the contract forms part of the contract itself and becomes one of the terms of the contract. Breach of this kind of information duties, either by providing false or incomplete information or by not providing any at all, will then amount to the breach of contract.

Under English law it is important to determine if the breach of information duties gives rise to the claim for misrepresentation or for the breach of contract, as the assessment of damages will be different[57]. In what refers to liability for misrepresentation in tort, the damages awarded should put the claimant into the position he would have been in, had not the tort been committed, that is as if the representation had not been made. On the other hand, the damages for the breach

---

responsabilidad precontractual o por *culpa in contrahendo* de quien infringe sus deberes de información. Su fundamento positivo ha de situarse en nuestro ordenamiento en el art. 1902 CC' in *Los deberes precontractuales de información,* Madrid 1994, p. 134

50 Horsfall v Thomas [1862] 1 H&C 90

51 See Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v Royal Bank of Scotland Plc [2010] EWHC 1392 at 81

52 See footnote 44

53 See for example reg. 13, The Electronic Commerce Regulations 2002 (Statutory Instrument 2002/2013), according to which an action for tort of breach of statutory duty can be brought when the precontractual information was not provided.

54 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista

55 See footnote 25

56 See for instance J. Picatoste Bobillo, 'El derecho de información en la contratación con consumidores', *Actualidad Civil,* Nº 4, febrero 2011 who consideres this to be a legal loop: 'estamos ante un olvido del legislador en la tarea de refundición del TRLDCU por lo que será aplicable la regulación de la facultad resolutoria por incumplimiento de los deberes de información del art. 44 LOCM (Ley de Ordenación del Comercio Minorista)'

57 See for instance E. Peel, *Treitel..., op.cit.,* p. 390

of contract put the claimant into the position in which he would have been, had the contract been correctly performed, as if the statement had been true. Moreover, the rescission of contract is always granted in the case of actionable misrepresentation, while the breach contract does not always give right to set the contract aside[58]. Therefore it is essential to distinguish statements that are representations from those that can be regarded as terms of contract.

The main distinction between terms and representations lies in the intention with which the statement was made. Although the approach adopted by courts in what refers to intention is objective, it is often difficult to determine the nature of the statement, as there are numerous principles, none of which decisive, to guide the court in deciding on this matter[59].

Also terms implied in law should be taken into account as their breach will amount to the breach of contract, as in the case of any other term of contract. Acts of Parliament concerning consumer contracts often imply terms related to the information duties, as to duties that arise out of certain types of contracts.

In what refers to Spanish law, there are authors who opt for the remedies for breach of contract in the case of breach of information duties. The information duties are considered to be precontractual duties but their breach will amount to the breach of contract. This is the reasoning of P. Valés Duque, who explains that 'In what refers to the information duties, it has to be considered that, to the liability rising from the breach of those precontractual duties […], the law of contract should apply'[60].

IV. Closing remarks and conclusions

The information duties at the same time constitute an obstacle to the development of the cross-boarder e-commerce and a factor that could contribute to the increase of trust of both consumers and traders. Electronic B2C transactions differ from the traditional commerce as the bargaining power of the contracting parties is even less equal than normally, and therefore the European legislator seeks to boost the e-commerce by addressing the issue of the information duties. Nevertheless, those duties without effective remedies available for their breach in the national legal systems would not be observed by the traders.

It has to be taken into account, however, that those duties do not present any particular novelty in European legal systems, and the traditional contract law in both Spain and England offers various remedies for not providing the other party with the due information. The interest in comparing those legal systems lies in the possible high number of cross-boarder transactions and the different nature of common and continental law, which may be confusing for the consumers seeking remedies in the case of breach of their rights.

The main difference between the compared systems is that the English law does not recognise a doctrine of good faith and fair dealing and therefore neither a general duty of disclosure, while the Spanish contract law is based on those principles. However, the effectiveness of the remedies offered by both systems is similar, it can be therefore concluded that the differences are more of technique than result[61].

---

58 See for instance E. McKendrick, *Contract law,* Palgrave Macmillan Law Masters 2011, p. 151

59 See E. McKendrick, *Contract law...op.cit.,* p. 149 and the case mentioned there, Heilbut, Symons & Co v Buckleton [1913] AC 30, 50 – 51 by Moulton L

60 Author's translation from: P. Valés Duque, *La responsabilidad precontractual,* Madrid 2012, p. 118: 'En cuanto a los deberes de información, ha de admitirse que la responsabilidad derivada del incumplimiento de estos deberes precontractuales...ha de regirse por las normas contractuales..'

61 See E. McKendrick, *Contract law...op.cit.,* p. 219 et seq.

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE TESIS DOCTORAL: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Mª Angustias Benito Benítez*
Doctoranda en Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO:

La comunicación se centra en la presentación de la Tesis Doctoral, la cual tiene como objetivo central la realización de un pormenorizado estudio desde la perspectiva de género, de la acción protectora dispensada por nuestro Sistema de Seguridad Social. Especialmente se analizará el impacto de género desde la reforma llevada a cabo con la Ley 27/2011, de 1 agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Es crucial el conocimiento de los desarrollos normativos que en esta materia se están abordando "*por causa*" de la crisis económica, para concretar si los mismos están esbozados desde un enfoque correcto, la transversalidad de género, principio que resulta de obligado cumplimiento por el artículo 15 de la LOIEMH. Todo lo anterior, a fin de determinar la idoneidad de las reformas adoptadas, o si por el contrario tales modificaciones introducidas con la reforma en Seguridad Social siguen caracterizándose por su *"ceguera al género"* en relación a la desigual posición de la mujer en el mercado de trabajo, lo que repercute en el nivel de protección al que pueden acceder.

PALABRAS CLAVES: Estado Social, Igualdad, Género, Transversalidad, Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN.

La presente comunicación trae su causa en la presentación del proyecto de Tesis Doctoral cuyo objetivo de realización me he marcado profesional y personalmente, y que llevando por título "El Principio de Igualdad de Género en el Ámbito de la Seguridad Social", ofrece una propuesta de análisis de las instituciones jurídicas de nuestro sistema de Seguridad Social desde una perspectiva de género.

Este Proyecto surge de las inquietudes suscitadas en un contexto en el que la adopción de una serie de medidas "anticrisis", impuestas desde los mercados, condujo a una profunda crisis, primero financiera y después económica, pero ciertamente "sistémica"[1]. Medidas que con el declarado objetivo de hacer frente a los problemas de déficit de los Estados cuestiona la construcción dogmática de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho construido a lo largo de la década de los ochenta y noventa, vaciándolo de contenido desde un dogma neoliberal, insistiéndose en una continua privatización -la sanidad, la educación, las pensiones o los servicios sociales son los principales objetivos de este proceso de *colonización privatizadora*- que lo debilita ante la legitimidad de la conciencia ciudadana que hasta ese momento había recibido[2]. Sin embargo se obvia, por motivos de clara conveniencia, que estas medidas atacan los pilares constitucionales

---

* Mª Angustias Benito Benítez, doctoranda en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, becada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2012, (FPU).

[1] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, "Crisis y medidas anticrisis: una óptica de género", *Historia Actual online*, núm.26, 2011.

[2] Ver, VV.AA., "Desigualdad y Estado Social en España", Fundación Primero de Mayo, Junio 2013.

básicos, poniendo en peligro todos los mecanismos e instrumentos edificados a fin de lograr la igualdad formal y real entre hombres y mujeres.

Entre las políticas adoptadas *a causa* de la crisis o bajo la justificación de la misma, nuestro sistema de Seguridad Social y de relaciones laborales ha sido sometido a un profundo proceso de depuración que dio lugar, situándose en una línea reformista[3] cuyo punto más álgido podemos situarlo en el primer Pacto de Toledo, a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, respectivamente. Estas medidas aparentemente "neutras" repercuten negativamente sobre las mujeres pues operan sobre una realidad que lejos de ser igualitaria sigue marcada por desigualdades preexistentes a consecuencia de los estereotipos sociales y culturales asignados históricamente a las mujeres -*roles de género*-, cuya infravaloración ha determinado una posición social y económica discriminatoria[4] y que, a pesar de los importantes avances en materia de igualdad ponen de manifiesto que no estaban suficientemente compensadas, emergiendo con toda su dureza en el contexto actual.

En estas circunstancias surge la imperiosa necesidad de realizar un estudio pormenorizado del impacto de género, en nuestro caso, centrándose en el régimen jurídico público de Seguridad Social. El objetivo es analizar jurídicamente si la regulación de la acción protectora dispensada por nuestro sistema, especialmente las modificaciones que se han producido y las que se anuncia que se seguirán produciendo[5], aplican correctamente el principio de transversalidad de género, recordemos, de obligado cumplimiento por el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres que señala "*el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades*", o si por el contrario sigue caracterizándose por su "ceguera al género" en relación a la desigual posición de la mujer en el propio sistema y en la sociedad en general. Por tanto tiene la finalidad de aplicar el principio de transversalidad de género a uno de los instrumentos esenciales del Estado Social de Derecho que nuestra Constitución consagra, el sistema de Seguridad Social.

Este Proyecto de Investigación debe su existencia al Grupo de Investigación de la Universidad de Cádiz "El principio de igualdad y no discriminación en el empleo", especialmente a su investigadora principal y directora de la tesis, Teresa Pérez del Río, y de María Luisa de la Flor Fernández codirectora de la misma.

2. EL ESTADO SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

La contextualización de este estudio en el trípode Igualdad-Género-Seguridad Social, obliga a tener presente que nuestra Constitución Española en su artículo 1.1 formaliza a

[3] CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Líneas de tendencia de las reformas en materia de protección social", *Temas Laborales*, núm.112, 2011.

[4] Para una exposición de cómo las discriminaciones de las mujeres trae su causa en el *género* y no en el *sexo* biológico en, PÉREZ DEL RÍO, Teresa, "La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres. Aproximación para el debate", *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, p. 224.

[5] Recientemente se ha publicado el informe de los expertos sobre las pensiones, cuyo objetivo ha sido diseñar el conocido como factor de sostenibilidad sobre el que se basará el cálculo de las pensiones, antesala de nueva y anunciada reforma de pensiones. Las reacciones y críticas al mismo no se han hecho de esperar, entre otros, APARICIO TOVAR, Joaquín, "Jugar con las cartas marcadas. A propósito del informe de los expertos sobre pensiones", *Nueva Tribuna*, Junio 2013.

España en un Estado Social y Democrático de Derecho que consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico, entre otros, la justicia y la igualdad.

La igualdad no solo como valor sino también como principio jurídico y derecho fundamental queda proclamada en el artículo 14 CE en su vertiente formal: "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". No obstante, junto con la perspectiva formal y a consecuencia de la incardinación del Estado Social en nuestra Norma Fundamental, la idea clave de la igualdad pivota sobre el criterio de no discriminación que implica, de un lado, la consideración como discriminatoria de toda diferenciación constitucionalmente irrazonable y carente de proporcionalidad, y, de otro, la promoción y legitimación de diferencias en el tratamiento jurídico en situaciones desiguales. Así, el principio de igualdad adquiere un componente material, trascendiendo al contenido jurídico formal quedando consagrado en el artículo 9.2 CE: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural*".

Con el Estado Social se consagra una ciudadanía social que implica una voluntad de superar la esfera formal limitada al reconocimiento de derechos pero desconectándolos de las condiciones reales, imprescindibles para lograr su plena realización social y, para ello, reconoce un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales. Esta recepción constitucional conlleva para el legislador y los demás poderes públicos un sólido compromiso en el que, manteniendo los avances en los derechos políticos y civiles conseguidos, se interviniera a fin de proteger a una sociedad exenta de un mínimo respaldo por los poderes políticos y económicos. Esta transformación del Estado como elemento activo que interviene en la realidad de la sociedad se fundamenta en el fin dirigido hacia una *redistribución de la riqueza*, redistribución dirigida a lograr una justicia e igualdad social en la satisfacción de las necesidades básicas y en la provisión de las posibilidades para desarrollar una existencia digna de las personas. Así, si el principio de igualdad se constituye constitucionalmente como valor esencial del Estado Social, el sistema de protección y Seguridad Social se manifiesta como uno de sus instrumentos más eficaces, ya que con él se garantiza una vida digna a la ciudadanía trabajadora cuando sus integrantes se encuentran en situación de necesidad casualizada por la enfermedad, el accidente, la pérdida del empleo o la jubilación y, para ello provee prestaciones que deben ser "suficientes", que no "mínimas".

No obstante el sistema de Seguridad en España construido sobre pilares masculinizados, se ha mantenido inmune a las exigencias derivadas del principio de igualdad entre hombres y mujeres, pues si bien, ha sido sometido y se ha avanzado en la eliminación de discriminaciones, no ha sido depurado drásticamente a fin de incorporar fácticamente a las mujeres en el disfrute pleno de sus derechos sociales, obligándolas a una adaptación a los parámetros definidos si se pretende disfrutar de la protección dispensada.

En la actualidad las mujeres continúan encontrándose en una situación desigual negativa en el acceso a la protección dispensada por el sistema[6], pues estando basado y reforzándose progresivamente sus parámetros contributivos, sigue sin tener en cuenta las consecuencias que para la *mitad del género humano* implican los roles tradicionalmente instaurados. El reconocimiento legal a la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida civil y social, junto con la adopción de medidas de acción positiva no ha sido ni es suficiente, pues manteniéndose los mismos postulados estructurales se ha permitido la

[6] Esta situación desigual en el acceso a las prestaciones dispensada por el sistema de Seguridad Social se pone de manifiesto cuando los datos estadísticos nos informan que las mujeres no sólo acceden a prestaciones diferentes respecto de los hombres, normalmente éstos a las más importantes del sistema -jubilación o incapacidad permanente- mientras que aquellas a las más débiles -pensiones de viudedad-, sino que además son de menores cuantías. Ver, Consejo Económico y Social de España, *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española,* núm. 01, 2011.

participación en él de las mujeres, obligándolas a adoptar carreras profesionales masculinizadas si deseaban permanecer en él, y ello sin la correlativa feminización de la vida laboral de los hombres[7]. Las dificultades y obstáculos de incorporarse y, de mantenerse en el mercado de trabajo y su directa repercusión en el ámbito proteccionista público, construido para ciudadanos con un perfil laboral extenso y sin interrupciones, en el que se penaliza ser portadora de los roles de género, evidencia que los fines del Estado Social, en cuanto que debe atender a las demandas de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres y la defensa del derecho a la libertad de las mujeres, a pesar de sus avances, sigue sin alcanzarse. Más aún, cuando se potencia el desmantelamiento de la política de protección social universalista, potenciándose una organización socio-económica en el que disminuyendo las partidas dirigida a su sostenimiento[8], está atribuyendo a las familias toda la responsabilidad en el sostén de las necesidades básicas de las personas lo que tiene una repercusión directa sobre las mujeres, viéndose obligadas de nuevo a *retornar* hacia el hogar.

El eje central del trabajo será por tanto el análisis de las recíprocas influencias del principio de igualdad y la Seguridad Social en óptica de género. La igualdad como principio fundamentador de los derechos sociales y, de la Seguridad Social, es el argumento primordial, para defender su universalidad, es decir, la extensión de la titularidad de los derechos sociales a toda persona, debiendo remover los obstáculos que impide su disfrute pleno.

3. PRESENTACIÓN DEL CONTENIDO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

En este apartado se abordará en líneas generales el contenido de la estructura temática del proyecto de investigación, el cual, como hemos indicado pivota sobre el impacto de género en el ámbito de Seguridad Social. El concepto de impacto de género que nos reconduce al principio de transversalidad de género[9], no se limita a presentarse como una perspectiva de análisis jurídico puramente teórico sino que es la única perspectiva coherente en el contexto de los principios antidiscriminatorios por razón de género establecidos a nivel supranacional y nacional. Sin embargo y pese a la rotundidad con la que se acoge su formulación en estos ámbitos, la misma se diluye cuando la situamos en cuestiones relacionadas con la Seguridad Social.

Se comenzará con un estudio sobre la noción del Estado Social en el Constitucionalismo Contemporáneo, de cómo los acontecimientos que motivaron la transformación del Estado liberal en Estado social, a fin de que este diera respuesta a las condiciones sociales

[7]"Nos indica que "si la revolución femenina está inacabada, es también porque la adquisición por parte de las mujeres de un comportamiento más «masculino» en su trayectoria vital no ha encontrado equivalente en términos de «feminización» del de los hombres. Así se destaca en, ESPING-ANDERSEN, Gosta y, PALIER, Bruno, eds., *Los tres grandes retos del Estado del Bienestar*, Ariel, 2010, p. 42 y ss.

[8] Se ha destacado como los recortes del gasto público provoca que servicios básicos como la educación infantil o la atención a la dependencia sean objeto de una paulatina mercantilización, es decir, las personas con menores posibilidades económicas no pueden acceder a ellos, y, dado que son de primera necesidad su satisfacción pasan a cubrirse desde la esfera doméstica por mujeres, con un efecto colateral de enorme crudeza pues reduce la empleabilidad de las mujeres, reduciendo puestos de trabajo en sectores feminizados , en, ARROYO ROMERO-SALAZAR, Laura, "Mujeres y crisis. Apuntes sobre el mercado de trabajo", *Fundación Primero de Mayo*, núm. 09, 2013.

[9] El principio de transversalidad de género fue una conquista de la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijing en 1995, de gran trascendencia pues supuso el consenso para lograr de manera decidida la igualdad, entendida como el fin de la segregación histórica y de la subordinación en las que se encontraban las mujeres en las sociedades patriarcales, estableciendo un marco común para actuar a nivel institucional.

creadas en la etapa industrial y post- industrial y los acaecidos posteriormente, influyeron en la concepción que del mismo se recogieron en los textos constitucionales.

Con la proclamación del principio de igualdad ante la ley, uno de los pilares sobre los que asienta la revolución liberal burguesa y la construcción del Estado liberal, se instaura un orden jurídico-formal de tratamiento igual a todos los ciudadanos, pero con independencia de las situaciones sociales realmente existentes. Los postulados de universalidad y generalidad de la ley se convierten en poderosos mecanismos que perpetúan las diferencias existenciales, ya que solo se garantizaba el disfrute de los derechos fundamentales a aquellas personas que gozaban de una autonomía económica suficiente: con el liberalismo imperó la defensa de lo individual -propiedad y libertad- y la abstención, «*laissez faire*», en la intervención de las cuestiones sociales. Así, manifestadas las insuficiencias del Estado liberal se exigió una reflexión profunda sobre la concepción y la función que el Estado debía asumir, a fin de que cediese su posición de neutralidad hacia la realidad social y económica que hasta ese momento había asumido, y se transformara en un instrumento activista en la misma. Con el Estado Social, éste asume la responsabilidad de enmendar las desigualdades materiales que existían entre los ciudadanos.

En el transcurso de tales acontecimientos las mujeres y especialmente el papel que desempeñaban en la sociedad ha sido identificado, analizado y, después definido para adaptarlo eficazmente a las circunstancias que transcurriesen en cada momento[10]. La atención por el constitucionalismo de la cláusula social hacia la histórica situación de desigualdad social-laboral en que se encuentran las mujeres tiene lugar cuando, una vez eliminadas las barreras formales se adquiere la certeza de que las mismas no eran suficientes para lograr la igualdad entre hombres y mujeres pues siguen manteniéndose disparidades sociales entre los sexos. Aunque tal deferencia hacia la situación desigualdad de las mujeres no se manifestó plenamente con un verdadero compromiso en la defensa de los derechos sociales de las mujeres hasta bien avanzado el siglo XX[11], especialmente, al menos en principio, en el plano internacional, siempre auspiciada por el movimiento feminista[12].

En definitiva se trata de analizar la construcción dogmática de la transformación del Estado liberal hacia el Estado Social y sus repercusiones sobre la mujer. Con ello se obtendrá la base necesaria para afrontar el proceso de evolución del significado de la igualdad y de la prohibición de discriminación[13]. El mismo resulta ineludible si se pretende

---

[10] Recuérdese cómo en las Guerras Mundiales el envío de millones de trabajadores hombres al frente, dejó sin mano de obra sustentadora a la economía doméstica (las economías nacionales de los países intervinientes en estas conflagraciones), por lo que las mujeres tuvieron que sustituirlos en las fábricas, siendo , posteriormente expulsadas del mercado de trabajo para "hacer sitio" a los hombres que regresaban del frente sobre todo tras la I Guerra Mundial, es decir, se retomaron sin cambiarlos para nada, los roles de género; algo un poco diferente ocurrió tras la II Guerra momento histórico en que muchas mujeres europeas, se negaron a retornar a su rol dependiente por ello, el avance de los deechos laborales de las mujeres se han producido históricamente antes en los países intervinientes en la II Guerra que en aquellos que permanecieron (aparentemente)neutrales como España.

[11] Durante la primera mitad del siglo XX, como consecuencia de la presión de los movimientos feministas, fueron reconocidos de manera generalizada, aunque incompleta, los derechos civiles y políticos a las mujeres en los países democráticos. Los movimientos civiles y sociales que tuvieron lugar a partir de los años sesenta propiciaron cambios sustanciales en las expectativas vitales de las mujeres, que tuvieron como resultado el que las mujeres fueran más activas en la vida pública, más y mejor formación, y una creciente participación en el mercado laboral…

[12] A la primera ola del movimiento se le atribuiría el logro de los derechos civiles y políticos, la segunda ola el cuestionamiento de las causas de la desigualdad social, en la que no es suficiente el reconocimiento de derechos si éstos no remueven la situación discriminatoria que afectan a las mujeres.

[13]Para ello, se seguirá fundamentalmente, entre otros: RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y, FERNANDEZ LÓPEZ, María Fernanda, eds., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, 1986; REY

profundizar posteriormente en su plasmación en una rama concreta de conocimiento teniendo como eje uno de los factores que más ha influido en su evolución, el «sexo» o «género», concepto éste último más moderno y amplio en cuanto que incluye los estereotipos socioculturales asignados a la persona, en función precisamente de su sexo biológico.

En este proceso partiremos de la constatación de que, la garantía constitucional del principio de igualdad, en las Constituciones liberales del siglo XIX, abarcaría la igualdad ante la ley (o igualmente, en la aplicación de la ley), para posteriormente con la crisis del Estado Liberal y el surgimiento de los postulados doctrinales del Estado Social alcanzar la vertiente de la igualdad en la ley (o en el contenido de la ley) en el que el juicio de igualdad se inserta en el proceso de creación de la norma a fin de exigir una razonabilidad de su contenido. La igualdad en la ley, en cuanto que no se limita a moverse en el ámbito abstracto de la generalidad de las normas, sino que pretende incidir en la propia estructura social, eliminando o subsanando las desigualdades, permitió el desarrollo de la prohibición de discriminación cuando las desigualdades jurídicas se basen en factores de diferenciación prohibidos, llegando a erigirse como un auténtico derecho fundamental que tiene como fin esencial la protección de la dignidad de las personas. Este derecho a no ser discriminado por diversas causas, entre ellas el «sexo», se articula escalonadamente en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y, en el mandato de acciones positivas o afirmativas para lograr la igualdad de oportunidades.

En España, los cambios logrados en el plano jurídico durante la II República (Constitución de 1931) se vieron frenados por la dictadura franquista y, por ello, hubo que esperar hasta la llegada de la democracia y de la Constitución de 1978 para ver surgir nuevas aspiraciones. En nuestra Norma Fundamental, el principio de igualdad formal, recogido en el artículo 14 CE se encuentra constituido, de un lado, por la igualdad *ante* la ley (primer inciso del precepto) en la que se debe entender incluidos -por derivación de la jurisprudencia constitucional- tanto la igualdad en la aplicación como en el contenido de la ley, que vendría a denominarse principio de igualdad o cláusula general de igualdad y, de otro, la prohibición de discriminación (segundo inciso del precepto). La igualdad de oportunidades, real, material o, sustancial vendría incorporada en el artículo 9.2 CE[14].

Con su promulgación y gracias a la labor desempeñada desde los sectores feministas, a partir de los años ochenta se desarrolló un conjunto de iniciativas legales y políticas dirigidas a crear una nueva conciencia ciudadana sobre la relevancia de todo lo relacionado con el género a fin de lograr transformar las expectativa de las ciudadanas. Sin embargo, a pesar del espectacular avance en las formas de vida de las mujeres, aun existe en la actualidad una brecha entre la igualdad real -*de facto*- y la igualdad formal -*de iure*-. Uno de los ámbitos donde se manifiesta esta quiebra es en el Sistema de Seguridad Social, en el que, a pesar de la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, la mayor constancia de su presencia a lo largo de su ciclo vital y la mejora de su formación, que permite pronosticar una tendencia positiva de sus expectativas laborales, el trabajo femenino sigue caracterizándose por un retraso en el acceso al mercado, una segregación tanto horizontal como vertical, una persistente brecha salarial, jornadas parciales y elevada temporalidad y, mayores interrupciones, que forjan unas carreras de seguros irregulares que obstaculizan

---

MARTÍNEZ, Fernando, ed., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw- Hill, 1995; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, ed., *Igualdad y constitución española*, Tecnos, 2010.

[14] Las medidas de acción positiva tienen su justificación en la igualdad real proclamada en el artículo 9.2 CE y también en el artículo 14 CE en su segundo inciso. El *leading-case* en nuestra jurisprudencia fue la sentencia 128/1987 que permite al Tribunal pasar de una doctrinal bilateral y neutral propia de la cláusula general de igualdad hacia una aproximación unilateral que identifica y asume la existencia de colectivos desfavorecidos históricamente y actualmente -identificados por las causas previstas en el artículo 14 CE segundo inciso-, cuya identificación en ellos de determinados estereotipos que son atribuidos involuntariamente y que resultan infravalorados por la sociedad en su conjunto, a pesar de que son valiosos en sí mismos, los sitúa en una situación de exclusión en todos los niveles de vida.

su acceso a las prestaciones más importantes de la Seguridad Social pública, las contributivas -diferencias tanto en el tipo de prestación y de la intensidad protectora-. Y ello en la medida en que se exigen largos períodos de carrera laboral sin interrupciones y a tiempo completo. De tal forma que las carreras de seguro forjadas por las mujeres durante su trayectoria laboral como portadoras de los roles y estereotipos de género, se enfrentan posteriormente ante un sistema de Seguridad Social, que neutral al género, los penaliza[15]. Este estudio se dedicará precisamente a detectar y analizar aquellos elementos regulados que, neutrales al género, sitúan a la mujer en una posición de infraprotección.

Y si el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo ha recibido una especial atención a nivel supranacional, es imperativo abordar las regulaciones que tanto a nivel internacional como comunitario exigen la plasmación de estos principios en el ámbito de Seguridad Social. Especialmente, deberemos destacar cómo el derecho comunitario ha contribuido a definir y concretar el alcance de los mismos. No obstante, su aplicación se ha focalizado en el espacio delimitado por el contrato de trabajo dejando prácticamente huérfanas las cuestiones de Seguridad Social[16], lo cual se debe fundamentalmente al reducido ámbito de competencia que en esta materia dispone la Unión Europea. Efectivamente, la protección social es una materia con autonomía y sustantividad propia en cada ordenamiento interno de los Estados miembros, si bien, en la actualidad las instituciones comunitarias están adquiriendo una influencia creciente a través de mecanismos de apoyo y complemento sobre las políticas de los Estados miembros -especialmente cabe destacar el método abierto de coordinación-. A pesar de lo anterior, la única labor armonizadora a través de Directivas comunitarias que ha llevado a cabo la Unión Europea en materia de Seguridad Social, ha tenido como objetivo evitar la discriminación por razón de sexo[17]. Se trata de una normativa que data de 1979 que ha llegado hasta la actualidad sin alteración alguna, a pesar que desde que sus inicios se destacaba el carácter limitado con el que se acogió la perspectiva de género en su articulado. Se hará hincapié en su regulación y en la evolución experimentada por la jurisprudencia derivada del Tribunal de Justicia.

Una vez analizada la normativa supranacional de Seguridad Social desde la óptica de género, el ámbito de estudio se inclinará hacía nuestro ordenamiento jurídico nacional, pero teniendo presente en todo momento las obligaciones que se imponen desde tales ámbitos. Se abordará, en primer lugar, el derecho de la Seguridad Social teniendo como eje los principios constitucionales establecidos en el artículo 41 CE, es decir, desde la concreción del modelo de Seguridad Social querido e impuesto por la Constitución Española y desarrollado por el legislador, para determinar si el mismo es congruente con la discriminación sistémica que sufren las mujeres. El análisis de los elementos esenciales sobre los que se fundamenta nuestro régimen público de Seguridad Social nos dará las claves para identificar el motivo que explica la presencia mayoritaria de las mujeres en un brazo u otro del sistema. Este será el punto de partida que nos permitirá avanzar hacia la profundización de la acción protectora tanto del nivel contributivo como del no contributivo. Nos limitaremos ahora a enunciar las posibles implicaciones que desde el punto de vista del género pueden generar las modificaciones introducidas con las últimas reformas, perdiendo

[15] Esta desigualdad tiene importantísimos efectos colaterales, entre otros, las mujeres se ven obligadas a extender su carrera laboral accediendo a la jubilación en edad más tardía que los hombres ello para "compensar" los efectos que sus inestables carreras tienen sobre la cuantía de la pensión, esto implica un efecto directo sobre su salud física y psíquica. Recientemente ver, RADL, Jonas, "¿Por qué las mujeres en España se jubilan más tarde que los hombres?", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 142, 2013, pp. 109- 122.

[16] BALLESTER PASTOR, María Amparo, "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

[17] Se trata de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de Seguridad Social.

la neutralidad con la que en principio se presentan[18], así , respecto a las prestaciones de jubilación e incapacidad se analizará el impacto de género motivado por el aumento de la edad requerida o en los requisitos para poder acceder a las mismas -que se reforzará con el llamado factor de sostenibilidad[19]- en la determinación de su cuantía -base reguladora, integración de lagunas, porcentajes aplicables en función de los períodos previos de cotización-; en los complementos a pensiones mínimas; modificaciones en la pensión de viudedad; protección de la familia -destacando la reciente prestación económica por cuidados de menores afectados de cáncer o enfermedad grave-; así como, los mecanismos de compensación del impacto de género en las carreras de seguro derivados de la conciliación laboral y familiar -la cotización ficticia derivada del nacimiento, adopción o acogimiento de hijos, por excedencia por cuidados de hijos y familiares o la derivada de la reducción de jornada-.

Finalmente se abordará el impacto de la Seguridad Social en el trabajo las modalidades contractuales y tipos de trabajo más feminizadas con especial referencia al trabajo a tiempo parcial y al servicio al hogar familiar. El trabajo a tiempo parcial no solo supone una agravación de la situación discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo sino también en protección social, ya que este ámbito cuenta con una regulación específica que dificulta su acceso a las prestaciones. El trabajo a tiempo parcial ha sido recientemente objeto de máximo interés puesto que, planteadas cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad respecto de su regulación en materia de Seguridad Social, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la ha catalogado como discriminatoria por razón de sexo: considera que la fórmula de calcular los periodos de tiempo cotizados a la hora de acreditar el periodo de carencia que da derecho a pensión contributiva afecta fundamentalmente a las mujeres, obligándolas a cotizar durante más tiempo para reunir el requisito acreditado de 15 años de cotización (aunque su sentencia no facilita las líneas para su modificación)[20]. Este pronunciamiento marcaría el camino a seguir por nuestro Tribunal Constitucional que poco más tarde falló en el mismo sentido de la doctrina comunitaria[21] y que ha motivado la reciente modificación en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia[22].

De otro lado se abordará el reciente Sistema especial de empleadas de hogar, analizando los avances -como el generado por el reconocimiento de la protección por riesgos profesionales- pero también las omisiones aun existentes -exclusión de la protección por desempleo-, que han permitido afirmar[23] desde una visión de conjunto de esta regulación el escaso compromiso y respaldo a la aplicación práctica de la nueva regulación, haciendo tambalear la declarada finalidad de sacar de la informalidad e

---

[18] Reformas que aunque en algunos aspectos y finalidades resulta evidente su relación con el género (así una de las justificaciones de la misma es la inversión de la pirámide poblacional en relación claramente con la conciliación y ésta por tanto con el género), lo cierto es que la cuestión del impacto de género se aborda con un carácter meramente declarativo.

[19] Factor de sostenibilidad propuesto por el Comité de Expertos, nombrados por el Gobierno, en su "Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones" presentado el 7 de junio de 2013.

[20] Asunto Elbal Moreno, sentencia de 22 de noviembre de 2012.

[21] STC de 14 de marzo del 2013, que declara inconstitucional el sistema de cotización aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, pues "dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados".

[22] El Real decreto- ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social ha modificado la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

[23] BALLESTER PASTOR, María Amparo, "Reformas.., op.cit.

infraprotección a este colectivo profesional, en su práctica totalidad integrado por mujeres, que hacen que hoy por hoy siga siendo uno de los más discriminados en España.

Este es el esquema temático que se pretende desarrollar para lograr la realización de la Tesis Doctoral planteada, aunque no se propone como una estructura fija y estática, la coherencia y sistematicidad que se pretende conseguir serán motivos que justifiquen el planteamiento de posibles cambios para su mejoría y perfección.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

APARICIO TOVAR, Joaquín, "Jugar con las cartas marcadas. A propósito del informe de los expertos sobre pensiones", *Nueva Tribuna*, Junio 2013.

ARROYO ROMERO-SALAZAR, Laura, "Mujeres y crisis. Apuntes sobre el mercado de trabajo", *Fundación Primero de Mayo*, núm. 09, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, ed., *Igualdad y constitución española*, Tecnos, 2010.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española,* núm. 01, 2011.

BALLESTER PASTOR, María Amparo, "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Líneas de tendencia de las reformas en materia de protección social", *Temas Laborales*, núm.112, 2011.

ESPING- ANDERSEN, Gosta y, PALIER, Bruno, eds., *Los tres grandes retos del Estado del Bienestar*, Ariel, 2010.
PÉREZ DEL RÍO, Teresa, "Crisis y medidas anticrisis: una óptica de género", *Historia Actual online*, núm.26, 2011.

- "La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres. Aproximación para el debate", *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007.

RADL, Jonas, "¿Por qué las mujeres en España se jubilan más tarde que los hombres?", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 142, 2013.

REY MARTÍNEZ, Fernando, ed., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw- Hill, 1995.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y, FERNANDEZ LÓPEZ, María Fernanda, eds., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, 1986.

VV.AA., "Desigualdad y Estado Social en España", Fundación Primero de Mayo, Junio 2013.

LA PROHIBICIÓN DE LAS GUERRAS DE AGRESIÓN. UN SIGLO DE ESFUERZOS

Demelsa Benito Sánchez
Profesora ayudante doctora
Universidad de Deusto

Resumen: Durante la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Kampala, junio 2010) se adoptó una resolución relativa al crimen de agresión, estableciendo una definición del mismo y a las condiciones bajo las cuales la Corte deberá ejercer su competencia sobre él. Llegar a un consenso al respecto no fue fácil. De hecho, la comunidad internacional llevaba casi un siglo tratando de prohibir las guerras de agresión. El presente artículo realiza un repaso por ese siglo de historia desde el final de la Primera Guerra Mundial hasta la conferencia de Kampala, destacando la importancia que cada instrumento adoptado en esta materia tuvo en la aprobación de la resolución de Kampala sobre el crimen de agresión

Abstract: At the First Review Conference on the Statute of the International Criminal Court (Kampala, June 2010) a resolution on the crime of aggression was adopted. It defines the crime and establishes the conditions under which the Court shall exercise its jurisdiction over it. Reaching the consensus on this matter was not easy. In fact, the international community had tried to prohibit the wars of aggression for almost a century. This paper analyses the historical process of such prohibition from the end of the First World War until the Kampala Conference, highlighting the importance that each legal instrument adopted on this matter had on the Kampala resolution on the crime of aggression.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, crimen de agresión, Estatuto de Roma, ius ad bellum, guerra de agresión

1. Introducción

El objetivo de esta comunicación es hacer una breve descripción de los esfuerzos internacionales realizados durante el último siglo para prohibir las guerras de agresión[1]. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma, incluye en su art. 5 el crimen de agresión dentro de aquéllos respecto de los cuales las Corte podrá ejercer su competencia, por ser uno de los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, la falta de consenso acerca de la definición del crimen, así como del mecanismo de activación de la competencia de la Corte sobre el mismo, hizo que el ejercicio de dicha competencia se pospusiera en el tiempo hasta que, según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 5, se aprobara una disposición en la que se definiera el crimen y se enunciaran las condiciones en las que ejercería tal competencia. Esa disposición habría de ser, además, compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Fue en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, celebrada entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010 en Kampala, donde se logró un

[1] Este trabajo forma parte de una investigación llevada a cabo en el Instituto de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Colonia (Alemania), bajo la supervisión del Prof. Dr. Claus Kress, quien fue representante de la delegación alemana en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. A él, y a su equipo, deseo expresarles toda mi gratitud por su hospitalidad durante mi estancia allí. La estancia de investigación, que tuvo lugar entre noviembre de 2011 y octubre de 2012 fue financiada por el Ministerio de Educación, Orden EDU/2728/2011, de 29 de septiembre, BOE, n.º 247, de 13 de octubre de 2011.

consenso al respecto y se adoptó una resolución para enmendar el Estatuto en lo tocante al crimen de agresión de acuerdo con los requerimientos del referido art. 5.2.

Llegar a ese consenso no fue una tarea fácil. De hecho, la comunidad internacional llevaba un siglo tratando de prohibir las guerras de agresión, como se relata en los siguientes epígrafes.

2. El período de entreguerras

Finalizada la IGM, la Conferencia de Paz de París celebrada en enero de 1919 creó una comisión con el objetivo de depurar responsabilidades por la guerra. En concreto, la comisión debía determinar si Alemania y sus aliados habían violado el derecho internacional iniciando y combatiendo en la guerra, a la vez que debía considerar las penas a imponer. Sólo tres meses después de su constitución, la comisión determinó que no existía en el derecho internacional una prohibición formal de la guerra por lo que no podía establecer el grado de responsabilidad penal de aquéllos que habían ordenado o llevado a cabo la Gran Guerra[2]. En efecto, las Conferencias para la resolución pacífica de conflictos internacionales (La Haya 1899 y 1907) no prohibían el uso de la fuerza, toda vez que lo que estipulaba su art. 1 era que las partes resolverían los conflictos internacionales entre ellas evitando, en la medida de lo posible, el recurso a la fuerza, siendo que ante graves desacuerdos o conflictos, "antes de apelar a la armas" recurrirían a los buenos oficios o a la mediación de una o más potencias amigas en la medida en que las circunstancias lo permitieran (art. 2). Ante la inexistencia de una prohibición expresa de las guerras de agresión, la comisión consideró que el Káiser Guillermo II habría de ser procesado no porque su conducta constituyera una violación del Derecho penal, sino porque constituía "una ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados", como se plasmó en el art. 227 del Tratado de Versalles[3]; si bien la negativa de Holanda, país neutral en la contienda, a extraditar al emperador, impidió el procesamiento del Káiser.

Tras la contienda, los Estados, aunque eran aún reacios a renunciar a su vieja prerrogativa a hacer la guerra cuando sus intereses más vitales estuvieran en juego, sí parecían aceptar, sin embargo, que tal prerrogativa no podía continuar siendo ilimitada. El contenido del Pacto de la Sociedad de Naciones, incorporado al Tratado de Versalles, da fe de ello. Así, ya el Preámbulo comenzaba destacando la importancia de no recurrir a la guerra. Conforme a su art. 10, las partes se comprometían tanto a respetar la integridad territorial y la independencia política de los Estados, como a mantenerla contra toda agresión exterior. El Estado que, contraviniendo lo dispuesto en el Pacto, recurriera a la guerra, sería sancionado con la ruptura de toda relación comercial o financiera (art. 16).

Con todo, la prohibición contenida en dicho Pacto adolecía de diversas lagunas. De hecho, era una prohibición que distaba mucho de ser absoluta pues se podía distinguir entre guerras desarrolladas conforme a los términos del Pacto y guerras desarrolladas en violación de los términos del Pacto. La justicia o injustica del conflicto no era un factor determinante. Además, el art. 10 únicamente se refería a los miembros de la Sociedad de Naciones, con lo que el recurso a la guerra no parecía estar prohibido respecto de terceros Estados. Asimismo, el concepto de guerra que empleaba el Pacto era el concepto tradicional, que suponía la voluntad de los Estados de provocar un estado de guerra; por tanto, los Estados podían excusarse de sus obligaciones alegando que no se trataba de una guerra en sentido formal por faltar el *animus belligerendi*[4]. Por otra parte, el Pacto no explicaba el significado de la expresión "agresión exterior", ni señalaba si existía alguna diferencia entre esa expresión y el término "guerra", que se empleaba en otras ocasiones a lo largo del texto.

Ante tales deficiencias, nuevos documentos trataron de poner fin al derecho a hacer la guerra. Entre ellos, debe destacarse el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de

---

[2] SOLERA, Oscar: *Defining the crime of aggression*, Cameron May Ltd, Londres, 2007, p. 18.

[3] Tratado de Paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania, firmado en París el 28 de junio de 1919.

[4] WERLE, Gerhard: *Tratado de Derecho penal*, 2° ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 739.

política nacional, adoptado en París el 27 de agosto de 1928, más conocido como Pacto Briand-Kellog, por los apellidos de sus ideólogos. El tratado únicamente contenía tres artículos. El tercero iba dedicado a la entrada en vigor. El primero y el segundo merecen ser reproducidos:

> *Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.*
>
> *Artículo 2. Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellas, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos.*

Con todo, este tratado no preveía sanción de ningún tipo para el caso de que alguna parte no lo cumpliera, si bien es cierto que el Preámbulo – parte no vinculante del Tratado – afirmaba "que toda potencia signataria que en adelante buscase promover sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente tratado", lo cual venía a significar que el resto de partes signatarias podría recurrir a la guerra contra el Estado infractor[5].

Además, el tratado obligaba sólo a los Estados, no a las personas. Es decir, no se establecía responsabilidad penal individual por haber infringido la obligación de resolver los conflictos pacíficamente.

El derecho de autodefensa seguía existiendo, como manifestaron las partes en la declaración emitida al firmar el tratado, aunque no se había previsto dentro de él y éste no definía las medidas lícitas de autodefensa, razón por la cual era lógico pensar que los Estados tenderían a expandir el ámbito de la autodefensa hasta cubrir nuevas contiendas. Sin ir más lejos, Estados Unidos defendió la aplicación de la denominada doctrina Monroe, que le permitía hacer uso del derecho a la autodefensa no sólo cuando su territorio fuera atacado, sino también cuando cualquier territorio americano fuera atacado por europeos. Gran Bretaña, por su parte, también quería aplicar esa doctrina respecto de ciertas zonas de interés británico más allá del propio imperio. En definitiva, puede afirmarse que la prohibición de recurrir a la guerra en el mencionado documento era ciertamente muy limitada ya que casi cualquier guerra podría ser justificada bajo la apariencia de autodefensa[6]. No sorprende, por esto, el fracaso del pacto, que no sirvió para impedir contiendas posteriores, incluida la Segunda Guerra Mundial.

3. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Acuerdo de Londres[7] que estableció el Tribunal Militar Internacional[8] incluyó en su articulado los "crímenes contra la paz", predecesores del actual crimen de agresión. El art. 6 (a) de referido instrumento definía los crímenes contra la paz de la siguiente manera:

> *(a) Crímenes contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías*

[5] SELLARS, Kirsten: "Delegitimizing Aggression. First Steps and False Starts after the First World War", en *Journal of International Criminal Justice: 10th Anniversary Special Issue Aggression: After Kampala* (editado por Claus KRESS y Philippa WEBB), vol. 10, n.° 1, Marzo 2012, p. 28.

[6] FERENCZ, Benjamin B.: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*, vol. I, Oceana Publications, Nueva York, 1975, p. 25.

[7] Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, hecho en Londres el 8 de agosto de 1945.

[8] Charter of the International Military Tribunal, hecho en Londres el 8 de agosto de 1945.

internacionales, o participar en un plan común o en una conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

De esta manera, la responsabilidad penal individual por la conducción de una guerra de agresión fue regulada por primera vez en un tratado internacional.

La sentencia del Tribunal Militar Internacional de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946, que puso fin al proceso contra los principales criminales de guerra, imputaba a los 22 acusados dos cargos en relación con los crímenes contra la paz. Primer cargo: el plan común o conspiración para cometer crímenes contra la paz. Segundo cargo: planificar, preparar, iniciar y hacer una guerra como crímenes contra la paz.

Ocho de los acusados fueron condenados por referidos dos cargos, y cuatro fueron absueltos del primero y condenados por el segundo de acuerdo. Sin embargo, ni el art. 6 (a) del Estatuto definía "guerra de agresión", ni el Tribunal lo definió en la sentencia, a pesar de haber afirmado que "iniciar una guerra de agresión […] no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo que sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos".

4. Definiendo "agresión" en el seno de la ONU

El deseo de mantener la paz mundial tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial se plasmó en las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas[9] relativas a la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, la expresión "acto de agresión", empleada en los arts. 1.1 y 39[10], no se define, y tampoco se explica si difiere o no de otras expresiones similares empleadas en el documento como "fuerza armada" (Preámbulo y arts. 14 y 46), "amenaza o uso de la fuerza" (art. 2.4), "amenaza a la paz" (arts. 1.1 y 39) y "quebrantamiento de la paz" (arts. 1.1 y 39).

El consenso en torno a una definición de agresión llegó tras dos décadas de trabajos en el seno de las Naciones Unidas y se plasmó en el anexo a la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, cuyo artículo 1 reza:

> *La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.*

Además, el art. 2 del anexo a la Resolución alberga una presunción *iuris tantum* relativa al primer uso de la fuerza armada:

> *El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba* prima facie *de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.*

El art. 3 enumera las actuaciones que serán consideradas actos de agresión:

> *a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*

[9] Abierta a la firma en San Francisco (EEUU) el 26 de junio de 1945. En vigor desde el 24 de octubre de 1945.

[10] Los términos "política de agresión" y "agresiones" se emplean en el art. 53.1.

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su participación en dichos actos.

La Resolución 3314 supuso un antes y un después en la búsqueda de una definición consensuada de agresión. Su importancia es tal que poco ha variado esa definición desde entonces hasta hoy, y su influencia es notoria en la Resolución de Kampala, que la reproduce a la hora de definir "acto de agresión". Sin embargo, no hay que olvidar que la Resolución 3314 no tenía efectos vinculantes, se trataba de una simple guía que el Consejo de Seguridad podía incluso ignorar[11] y no hacía referencia a la responsabilidad del individuo, sino únicamente a la responsabilidad del Estado. Con todo, cierto es que desde ese momento en adelante, los actos de agresión corrían un riesgo más alto de condena. Además, la adopción de esta definición provocó una reapertura del proyecto sobre la creación de una corte penal internacional[12].

5. El crimen de agresión en el del Estatuto de la Corte Penal Internacional

Como se ha señalado en la introducción, el art. 5.1 del Estatuto del a CPI enumera los crímenes que son competencia de la Corte por ser los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Habiendo sido calificado por el Tribunal de Núremberg como el "crimen internacional supremo", era lógico que el crimen de agresión se incluyera en dicho precepto.

Sin embargo, su inclusión en el Estatuto estuvo precedida de grandes desavenencias, principalmente, con respecto a dos puntos: la definición del crimen y el mecanismo para activar la competencia de la Corte. Así, con respecto al primer punto, entraban en conflicto tres propuestas diferentes. Un grupo de Estados era partidario de la clásica nomenclatura "guerra de agresión", reflejando los orígenes de este crimen. Otros Estados se decantaban por una definición basada en el lenguaje empleado en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Un tercer grupo, el más numeroso, abogaba por una definición basada en la Resolución 3314[13].

---

[11] El párrafo cuarto del Preámbulo de la Resolución recomienda al Consejo que "*cuando proceda*, tenga en cuenta esta Definición como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión" (énfasis añadido).

[12] McDOUGALL, Carrie: *The crime of aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court,* Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013, p. 6.

[13] Ibidem, p. 10.

Con respecto al segundo punto, el problema giraba en torno al papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la hora de activar la competencia de la Corte. Así, por un lado, estaban los que consideraban que debía ser un requisito que el Consejo de Seguridad determinara previamente la existencia de un acto de agresión; y por otro, los que consideraban que tal exigencia podría vulnerar la independencia de la CPI[14].

La existencia de estas posiciones tan enfrentadas con relación al crimen de agresión, hicieron pensar, incluso, que el Estatuto de Roma nacería sin mención al crimen internacional supremo. La mayoría de las delegaciones, no obstante, no estaban dispuestas a aceptar un estatuto que no lo incluyera, por lo que el compromiso final fue el que aparece en el párrafo segundo del art. 5: el crimen de agresión se incluyó entre aquéllos que serían competencia de la Corte pero el ejercicio de dicha competencia quedó condicionado y dilatado en el tiempo.

El compromiso del Estatuto de Roma sobre el crimen de agresión fue completado con el párrafo 7 de la *Resolución F del Acta Final de la Conferencia*[15], según el cual, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, creada por el párrafo 1 de dicha Resolución prepararía "propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y a las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados Partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto".

6. El camino hacia el consenso

Sólo un año después de la adopción del Estatuto de Roma, la Comisión Preparatoria estableció un Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión[16], que comenzó realizando un detallado análisis histórico del crimen[17] para arrojar luz sobre el posterior debate. Asimismo, fueron circulando una serie de propuestas dirigidas a encontrar un compromiso sobre la definición y sobre las cuestiones relativas a la activación de la competencia.

Como ya sucediera durante las negociaciones en Roma, las delegaciones volvieron a dividirse. Por un lado, se situaban aquéllas que abogaban por un enfoque genérico, siguiendo la fórmula de Núremberg, y por otro, aquéllas que defendían la inclusión de una lista de actos considerados "actos de agresión", siguiendo la fórmula de la Resolución 3314[18]. A la vista de las evidentes desavenencias, vio la luz una propuesta que trataba de englobar ambos enfoques, combinando un párrafo introductorio de naturaleza general, seguido de una lista específica de actos que constituirían actos de agresión. Es el denominado *Discussion Paper* de julio 2002[19], que todavía habría de pulirse hasta su aprobación definitiva.

---

[14] Ibidem.

[15] *Acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, UN Doc. A/CONF.183/10.

[16] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional: *Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su segundo período de sesiones (26 de julio a 13 de agosto de 1999),* UN Doc. PCNICC/1999/L.4/Rev.1, p. 8.

[17] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión): *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1.

[18] FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A.: "The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal,* 25, 2001-2002, pp. 595-596.

[19] Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión): *Documento de debate propuesto por el Coordinador* PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2.

Tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma ese mismo mes, la Asamblea de Estados Parte expresó su deseo de continuar y complementar el trabajo sobre el crimen de agresión iniciado en 1999, para lo cual estableció el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión[20], que se reunió en diversas ocasiones entre septiembre de 2003 y febrero de 2009. Sus propuestas, que no pueden reproducirse aquí por razones de espacio, facilitaron el camino para la adopción de una resolución definitiva en Kampala.

7. La Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI

Con las propuestas de 2009 presentadas por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de agresión se llegó a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI. No sin esfuerzo, el 11 de junio de 2010 se adoptó por consenso la Resolución RC/Res.6 referente a las enmiendas sobre el crimen de agresión.

La resolución prevé la incorporación al Estatuto de la Corte Penal Internacional de un art. 8 bis que alberga la definición de crimen de agresión. Dicho artículo rezará:

> *1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.*
>
> *2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:*
>
> > *a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*
> >
> > *b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;*
> >
> > *c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;*
> >
> > *d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;*
> >
> > *e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;*
> >
> > *f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;*

[20] Resolution ICC-ASP/1/Res.1: Continuity of work in respect of the crime of aggression, Asamblea de Estados Parte, 9/9/2002.

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

El precepto está claramente influido por anteriores documentos en la materia. Así, los verbos que describen la conducta típica del crimen de agresión son tomados de la fórmula empleada en Núremberg[21], a la que se añade la llamada "cláusula de liderazgo". De la Resolución 3314, a la que se remite el precepto expresamente, se toman los concretos "actos de agresión" que podrán derivar en responsabilidad penal individual por el "crimen de agresión".

El precepto distingue, y esta es la principal novedad con respecto a documentos anteriores, entre el acto de agresión y el crimen de agresión. El acto de agresión sólo puede ser cometido por Estados, no por sujetos individuales, mientras que el crimen de agresión es cometido por los sujetos individuales que participan en el acto de agresión llevado a cabo por un Estado.

El crimen de agresión aparece como un crimen de líderes o de dirigentes pues el sujeto activo debe ser siempre una persona – o personas[22] – que ostente una posición de mando o de dirección de la acción política o militar de un Estado, lo que supone una gran diferencia con el resto de crímenes competencia de la Corte. Se trata, pues, de un delito especial, lo cual obligaba también a reformar el art. 25.3 del Estatuto de Roma[23]. Con todo, el nuevo art. 8 bis no define claramente el círculo de posibles sujetos activos. Por eso, podría interpretarse en sentido amplio, como así lo hacía el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y abarcar no sólo a jefes de Estado y de gobierno, sino también a "personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los partidos políticos o el mundo de los negocios"[24]. No obstante, respecto de estos últimos, a los que ya se acusó tras las IIGM, la cuestión no está exenta de polémica pues el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro parece que corresponde a líderes políticos o militares, no a personas del mundo de los negocios. Sin embargo, si la posición de éstos es asimilable a la de los líderes políticos y militares de manera tal que su poder les permita controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado, no hay razón para excluirles[25].

La conducta típica del crimen de agresión aparece descrita con los verbos planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión. Las Enmiendas a los Elementos de los Crímenes especifican que para que exista responsabilidad individual por el crimen de agresión, el acto de agresión debe haberse cometido, por lo tanto, la amenaza del uso de la fuerza (que está

---

[21] Siendo la única diferencia, sin importancia significativa, la sustitución del verbo "librar" por el verbo "realizar".

[22] Como se reconoce en las enmiendas a los elementos de los crímenes, en el anexo II a la Resolución RC/Res.6, nota a pie 1.

[23] Se incorpora un párrafo 3 bis: "Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado".

[24] *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, 2° parte, documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2), p. 43.

[25] En este sentido, CLARK, Roger S.: "Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdictions Over it", en *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1105; SCHALLER, Christian: "Der Internationale Strafgerichtshof und das Verbrechen der Aggression", en *SWP-Aktuell* 45, mayo 2010, p. 3; SALMÓN, Elizabeth (Coord.): *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 42, quien también incluye a los líderes religiosos.

prohibida por el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) o el intento de cometer un acto de agresión no darán lugar a responsabilidad individual por el crimen de agresión[26].

El precepto prevé, además, una limitación relativa a la conducta típica. Así, no cualquier acto de agresión dará lugar al crimen de agresión, sino sólo aquéllos que tengan una determinada intensidad, o como señala el párrafo primero *in fine* del art. 8 bis, aquéllos que "por sus características, gravedad y escala constituya[n] una violación manifiesta de la Carta." Habrá, por tanto, actos de agresión que supongan una vulneración de la prohibición del uso de la fuerza recogida en la Carta de las Naciones Unidas, y que sin embargo, no deriven en responsabilidad individual por un crimen de agresión. De acuerdo con los entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión[27], los tres elementos – características, gravedad y escala – deben estar presentes a la vez.

Finalmente, sobre la lista de actos de agresión que se menciona en el párrafo segundo del art. 8 bis, surge la pregunta de si es exhaustiva o no. Sobre este punto, cabe hacer las siguientes consideraciones: 1. El art. 8 bis se remite expresamente a la resolución 3314, cuyo art. 4 indica que la lista no es exhaustiva, pudiendo el Consejo de Seguridad "determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta". Con todo, como ya se ha señalado, esa resolución no es más que una mera recomendación, en la que ni siquiera se hablaba de responsabilidad penal individual. 2. Considerar la lista del art. 8 bis abierta podría ir en contra del principio de taxatividad que deben respetar las leyes penales. 3. No es difícil imaginar en el momento actual y en el futuro cercano el desarrollo de posibles nuevos actos de agresión, por lo que considerar la lista como cerrada contribuiría a la impunidad de los potenciales responsables. 4. El Estatuto de Roma, en su art. 7, al regular los crímenes de lesa humanidad incorpora una cláusula abierta según la cual también serán considerados crímenes de lesa humanidad "[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Es decir, es posible calificar un acto como crimen de lesa humanidad pese a no caer dentro de la lista del art. 7 si posee "carácter similar" a los actos anteriormente enumerados en el precepto. 5. Teniendo en consideración esta disposición, podría aceptarse para el caso del crimen de agresión, sin que ello supusiera vulnerar el principio de taxatividad, que la lista del párrafo segundo del art. 8 bis no es exhaustiva pero que para considerar otras conductas como actos de agresión, éstas deberían cumplir los requisitos expresados en el íncipit del párrafo mencionado, esto es, que se trate de actos que impliquen "uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas"[28].

8. Consideraciones finales

Con la adopción de la Resolución de Kampala sobre el crimen de agresión culmina un largo proceso, de casi un siglo, tendente a prohibir las guerras de agresión. A partir de su entrada en vigor, planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión bajo las circunstancias anteriormente explicadas será un crimen internacional del que derivará responsabilidad penal individual. Se completa así el proceso de codificación de los crímenes de derecho internacional consuetudinario, y se subsana la laguna que dejó el art. 5.2 del Estatuto de Roma. Con todo, es mucho lo que aún queda por hacer.

---

[26] KRESS, Claus: "Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus", en *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1135.

[27] Anexo III de la Resolución RC/Res.6.

[28] De esta opinión, *vid*., CLARK, Roger S.: "Negotiating…", *op. cit*., p. 1105; KRESS, Claus: "Time for Decision…", *op. cit*., p. 1137; .McDOUGALL, Carrie: *The crime…, op. cit.*, pp. 103-105; SALMÓN, Elizabeth (Coord.): *El crimen de agresión…, op. cit.,* pp. 46-49; TRAHAN, Jennifer: "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", en *International Criminal Law Review*, 11, 2011, pp. 59-60.

En efecto, aún queda mucho tiempo para que las enmiendas adoptadas en Kampala referentes a la definición del crimen de agresión (art. 8 bis) y a las condiciones para activar el ejercicio de la competencia de la Corte (arts. 15 bis y 15 ter), que no se han explicado aquí por razones de espacio, entren en vigor, lo cual acontecerá no antes del 1 de enero de 2017 y siempre que se haya adoptado una decisión por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. Además, la Corte no podrá ejercer competencia respecto de Estados parte que hayan declarado previamente que no aceptan esa competencia sobre el crimen de agresión, como tampoco ejercerá competencia sobre el crimen cometido por nacionales o en el territorio de un Estado no parte en el Estatuto. Los casos en los que la Corte podrá ejercer su competencia serán, pues, escasos.

Por tanto, una vez que las enmiendas adoptadas en Kampala entren en vigor, la persecución de los responsables de un crimen de agresión no será en absoluto sencilla pues la Corte se encontrará con los mismos obstáculos, si no mayores, que hasta ahora se ha encontrado en su persecución de los responsables de los crímenes más graves para la comunidad internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), entre ellos, la ausencia de ratificación del Estatuto por parte de los Estados más poderosos, y los amplios poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que le vienen otorgados por su Carta fundacional. Hasta que esta situación no cambie, lo que habría de incluir la desaparición del derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, correremos el riesgo de que los responsables de una guerra de agresión permanezcan impunes.

PANORAMA ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN EN ESPAÑA

Magdalena Bielawska

magbie@uma.es

Resumen:

La crisis económica y financiera ha afectado de pleno al avance de la investigación en España. El artículo revisa el estado actual de las políticas de investigación y el impacto que ha tenido sobre la situación de los investigadores, basándose en algunos de los principales indicadores del sistema español de I+D+i.

Palabras claves:

investigación, sistema español de I+D+i, tejido investigador, economía basada en conocimiento, crecimiento y desarrollo

1. Introducción

La importancia de la investigación, desarrollo e innovación (I+D+i) como uno de los factores esenciales para el crecimiento económico y desarrollo ha sido debatida ampliamente en la literatura. En base a ello en el año 2000, en la cumbre de Lisboa, los jefes de Estado de los países de la Unión Europea se reunieron para aprobar el plan de desarrollo de la UE para convertirla en la economía basada en el conocimiento. Uno de los objetivos entonces establecidos a cumplir en ese periodo, hasta el 2010, fue el de destinar el 3% del PIB al gasto en actividades de I+D+i. Un reto que tuvo que ser retomado para el 2020 en la Nueva Estrategia Europea, al no ser alcanzado por la mayoría de los países europeos, salvo Finlandia, Suecia y Dinamarca. La apuesta por la I+D+i sigue siendo vigente, y más aún ahora, siendo un camino al cambio del modelo productivo, el aumento de competividad y base a un nuevo creamiento y desarrollo. Por lo qué ante la crisis económica y financiera que afectó a España, es importante plantearnos la siguiente pregunta: ¿cuál es la situación actual del sistema español de I+D+i? Yen ese contexto; ¿cómo se plasma la situación del investigador? Las siguientes secciones tratarán de aclarar y dibujar un pequeño esbozo de la misma.

2. Principales indicadores de la situación

En el 2011 el gasto en actividades en I+D+i en España alcanzó el 1,33% del PIB, lo que supuso un punto de inflexión tras más de una década de un continuo crecimiento en gasto destinado a I+D+i. Sin embargo, en ningún momento consiguió alcanzar la media europea (2,03% en 2011 para la EU-27) y, mientras que esta subió respecto al año 2010, el gasto español descendió del máximo conseguido del 1,39% en 2009 acercándose a su nivel del 2008 y alejándose tanto de la media europea como también del objetivo de Lisboa. Aparte de España, otros nueve países de la zona euro también han reducido su gasto en el año 2011, entre ellos los países periféricos como Italia (1,25%) y Portugal (1,50%) o países que sobrepasan el objetivo como Suecia (3,37%) o Finlandia (3,78%). Por otro lado, aunque España partía en 2000 con un gasto mayor (0,91%) que Estonia (0,6%), fue ésta la que alcanzó los niveles de España en el 2009 para superarla en 2011 con un 2,38% del PIB.

Tabla 1 Gasto I+D por países en % del PIB (2010-2011)

PAÍS	2010	2011			
EU (27 países)	2,01	2,03	Bulgaria	0,6	0,57
Euro área (17 países)	2,06	2,09	Republica Checa	1,55	1,84
Bélgica	2,01	2,04	Dinamarca	3,07	3,09
			Alemania	2,8	2,84
			Estonia	1,63	2,38

Irlanda	1,71	1,72	Austria	2,79	2,75
Grecia	:	:	Polonia	0,74	0,77
España	1,39	1,33	Portugal	1,59	1,5
Francia	2,24	2,25	Rumania	0,46	0,48
Italia	1,26	1,25	Eslovenia	2,09	2,47
Chipre	0,5	0,48	Eslovaquia	0,63	0,68
Latvia	0,6	0,7	Finlandia	3,9	3,78
Lituania	0,8	0,92	Suecia	3,39	3,37
Luxemburgo	1,48	1,43	Reino Unido	1,8	1,77
Hungría	1,17	1,21	Islandia	:	:
Malta	0,67	0,73	Noruega	1,69	1,7
Países Bajos	1,85	2,04			

Fuente: 1 Eurostat, Science and Technology 2011, Research and development expenditure, by sectors of performance, algunos datos son *Estimados* o *Provisionales*, para mas info http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsc00001

En el caso de España, del gasto total de más de 14 mil millones en 2011, el 48% se ejecutó en el sector público y el 52% en el privado. Según el Instituto Nacional de Estadística, el gasto interno total en actividades de I+D+i se distribuyó de siguiente forma en 2011:

- Administración Pública: 19,5%
- Enseñanza superior: 28,2%
- Empresas: 52,1%
- ISPFL: 0,2%[1]

Los objetivos de Lisboa recomendaron un reparto de la financiación de gasto de I+D+i de la siguiente forma: tercera parte proveniente de fondos públicos y dos tercios del sector empresarial. En el caso de España, la parte empresarial no llega a conseguir el deseado 2% del PIB, manteniéndose bastante equilibrada entre ambas. Del descenso en 2011 la mayor parte corresponde al sector público con un 5,8%, mientras el empresarial se contrajo en un 1,5%. Por lo que la balanza de gasto se ha inclinado hacia el sector privado, pero no por aumentar su gasto sino por achicarse la participación pública. El descenso del 2011 respecto al año 2010 puede parecer tímido al lado de los mismos referentes a los años posteriores dibujando un panorama bastante más pesimista.

2.1 Políticas I+D+i

En el año 2013 las políticas de gasto a la I+D+i contenidos en los presupuesto generales del Estado han sufrido un recorte de 7,2% respecto al año anterior, lo que sumado a los ajustes de los últimos cuatro años presenta un recorte continuado de casi un 39% retrocediendo a niveles de hace 9 años. Además, estas previsiones de gasto para el 2013 no son las que finalmente se ejecutan, ya que existe divergencia entre lo aprobado y lo finalmente ejecutado en parte debido a que una porción de ese presupuesto se estructura mediante préstamos empresariales que no llegan a utilizarse y que pasan a formar parte del presupuesto del año siguiente.

Tabla 2 Presupuesto General del Estado para I+D+i (millones de Euros)

AÑO	2009	2010	2011	2012	2013
Investigación, Desarrollo e Innovación	9.662	9.271	8.586	6.387	5.926
Cambio respecto año anterior		*4%*	*-7,4%*	*-26%*	*-7,2%*

Fuente: 2 Elaboración propia a partir de los Presupuestos Generales del España

[1] Indicadores de Ciencia y Tecnología, Estadística de I+D 2011, últimos datos disponibles referentes al 2011, Instituto Nacional de Estadística www.ine.es

El principal objetivo socioeconómico de estas políticas, en el caso de los países europeos, suele ser la investigación básica realizada en las universidades, tal y como ha sido el patrón de gasto en España en el 2011 priorizando la investigación básica (26,5%) financiada por fondos de la enseñanza superior, el 18,1% destinado a la investigación básica financiada por otro tipo de fondos, el 14% a la salud, el 8,7% a la producción industrial y el 7,6% destinado a la investigación relacionada con la agricultura. Entre las partidas de gasto que han sufrido recortes, la mayor parte ha recaído sobre las inversiones reales pero también en los gastos corrientes en bienes y servicios y por lo tanto el efecto multiplicador sobre los recursos humanos real será mayor del que se presume con el simple recorte de gasto en la partida de personal.

2.2 Recursos humanos

En el 2010, el personal total empleado en actividades de I+D ascendía a 360.229 y en 2011 perdió a 6.318 empleados. De ese total, el 62% corresponde a los investigadores y el resto a los empleados de apoyo a la investigación. En cuanto al total personal EJC (en equivalencia a jornada completa) respecto la población ocupada (11,9) España se posiciona muy lejos de líderes como Dinamarca (20,4) o Finlandia (21,7).

Tabla 3 Personal empleado en actividades de I+D por años

Tipo de personal	2010	2011
Total personal: Número de personas (jornada completa y parcial)	360229	353911
Total personal: Personas en EJC	222022	215079
Total personal: Personas en EJC (tanto por mil respecto población ocupada)	12	11,9
Investigadores: Número de personas	224000	220254
Investigadores: Investigadores en EJC	134653	130235
Investigadores: Investigadores en EJC (tanto por mil respecto población ocupada)	7,3	7,2

Fuente: 3 Estadísticas de I+D 2011, Indicadores de Ciencia y Tecnología, Instituto Nacional de Estadística

En el 2010, el número absoluto de investigadores ascendía a 224.000 para perder en 2011 a más de tres mil empleados. Estas cifras absolutas del número de investigadores colocan España en posiciones privilegiadas tras Alemania, Gran Bretaña y Francia. Sin embargo cuando trasladamos ese dato respecto la población del país en cuestión, España pasa a encabezar la segunda parte del grupo junto con Eslovaquia, Republica Checa y Lituania. En cuanto nos referimos solamente a los investigadores en equivalencia a tiempo completo, el número de los mismos se reduce drásticamente en un 40%. En el 2011 España perteneció al pequeño grupo de ocho países (entre ellos Rumania, Lituania, Polonia, Finlandia, Suecia y Dinamarca) que perdieron el número de investigadores a tiempo completo. A pesar de que los datos de España en 2010 presentan un positivo repunte en número absoluto respecto a 2009, el 2011 se convierte en una dirección opuesta con una impacto mucho mayor (-3,3%). Los datos de 2012, aún no disponibles, pueden arrojar mayor luz sobre la situación de la investigación y, por ende, de los investigadores. Por tanto, el efecto real será posiblemente mucho mayor de lo que reflejan los datos disponibles para 2011.

En 2011 el sector de enseñanza junto con el resto de administraciones públicas, es el que registra mayor pérdida de investigadores de un 4,4%, siendo el primero el principal empleador de los investigadores (48%), seguido por las empresas (34%) y resto de administraciones públicas (18%).

Tabla 4 Investigadores por año y sector (EJC)

Por sectores: equivalencia a jornada completa	2009	2010	2011	Cambio 2010/2011
Total	133803	134653	130235	-3,3%
Administración Pública	24165	24377	22893	-6,1%
Enseñanza superior	63175	64590	62185	-3,7%

Empresas	46153	45377	44915	-1,0%
IPSFL	311	309	242	

Fuente: 4 Estadística de I+D 2011, Indicadores de Ciencia y Tecnología, Instituto Nacional de Estadística

Por lo que los grupos de investigación, y por ende los proyectos, se habrán visto afectados por los recortes forzando la salida de investigadores de las universidades. Algo que confirman los datos del último informe de INNOVACEF 2013[2] en el cuál solamente un 15% de investigadores españoles *tiene perspectivas positivas de que se contrate personal investigador para la realización de sus proyectos de I+D+i* frente a 53% en el caso de los investigadores españoles residentes en el extranjero.

De las más de 353 mil personas empleadas en actividades de I+D, el 37% trabajaba en la empresa privada, el resto en el sector público. El 40% eran mujeres, una tasa similar al de mujeres como porcentaje del total de investigadores. El 52% del total de mujeres han sido empleadas en la enseñanza superior y la mayor parte, más del 70% como investigadoras en universidades, siendo el sector público el que más investigadores expulsó en 2011.

Tabla 5 Personal empleado en I+D (jornada completa y parcial) por sector de ejecución, ocupación y sexo.

Tipo de personal	Total	Administración Pública	Enseñanza superior	Empresas	IPSFL
Total					
Total	353911	58172	165043	129872	824
Mujeres	141419	29993	73133	37858	435
Investigadores					
Total	220254	33278	127085	59391	500
Mujeres	85237	16021	51537	17441	238

Fuente: 5 Estadística de I+D 2011, Resumen Nacional, www.ine.es

3. Panorama del sistema I+D+i

Aparte del cambio de la tendencia positiva en las políticas de I+D+i, el sistema español sufre de deficiencias que le hacen más vulnerable a las turbulencias coyunturales. Unos fallos que afectan la eficiencia y eficacia del sistema y su baja competividad pero que siguen sin subsanarse. Entre ellas, la inestabilidad de la carrera investigadora que proviene de muchas deficiencias sistémicas[3] denunciados de forma continuada desde diferentes Plataformas. Ante estos datos, no parecen sorprendentes los resultados del último informe INNOVACEF 2013 que mide el grado de confianza hacía el sistema español de I+D+i en el cuál los jóvenes investigadores españoles lo valoran en un 4 de 10, mientras los españoles en el extranjero valoran a los sistemas de sus respectivos países de acogida en un 6. Los resultados de ese informe son desoladores: el 81% de jóvenes investigadores españoles expresan el deseo de marcharse al extranjero (76% el año anterior) mientras solamente el 20% de los investigadores españoles en el extranjero expresa deseo de volver en un plazo de 2 años (ha disminuido del 30%). Otro aspecto del informe a destacar es que el 21% de los jóvenes investigadores que trabajan en España está recibiendo o va a recibir formación frente a un 68% de los científicos españoles en el exterior. En total, todo ello deriva a que el 80% de los investigadores españoles en el extranjero muestran expectativas favorables con la carrera investigadora que se les ofrece, mientras que en España solo el 34% manifiesta esa misma consideración.

4. Conclusiones

[2] INNOVACEF 2013 *es el estudio de periodicidad anual que analiza, entre otros parámetros, el grado de confianza de jóvenes científicos en el sistema de I+D i español, comparándolo con la situación de los científicos españoles que realizan su actividad en el extranjero:* http://www.udima.es/es/resultados-de-estudio-innovacef-2013.html

[3] la precariedad encadenada, la falta de cotización, duplicidad y descoordinación de los organismos convocantes, la excesiva burocratización junto al recorte y retrasos en los programas de investigación de ayudas predoctorales y postdoctorales, la estricta tasa de reposición de 10% etc.

Tras una década de continuo crecimiento, la positiva tendencia ha cambiado de rumbo dejando el sistema español de I+D+i con los logros acumulados hasta el 2010. Sin embargo, a pesar del esfuerzo realizado en esa materia, el sistema aún se aleja de la media europea y el objetivo de Lisboa en la mayoría de los indicadores si lo comparamos con otros sistemas del entorno europeo. Por lo tanto, el nuevo curso de la política I+D+i alejará a España aún más de cumplir estas poniendo en riesgo los avances conseguidos hasta el momento. Con la investigación empresarial en el sector privado que no despega y el sector publicó que se retrae, la expulsión de investigadores y tecnólogos del sistema provocará una pérdida social y económica irrecuperable para España y que aumentará la brecha científica y tecnológica ya existente. Siendo el sector público el pilar principal del sistema la I+D+i en España, los recortes en ese sector tendrán un efecto multiplicador a nivel de todo el sistema. La falta de perspectivas desde el sector público y del tejido empresarial incapaz en este momento, de absorber el capital humano investigador y, por otro lado, el limitado acceso a la financiación para explotar los frutos de su investigación mediante el autoempleo, despejan el camino hacía otros sistemas más atractivos minando la competividad de España y su futuro crecimiento y desarrollo. La pérdida de ese capital humano acarrea un problema estratégico del país, al perder una gran generación de científicos en cuya formación se ha invertido y desanimando a generaciones venideras a embarcarse en la carrera investigadora privando a la sociedad de las futuras generaciones del tejido investigador y alejando del camino hacia la economía basada en el conocimiento. En el contexto actual de la investigación en España, el deseado cambio de modelo productivo, tan necesario, y la posible alternativa para la salida de la crisis se hace más incertidumbre que nunca, dejando a España sin visión a largo plazo y sin un modelo de crecimiento.

Bibliografía:

Presupuestos Generales de España 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, Boletín Oficial del Estado, Investigación, Desarrollo e Innovación

European Commission: Science, technology and innovation in Europe, 2013 edition, ISSN 1830-754X

Eurostat: Research and development expenditure, by sectors of performance, % of GDP in Science and Technology, consultado junio 2013 http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsc00001

INNOVACEF 2013, Centro de Estudios Financieros y Universidad a Distancia de Madrid, http://www.udima.es/es/resultados-de-estudio-innovacef-2013.html

Instituto Nacional de Estadística: Estadística de I+D 2011, Indicadores de Ciencia y tecnología, consultado 2013, últimos datos referentes al 2011, www.ine.es

Molero, J. y De No, J.: Informe COSCE 2013: Análisis de los recursos destinados a I+D+i (Políticas de Gasto 56) contenidos en los presupuestos generales del Estado para el año 2013, febrero 2013

Schumpeter, J. (1978): Teoría del desenvolvimiento económico. México, Fondo de Cultura Económica

Schumpeter, J. (1968): Capitalismo, socialismo y democracia. Madrid: Aguilar, D.L.

Solow, R.M. (1962). Technical Progress, Capital Formation and Economic Growth. American Economic Review, Vol. 52, No 2 , Págs. 76-86

Solow R. M. (1957): Technical Change and the Aggregate Production Function. Review of Economics and Statistics, Vol. 39, No 3, Págs. 312-320

CONSIDERACIONES SOBRE LA NECESIDAD DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTEMPLADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 11 DE OCTUBRE DE 2012

Jara Bocanegra Márquez
Doctoranda de la Universidad de Sevilla

RESUMEN: Se propone una reflexión acerca de la necesidad de la nueva reforma del Código Penal en materia de consecuencias jurídicas del delito desarrollada por el Gobierno en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 11 de octubre de 2012. A tal fin partiremos de un breve análisis de la profunda revisión que se hace en el sistema de penas y medidas de seguridad, para, a continuación, reflexionar sobre su necesidad. En primer lugar, examinando los posibles factores que, en abstracto, podrían justificar una modificación de dicho calado, y su viabilidad en el presente caso; y, en segundo lugar, analizando el acierto de la justificación de la reforma dada por el propio gobierno en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Con ello pretendemos llegar a una conclusión final que dé respuesta a las siguientes cuestiones: ¿era necesario una reforma del sistema de consecuencias jurídicas del delito? Y en caso negativo, ¿por qué se ha llevado a cabo?

PALABRAS CLAVE: Reforma del Código Penal, prisión permanente revisable, custodia de seguridad, juicio paralelo, política criminal.

SUMMARY: We propose a reflection about the need of the new Penal Code reform on the subject of legal crime consequences, recently developed by the Government in the Draft bill of Organic Law of October 11th 2012. To this end we will make a brief analysis of the deep review done in the system of penalties and security measures, to then reflect on their need. First, examining the possible factors that may justify such an important modification, and its viability in the present case, and, secondly, analyzing the justification given by the government in the Explanatory Memorandum of the draft bill. Our aim is to reach a final conclusion that answers the following questions: was it necessary to reform the system of legal consequences of crime? And if not, why was it carried out?

KEYWORDS: Reform of the Penal Code, permanent prison revisable, safe custody, parallel trial, criminal policy.

1. LA GRAN REVOLUCIÓN QUE SUPONE LA REFORMA EN EL SISTEMA TRADICIONAL DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

La reforma del Código Penal contemplada en el Anteproyecto de Ley Orgánica aprobado por Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012 supone una auténtica revolución en lo que al sistema actual de consecuencias jurídicas del delito se refiere. Así lo manifiesta la propia Exposición de Motivos de dicho texto, que habla de *"una profunda revisión del sistema de consecuencias penales"*. Esta profunda revisión se manifiesta tanto en el plano de las penas, centro principal de atención del Derecho Penal, como en el de las medidas de seguridad, las dos consecuencias jurídicas que nuestro actual Código prevé en caso de comisión de delitos de acuerdo con una concepción dualista de respuesta a la criminalidad.

En el sistema de penas la revisión se traduce en la incorporación al Código de una pena no contemplada desde la reforma de 1928: la prisión permanente revisable. El último texto penal que preveía figuras de características similares a la ahora propuesta, a saber: la cadena perpetua y la reclusión perpetua, fue el Código Penal de 1870, pues el texto que le siguió en 1928 las eliminó del catálogo de penas, quedando como pena siguiente a la de muerte, por orden de gravedad, la pena de prisión de treinta años máxime. Esta reforma supone así una vuelta al pasado, un viaje en el túnel del tiempo a la época donde se encuentran los últimos vestigios de la prisión perpetua. Sin embargo, la pena que ahora se propone mantiene una diferencia importante con las penas de aquél entonces: es revisable, algo que el gobierno alega repetidamente en la exposición de motivos del Anteproyecto para sostener su constitucionalidad. Así, tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la pena, que dependerá de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, se procederá a una revisión de la situación personal del reo, de cuyo resultado dependerá su destino: si se entiende que se ha reinsertado, saldrá en libertad, sometido a una medida de libertad vigilada; si, por el contrario, se entiende que aún no se ha reinsertado, permanecerá en prisión esperando hasta la fecha que se fije para la próxima revisión. El gobierno restringe esta nueva pena a los delitos de especial gravedad[1], en los que entiende que está justificada una respuesta extraordinaria.

En lo que respecta al sistema de medidas de seguridad, la otra consecuencia jurídica del delito prevista en el Código Penal actual para los sujetos inimputables y semiimputables, la revisión que hace el gobierno es aún de mayor calado si cabe, hasta el punto de que viene a cambiar y suprimir algunos de los principios y garantías por las que se viene rigiendo actualmente la aplicación de las medidas de seguridad. En primer lugar, se prevé la posibilidad de imponer medidas de seguridad a sujetos imputables en base a su peligrosidad, consagrándose así un sistema dualista puro de consecuencias jurídicas del delito basado en una separación radical entre penas y medidas de seguridad, que dota, según el Anteproyecto, de mayor coherencia al sistema sancionador y a la idea de que las medidas de seguridad responden únicamente a la peligrosidad del sujeto.

En segundo lugar, se elimina, tal como lo conocíamos hasta la fecha, el sistema vicarial que venía rigiendo los supuestos de aplicación simultánea de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, estableciendo primero el cumplimiento de la medida de seguridad, para curar la anomalía, y después el de la pena, computándose el tiempo de cumplimiento de la primera para la segunda[2]. El Anteproyecto mantiene este esquema básico respecto al cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, en centro de educación especial y en ciertos casos en centro de deshabituación, estableciendo el cumplimiento de la medida antes de la pena, pero impone un límite máximo en el tiempo de cumplimiento del internamiento que se abona para el de la pena equivalente a las tres cuartas partes de duración de la misma[3], lo que supone una modificación considerable de las directrices actuales que rigen el

---

[1] La Exposición de Motivos del Anteproyecto, en su apartado II, restringe la aplicación de la pena de prisión permanente revisable a asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y a los supuestos más graves de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

[2] El sistema vicarial se encuentra contemplado en el artículo 99 de nuestro actual Código Penal, que establece que *"en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3"*.

[3] Se modifica el artículo 102 CP, que queda redactado de la siguiente forma: *"1. Cuando se impongan al tiempo una pena de prisión y una medida de internamiento de las reguladas en los artículos 98, 99 ó 100 del Código Penal, la medida de seguridad se ejecutará antes que la pena. El tiempo de cumplimiento de aquélla se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma. En estos casos, una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal podrá suspender la ejecución del resto de la pena, si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida, y resultara procedente conforme a una*

sistema vicarial, que no imponen límite alguno en este sentido. En lo que respecta a las medidas de libertad vigilada, custodia de seguridad –nueva medida que comentaremos más adelante –, e internamiento en centro de deshabituación que concurra con una pena de más de cinco años de prisión[4], el sistema vicarial se suprime por completo, estableciéndose en primer lugar el cumplimiento de la pena. Además, en los dos primeros casos, medidas de libertad vigilada y custodia de seguridad, se contempla una acumulación total entre el tiempo de cumplimiento de la pena y el de la medida.

En tercer lugar, y en cuanto se refiere a las garantías que rigen la aplicación de las medidas de seguridad, la reforma suprime la previsión contenida en el actual artículo 6.2 del Código Penal[5] que establece como límite máximo de duración de las medidas de seguridad el tiempo determinado por la ley para la pena abstractamente aplicable al delito cometido, acordando la posibilidad de prolongar la medida hasta que subsista la peligrosidad del sujeto[6].

Por si estos cambios no resultaran suficientes, el Gobierno introduce una nueva medida privativa de libertad en el catálogo de medidas de seguridad, a cumplir en los casos más graves cuando tras el cumplimiento de la pena se considere que el penado sigue siendo peligroso y siempre que se haya previsto su imposición en la sentencia de condena. Se trata de la llamada custodia de seguridad[7], que puede alcanzar una duración máxima de 10 años, tras los cuales se impondrá de manera automática una medida de libertad vigilada de una duración máxima de 5 años, prorrogables por plazos sucesivos de 5 años[8]. Lo que más llama la atención en la regulación de esta nueva figura es la previsión que contempla de la

---

valoración ajustada a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 90.1 del Código penal. En este caso será de aplicación lo dispuesto en los apartados 4, 4 y 6 del artículo 90.

[4] "*Artículo 102. 2. Si se hubieran impuesto al tiempo una pena de más de cinco años de prisión y una medida de internamiento del artículo 101 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrán acordar que se cumpla en primer lugar una parte de la pena, y seguidamente la medida de seguridad. En este caso, la parte de la pena que debe ser cumplida en primer lugar se fijará de modo tal que, sumando el tiempo de duración de la medida de seguridad, se hayan extinguido dos terceras partes de la pena total impuesta. Una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal, podrán acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3. La custodia de seguridad se ejecutará después de la extinción de la pena de prisión impuesta… 4. Si se hubieran impuesto conjuntamente una pena de prisión y una medida de libertad vigilada, aquélla se ejecutará en primer lugar".*

[5] El actual artículo 6.2 CP establece que *"las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".*

[6] El apartado 2 del artículo 6 queda redactado de la siguiente forma: *"Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".*

[7] La custodia de seguridad se regula en el nuevo artículo 101, que queda redactado del siguiente modo: *"1. El Juez o Tribunal impondrán, además de la pena que corresponda, la custodia de seguridad del penado, cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que le haya sido impuesta una pena mínima de tres años impuesta por uno o varios de los siguientes delitos: a. Delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual. b. Tráfico de drogas. c. Delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales. d. Delitos contra la comunidad internacional. e. Delitos de riesgo catastrófico o de incendio. f. Delitos de terrorismo. 2. Que hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios de los delitos a que se refiere el apartado anterior a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera extinguido ya en prisión al menos dieciocho meses. A estos efectos se entenderá cumplido en prisión todo el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, aunque lo hubiera sido en régimen abierto. 3. Que exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión futura de delitos a que se refiere el punto 1 de este apartado. Este pronóstico será derivado de la valoración conjunta de las circunstancias penales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto su tendencia a la comisión de esos delitos. 2. También se impondrá, junto con la pena, la custodia de seguridad, cuando el sujeto lo haya sido a una pena mínima de cinco años de prisión impuesta por la comisión de varios de los delitos a los que se refieren las letras a), d) ó f) del número 1 del apartado anterior, y se acredite además el cumplimiento del requisito número 3 del apartado anterior. […] 6. La custodia de seguridad tendrá una duración de diez años. Transcurrido este plazo, la medida quedará extinguida y se impondrá al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años".*

[8] Se introduce un nuevo artículo 104 ter, con la siguiente redacción: *"1. La libertad vigilada tendrá una duración mínima de tres años y máxima de cinco. 2. El plazo máximo de duración podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, cuando se hubieran producido anteriormente incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas conforme al artículo 104 bis de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos, y además: a) La medida de libertad vigilada hubiera sido impuesta en los supuestos del artículo 192.1 de este Código, o, b) de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 103.1 de este Código".*

posibilidad de su cumplimiento en prisión "*cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social*"[9], que supone *de facto* una prolongación de la situación de privación de libertad, algo que parece difícilmente compatible con el principio de reinserción social y reeducación que proclama nuestra Constitución en el artículo 25.2[10] en relación a las medidas de seguridad y a las penas. Es difícil entender cómo una prolongación de la privación de libertad en prisión, que se ha demostrado ineficaz de cara a la reinserción del reo –el sujeto sigue siendo peligroso tras el cumplimiento de la condena –, va a ayudar al sujeto a reinsertarse; la lógica lleva precisamente a pensar lo contrario: que dificultará aún más su situación de cara a una futura reinserción.

Por último, y como colofón final de la reforma del sistema de medidas de seguridad, el Anteproyecto prevé una ampliación significativa del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada[11], que pasa de aplicarse sólo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos de terrorismo a estar presente en un sinfín de delitos de naturaleza heterogénea[12].

2. OBJETIVOS QUE PUEDEN LEGITIMAR ESTAS MEDIDAS. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE LA REFORMA.

El sucinto análisis de las modificaciones introducidas en el sistema de consecuencias jurídicas del delito que acabamos de hacer pone de manifiesto la finalidad común que comparten todas estas reformas, que no es otra que la de alargar el periodo de privación de libertad del reo. Una revisión de este calado, que implica una limitación del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución[13] parece exigir una causa contundente que la legitime. Así lo exige además expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) en los casos Klass c. Alemania y Silver c. Reino Unido, entre otros, cuando establece que toda actividad legislativa de un Estado que suponga la restricción de un derecho reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, como lo es el derecho a la libertad, debe responder a una exigencia social imperiosa debidamente justificada y ser proporcional con el objetivo legítimo perseguido[14]. Aplicando la jurisprudencia

---

[9] Art. 101.4: "*La custodia de seguridad se cumplirá en un establecimiento especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida. También podrá ser cumplida en establecimientos de cumplimiento de penas cuando ello resulte necesario o conveniente para favorecer su reinserción social".*

[10] Artículo 25.2 de la Constitución: *"Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad".*

[11] El nuevo artículo 104 establece: *"1. El Juez o Tribunal impondrán una medida de libertad vigilada cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) La imposición de la medida de libertad vigilada esté prevista en la ley penal para el delito cometido. b) Se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión. c) Se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 95.1 del Código Penal. 2. Asimismo, se impondrá una medida de libertad vigilada: a) Cuando haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 de este Código, o haya sido apreciada la atenuante 1ª del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores, y se cumplan los demás requisitos del artículo 95.1 del mismo. b) Cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad. c) Cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos"*

[12] El Anteproyecto la establece en los casos en que al delincuente imputable se le haya impuesto una pena de más de un año de prisión por cualquiera de estos delitos: delitos contra la vida (art. 140 bis), delito de lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (art. 153.3), delitos de lesiones (art. 158 ter), delitos de detenciones ilegales y secuestros (art. 168 bis), delito de trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos contra la libertad sexual (art. 192), delitos de hurto (art. 236 bis), delitos de robo (art. 242 bis), delito de extorsión (art. 243.2), delito de utilización ilegítima de vehículo de motor (art. 244.5), defraudaciones (art. 252 bis), delitos contra la seguridad colectiva (art. 358) y delitos contra el orden público (art. 580 bis).

[13] El artículo 17.1 Constitución Española establece: *"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".*

[14] En el mismo sentido se pronuncia el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar la correcta aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que España forma parte, al establecer en la Observación General Nº 31 que *"cuando se introducen restricciones, los Estados deben mostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto".*

del TEDH a la reforma legislativa que aquí analizamos, se nos plantea de inmediato la siguiente cuestión: ¿Cuáles son 'las exigencias sociales imperiosas' que justifican la limitación de derechos que lleva a cabo la reforma del Código Penal anunciada? ¿Es que se ha producido un aumento preocupante de la tasa de criminalidad que requiera tomar 'mano dura' mediante medidas de corte represivo como la prisión permanente revisable para prevenir la comisión de futuros delitos? ¿Existe un alto índice de reincidencia que exija un mayor control de la peligrosidad del reo tras el cumplimiento de la pena a través de la instauración de nuevas figuras como la custodia de seguridad? ¿O acaso se está experimentando entre la población una grave preocupación por el problema de la criminalidad y la reincidencia, que hace necesaria la adopción de medidas al respecto? En principio, todos estos factores podrían constituir 'exigencias sociales' que legitimaran la limitación al derecho a la libertad que efectúa la reforma; sin embargo, un sucinto examen de las estadísticas actuales en materia de criminalidad, reincidencia y preocupaciones prioritarias de los ciudadanos pone de manifiesto que no hay necesidad alguna de reforma del Código Penal en este sentido.

En lo que respecta a la tasa de criminalidad, cuyo aumento podría justificar en principio la instauración de la pena de prisión permanente revisable en base a su pretendido efecto de prevención general, cumple decir que la tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa[15]. Los homicidios dolosos y asesinatos consumados, que ocupan el gran grueso de infracciones para las que se prevé la prisión permanente revisable, se encuentran además en una situación continua de descenso en los últimos años[16]. Consecuentemente, la incorporación de la pena de prisión permanente al catálogo de penas privativas de libertad no estaría justificada en el presente caso por el incremento numérico de los delitos para los que se prevé esta sanción. No está de más señalar que, de todos modos, aun en el hipotético caso de que la incorporación de esta pena viniera justificada por un aumento significativo de los delitos a los que se aplica, la eficacia preventivo general de la misma de cara a reducirlos sería más que cuestionable. Es algo ya reconocido en el mundo jurídico-penal que la dureza de las penas no disuade de la comisión de futuros delitos. El ejemplo más paradigmático, que confirma esta ineficacia de las penas draconianas en la prevención del delito, lo encontramos en Estados Unidos, país que contempla en su catálogo de penas la pena de muerte y la prisión perpetua y que paradójicamente se encuentra en el *ranking* mundial dentro de los países desarrollados en lo que a número de delitos graves se refiere.

En relación a la reincidencia delictiva, problema que en principio podría legitimar el endurecimiento del régimen legal de las medidas de seguridad, llama la atención el hecho de que la mayoría de los delincuentes sexuales –el grupo que tradicionalmente se ha considerado más difícil de rehabilitar, y que el gobierno toma como ejemplo prototípico de sujeto reincidente en su argumentación sobre la necesidad de prorrogar en ciertos casos el internamiento en centros psiquiátricos y de educación especial[17] – no reinciden. Así lo pone de manifiesto el estudio elaborado por el Grupo de Estudios Avanzados de la Universidad de Barcelona que llevó a cabo un seguimiento prolongado de los agresores sexuales que cumplieron condena en la cárcel de Brians. Dicho estudio revela una tasa de reincidencia del 4% de media en los reos que siguieron un tratamiento, y un 18% en los que no lo siguieron; tasas estas, que aún en el caso de los delincuentes no tratados son bajas, y que ponen de manifiesto la gran importancia de los tratamientos psicológicos de cara a la cura de esta patología.

Todo ello nos hace plantearnos la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto es eficaz el aumento de la privación de libertad para la reinserción del reo? De entrada, desde luego, parece algo contradictorio 'recetar' más privación de libertad cuando ésta se ha demostrado ineficaz en su presunto fin rehabilitador – el sujeto sigue siendo peligroso tras el cumplimiento de la pena de prisión –. En este sentido la gran mayoría de los profesionales del ámbito penitenciario comparten la idea de que la solución al problema de la reincidencia debe darse por otras vías distintas al aumento del tiempo de la reclusión: desde la cultura, la jurisdicción, las leyes…, vías que además requieren de menos costes económicos que la 'opción

[15] Según el Balance de Criminalidad elaborado por el Ministerio del Interior en relación al año 2011, la tasa de criminalidad en España (crímenes por cada mil habitantes), es de 48,8, cifra inferior a la de Francia (56,4), Alemania (73,8) y Reino Unido (77,7), entre otros.

[16] En el capítulo del Balance de Criminalidad del año 2011 correspondiente a los homicidios dolosos y asesinatos consumados, la tasa por cada 100.000 habitantes fue de 0,82, inferior a la obtenida en el año 2010, que fue 0,85, que a su vez fue menor que la del 2009 (0,90).

[17] Se establece en el apartado VI de la Exposición de Motivos que *"En el caso del internamiento en centro psiquiátrico y en centro de educación especial se prevé la posibilidad, cuando resulte necesario y proporcionado, de prorrogar esos plazos sucesivamente cuando resulte imprescindible para compensar una grave peligrosidad del sujeto. Así, por ejemplo, en el caso de la persona que sufre una grave patología psiquiátrica que le ha llevado a cometer reiterados delitos contra la vida o la libertad sexual, cuando las valoraciones psiquiátricas disponibles confirmen que continúa tratándose de una persona extraordinariamente peligrosa"*

carcelaria'[18]. Es algo ya sabido que los encarcelamientos muy prolongados acaban deshumanizando a los reclusos, que, una vez cumplida la condena, ya en libertad, se encuentran perdidos y desorientados, sin otra alternativa en muchos casos que la de delinquir para poder seguir adelante. La larga reclusión a la que han estado sometidos ha destruido sus lazos familiares y laborales, y ha sustituido las normas de conducta de la sociedad, a la que venían sometidos, por un sistema completamente nuevo: el sistema carcelario, sujeto a sus propios códigos y reglas[19]. Urge, por tanto, buscar vías que conecten a estas personas con la sociedad; la instauración de un sistema de atención integral a través del cual se les ayude a no sentirse despreciados fuera de prisión, a encontrar un trabajo, a mantener relaciones sociales y afectivas…; en definitiva, a reincorporarse a la sociedad[20]. Desagraciadamente, en la actualidad muy pocas son las Comunidades Autónomas que han puesto en marcha programas de apoyo en este sentido. Parece que se ha optado en su lugar por un modelo de sistema penal de hacinamiento de reclusos en prisión[21].

Descartadas por tanto las tasas de criminalidad y de reincidencia como causas legitimadoras de la reforma del Código Penal, nos queda por examinar la validez del tercer posible factor *supra* mencionado, que se pretende podría justificar en un principio el endurecimiento del sistema de penas y medidas de seguridad, esto es: la grave preocupación de la población por el problema de la criminalidad y la reincidencia. Para ello es necesario acudir a los últimos datos estadísticos en el barómetro del CIS de febrero de 2013. Los resultados que el mismo arroja no son extraños al momento socioeconómicamente crítico que atravesamos: el desempleo, los problemas económicos y la corrupción ocupan los primeros puestos dentro de las preocupaciones actuales de los españoles. El problema de la criminalidad y la reincidencia, englobado bajo el concepto de 'inseguridad ciudadana', obtiene, sin embargo, un porcentaje

---

[18] En este sentido, Julián Ríos, Profesor de Derecho Penitenciario de la Universidad de Comillas (La cárcel después de la cárcel, *El País,* 18 de mayo de 2012, p.35) señala que "*la opción de la cárcel es bastante cara: mantener a un recluso en prisión cuesta unos 36.000 euros al año. ¿Cuánto presupuesto se dedica, por el contrario, a otro tipo de intervención para la rehabilitación y la reinserción"*. Montero Soler y Torres López (MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan, *La economía del delito y de las penas. Un Análisis Crítico,* Granada, Comares, 1998, pp. 95 y 96) en un análisis de la pena de prisión desde una visión estrictamente utilitarista, añaden: *"… la sanción pecuniaria genera un importante volumen de desutilidad, no sólo para el condenado, sino también para el resto de la sociedad. Esta desutilidad no es compensada con aumentos en la utilidad de ningún otro miembro de la sociedad, salvo la que pudiera experimentar la víctima al ver cumplir una condena de este tipo a la persona que la victimizó. Además, la aplicación de una pena privativa de libertad conlleva una serie de costes que la sociedad debe soportar como un coste adicional al daño causado directamente por el delincuente. En primer lugar, comporta importantes gastos para la construcción, equipamiento y mantenimiento de las instalaciones penitenciarias. Además, debe tenerse en cuenta el coste para la sociedad que supone mantener a un número importante de personas inactivas y ajenas al proceso productivo. Y, por último, hay que considerar el deterioro de la capacidad productiva de los condenados, alejados de sus tareas profesionales legales habituales".*

[19] Muy ilustrativos en este sentido son estos fragmentos del relato 'Y después de la cárcel ¿qué?' perteneciente al libro 'Mi nombre también importa. Historias de jóvenes en prisión' (Instituto de la Juventud (INJUVE), *Mi nombre también importa. Historias de jóvenes en prisión*, Madrid, 2002): *"A nadie se le prepara para entrar en prisión, pero, tal vez, lo peor es que a nadie se nos prepara para salir de ella. […] En prisión debemos asumir, si queremos sobrevivir a dicho entorno, unos códigos de comportamiento que el grupo ha generado como norma de conducta interna que son contrarios a los admitidos por cualquier sociedad moderna y normalizada. Lo que se considera válido, e incluso apropiado, como norma de proceder en prisión, es claramente reprobable y socialmente inadmisible en la calle. En la cárcel se nos han estrechado las magnitudes, desde las afectivas, pasando por las sociales, las lingüísticas, las laborales y hasta las económicas; es decir, hemos aprendido a movernos en unos espacios limitados, a mantener dentro de prisión, escasas o nulas relaciones de afectividad, y a un contacto limitado con nuestros afectos externos, restringidos a unas pocas personas y por unos pocos espacios de tiempo también escasos. Hemos desaprendido normas de comportamiento social, reducido nuestro lenguaje a un código que nos permite entendernos entre los propios presos. Nos hemos adaptado a unas funciones laborales que fuera no alcanzarían el calificativo de laboral y, además nos hemos adaptado a vivir con un mínimo de recursos económicos que resulta irrisorio si se compara con las necesidades que se presentan en libertad".*

[20] En este sentido, Vicente Garrido, profesor de Criminología de la Universidad de Valencia y uno de los máximos expertos en el estudio de psicópatas y delincuencia violenta, afirma (La cárcel después de la cárcel, *El País,* 18 mayo 2012, p. 35): *"Los programas iniciados dentro de prisión deben apoyarse en el exterior con una supervisión terapéutica estrecha. Que no solo se les vigile sino que se les ayude a no sentirse personas despreciables y puedan encontrar un ambiente de reinserción".*

[21] El Profesor de Derecho Penitenciario de la Universidad de Comillas, Julián Ríos, muy crítico a este respecto, declara (La cárcel después de la cárcel, *El País*, 18 mayo 2012, p. 35): *"el Estado deberá crear las modificaciones legales para fomentar el tratamiento penitenciario y crear la red de recursos asistenciales, terapéuticos y sociales necesarios y eficaces para tratar determinadas patologías. Pero siempre es más fácil consolidar un sistema penal como un almacén de gente que afrontar intervenciones sociales".*

irrisorio en comparación con los obtenidos por los asuntos que ocupan los primeros puestos del baremo; tan sólo un 2,3%, frente al 79,9 % de 'el paro' o el 40% que obtienen la 'corrupción y el fraude'[22]. Esto pone de manifiesto la inconsistencia de este tercer factor, discutible, por otra parte, como causa justificadora de la privación del derecho a la libertad que efectúa la reforma.

Por otra parte, la validez de este factor como legitimador de reformas penales es más que discutible. Dejar la política criminal en manos de las percepciones sociales de una población influenciada en gran medida por unos medios de comunicación, por desgracia, bastante alarmistas, parece algo insensato, si no peligroso. En cualquier caso, a nuestro juicio, esas percepciones sociales han de estar corroboradas por datos reales para motivar una reforma en un plano tan restrictivo de los derechos como el penal.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA POR EL GOBIERNO: "*NECESIDAD DE FORTALECER LA CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA".* UN ANÁLISIS CRÍTICO

Tras estas consideraciones, se nos plantea de inmediato la siguiente pregunta: ¿por qué se toman estas medidas? Si ni las tasas de criminalidad ni reincidencia son altas, y si ni siquiera la inseguridad ciudadana se encuentra dentro de las preocupaciones prioritarias actuales de la sociedad, ¿cuál es, usando la terminología empleada por el TDEH, la 'exigencia social imperiosa' que justifica una intervención del *ius puniendi* de este calado? Hasta ahora hemos analizado las causas que a nuestro juicio, y en atención a las justificaciones que se han dado para otras reformas similares, podrían en un principio legitimar esta intervención; comprobando la inconsistencia, tanto en abstracto como en relación al momento presente, de cada una de ellas. Es el turno ahora, por tanto, de atender a la justificación real que el gobierno ha dado a esta reforma, y analizar su acierto. Para encontrarla no tenemos que buscar mucho en la redacción del anteproyecto, que se ocupa de ella ya en las primeras frases de la exposición de motivos, cuando afirma que *"la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales…".* La justificación, por tanto, que se da a la reforma es la necesidad de fortalecer la confianza de la sociedad en la Administración de Justicia, necesidad que surge, según el gobierno, de la unión de dos factores: la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales y la percepción social de las mismas como injustas. El Consejo General del Poder Judicial (a partir de ahora CGPJ), en el Informe elaborado por la vocal Margarita Robles con ocasión de la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, ha criticado duramente esta justificación.

En primer lugar, en lo que se refiere a la supuesta falta de previsibilidad de las resoluciones judiciales a que hace referencia la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el CGPJ objeta, de entrada, que es imposible que una resolución, en cuanto acto de voluntad, agrade a toda la población, máxime teniendo en cuenta que las resoluciones en materia judicial se refieren a asuntos en los que participan sujetos con posiciones encontradas. Lo que se tiene que garantizar, afirma una vez aclarada la premisa anterior, es que las resoluciones judiciales no sean arbitrarias, es decir, que no dependan únicamente del criterio del juez de turno al que se asigne el caso, pues ello sí supondría de *facto* la imprevisibilidad total de las mismas. Afortunadamente, nuestra Constitución ya prevé garantías en este sentido; los artículos 25[23] y 117[24] de la carta magna recogen una serie de principios y límites que deben regir la labor jurisdiccional, garantizando así la justicia y previsibilidad de sus resoluciones. Éstos son los principios de legalidad, independencia y sujeción al cumplimiento de la Constitución. Consecuentemente, no se entiende, dice el CGPJ, la afirmación hecha por el Anteproyecto sobre la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales, afirmación que, además, viene a impregnar a los órganos jurisdiccionales de una connotación negativa, siendo precisamente éstos la garantía de que el *ius puniendi* se ejercita de acuerdo con los postulados de la Constitución. Pero es que, además, tampoco se entiende cómo una reforma de la ley penal sustantiva, en este caso a través de un endurecimiento del sistema de consecuencias jurídicas del delito, va a ayudar a mejorar esa presunta imprevisibilidad de las resoluciones judiciales que se alega. La labor de los jueces, interpretar y aplicar las normas, seguirá siendo en todo caso imprevisible una vez entre en vigor dicha reforma[25].

---

[22] Centro de Investigaciones Sociológicas, Estudio número 2.978, Barómetro de febrero de 2013, p.3.

[23] El artículo 25.1 de la Constitución establece: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".*

[24] El artículo 117.1 de la Constitución proclama: *"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".*

[25] Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pp. 9-11.

Estas objeciones resultan también aplicables a la afirmación relativa a la percepción social de las resoluciones como injustas. En concreto, la premisa básica de que las resoluciones, en cuanto actos de voluntad, no pueden agradar a todos, siendo previsible que colmen las expectativas de unos, que la consideren justa, y defrauden las de otros, que la consideren injusta. La justicia, apunta el informe, es objeto de múltiples valoraciones, sobre todo cuando se refiere al caso concreto, como aquí sucede[26].

El CGPJ concluye su crítica afirmando no comprender los motivos que han llevado al gobierno a considerar necesario aumentar la previsibilidad y la percepción social como justas de las resoluciones. Aunque, deja entrever sutilmente un factor que ha podido condicionar al gobierno a la hora de hacer estas valoraciones –apuntando, no obstante, su esperanza de que no haya sido así –, esto es: la reclamación popular de 'mano dura' generada por los denominados "juicios paralelos". Es por todos conocida la alarma social que genera la reproducción constante de hechos trágicos por los medios de comunicación, que, llega hasta el punto de crear un juicio paralelo al que ya tiene lugar en los juzgados y tribunales: el juicio mediático en el que no existe el principio de presunción de inocencia, donde el acusado es de antemano culpable y merecedor de las más duras penas.

El CGPJ, que no quiere acusar directamente al gobierno de dejarse llevar por la opinión pública, advierte simplemente del peligro que supone para los parámetros constitucionales, que tantos años nos ha costado conseguir, y que son precisamente la garantía de la previsibilidad y justicia de las resoluciones, subordinar la impartición de justicia a presiones de este tipo[27]. Sin embargo, resulta claro, a mi juicio, que dichas campañas generadas a raíz de los "juicios paralelos" son el motivo real encubierto de las afirmaciones del gobierno relativas a la imprevisibilidad y a la percepción social como injustas de las resoluciones judiciales que se alegan como justificación de la profunda revisión del sistema de consecuencias jurídicas del delito realizada. Viene siendo ya una costumbre en este país, donde el Derecho Penal parece estar 'de moda', "legislar a golpe de telediario" a raíz de unos hechos concretos de gran crueldad reproducidos 'machaconamente' en los medios de comunicación[28]. La secuencia en este sentido siempre viene a ser la misma: acaecimiento de hechos brutales, reproducción repetitiva de los mismos en los telediarios y crónicas sociales, creación de la alarma social entre la población, exigencia social de 'mano dura' contra los delincuentes a través de campañas de *law and order*, respuesta del gobierno a las presiones externas a través del Derecho Penal, endureciendo el sistema de consecuencias jurídicas del delito o creando nuevos tipos penales.

El recurso al Derecho Penal le aporta en este sentido muchas ventajas al gobierno de turno. En primer lugar, no implica en principio gasto económico alguno, al contrario que otro tipo de medidas realmente necesarias en la lucha contra la criminalidad, como la puesta en marcha de redes de recursos asistenciales, terapéuticos y sociales, que sí requerirían de un presupuesto mínimo para ello. En segundo lugar, genera rentabilidad política. Responder a las exigencias sociales, satisfaciendo los sentimientos irracionales de dolor y rabia de las personas siempre es bienvenido por grandes sectores de la sociedad, que ven en estas medidas, una preocupación del gobierno por los problemas del 'pueblo llano'. Por si estas ventajas no fueran suficientes, el recurso al Derecho Penal genera una apariencia de seguridad y eficacia de las normas penales entre la población, que la reconforta y tranquiliza, aunque no tenga incidencia en las tasas de criminalidad ni resuelva el problema real ocasionado a la víctima. A este respecto se habla de "Derecho simbólico" en alusión a la función meramente simbólica que se otorga al Derecho penal, sin que

---

[26] Ministerio de Justicia, *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 11.

[27] Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 11: *"... Tampoco se dice por qué las resoluciones judiciales son tributarias de mayor previsibilidad, ni para quién o quiénes resultan sorpresivas o inesperadas. Ciertamente, los denominados "juicios paralelos" condicionan la opinión pública respecto de procedimientos judiciales revestidos de un alto grado de trascendencia social y, en este contexto, no cabe descartar que determinadas resoluciones judiciales puedan defraudar expectativas de mayor rigor o ejemplaridad. No obstante, es de esperar que no hayan sido esas las razones tomadas en consideración para entender necesario dotar de mayor previsibilidad a las resoluciones judiciales, pues cuando la impartición de justicia se pretende subordinar a presiones o beneplácitos externos, tal función se aleja peligrosamente de los parámetros constitucionales".*

[28] Critican este proceder, entre otros, Julián Ríos, profesor de Derecho Penitenciario de la Universidad de Comillas (*"Se vuelve a legislar a golpe publicitario, pero las modificaciones del Derecho Penal exigen procesos más racionales desde el punto de vista técnico"*, en La cárcel después de la cárcel, El País, 18 de mayo de 2012, p. 34), e Ignacio Benítez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, que con ocasión de un Congreso sobre Justicia Juvenil celebrado en 2012 en Jaén afirmó que *"el legislador español está cometiendo 'un error' al redactar las leyes en esta materia 'a golpe de telediario'"*(Menores infractores que escapan del delito, *Diario de Jaén,* 25 de mayo de 2012, p. 6).

realmente tenga eficacia alguna de cara a la prevención del crimen[29]. El propio gobierno parece reconocer el carácter simbólico de la reforma anunciada al separar tajantemente en la exposición de motivos del Anteproyecto las medidas adoptadas en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, de las medidas orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal[30], poniendo así tácitamente de manifiesto el carácter ineficaz de las primeras.

Resulta muy ilustrativo del carácter populista de la reforma al que hacemos referencia el hecho de que el anuncio de la custodia de seguridad por el ministro de justicia Gallardón tuviera lugar tras una reunión con Antonio del Castillo, padre de la menor fallecida Marta del Castillo. Este simple hecho ya pone de manifiesto las directrices en materia político-criminal del gobierno: una atención prioritaria a la opinión de las víctimas, dejando de lado el parecer de los expertos y profesionales del mundo criminalístico y penitenciario. En este sentido llama la atención el hecho de que en toda la exposición de motivos del Anteproyecto no se haga ni una sola referencia a datos estadísticos ni a estudios previos sobre la necesidad de la reforma. Con esto no queremos decir que no haya que escuchar a las víctimas. Creemos que deben ser oídas pero teniendo en cuenta la posición desde la que hablan: una posición de odio, rencor e impotencia, sentimientos totalmente lógicos después de los brutales hechos que han sufrido. Las leyes penales, por el contrario, deben dictarse "en frío"[31] y responder a objetivos legítimos, o si se prefiere, a *"exigencias sociales imperiosas"* usando el término del TEDH, que justifiquen una intervención del *ius puniendi*. Los objetivos que el gobierno pretende con la reforma –satisfacer los sentimientos de dolor de las víctimas del delito y contentar a los sectores que reclaman mano dura – están, sin embargo, lejos de considerarse a tal efecto legítimos.

Puesta de manifiesto tal ilegitimidad, y considerando que la reforma ofrece además serias dudas sobre su constitucionalidad –sobre todo en los que se refiere al respeto a los principios de reinserción social y reeducación que rigen la aplicación de las penas y medidas de seguridad (artículo 25. 2 CE) –, sería conveniente que el Gobierno diera marcha atrás en la adopción de estas medidas y potenciara, en su lugar, una política coherente de prevención de la criminalidad y de la reincidencia a través de, entre otras, medidas de formación profesional y de integración laboral de los presos. El momento actual en el que nos encontramos, caracterizado por una expansión feroz del ámbito de intervención penal y por una política de corte represivo, deja, sin embargo, pocas esperanzas en este sentido. Esperemos que al menos la presión por parte de la comunidad jurídica, ya manifestada rigurosamente por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto, haga que el Gobierno dé marcha atrás en algunas de las medidas anunciadas.

---

[29] MUÑOZ CONDE, Francisco, y HASSEMER, Winfried, *Introducción a la Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 201 y 202. Muñoz Conde advierte además en estas páginas del peligro de crear un "Derecho penal del enemigo", en expresión de Jakobs, *"en el que el deseo de acabar a toda costa con la criminalidad, por lo menos la más violenta, y de asegurar a los ciudadanos una <<seguridad cognitiva>> tire por tierra los principios básicos y las garantías propias del Estado de derecho que deben aplicarse también en la represión de este tipo de hechos".*

[30] Se dice en el apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica: *"La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales… […] Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión […] De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro II del Código Penal…"*

[31] Ver en este sentido MUÑOZ CONDE, Francisco y HASSEMER, Winfried, "Introducción a la Criminología", *op.cit.*, pp. 379 y 380: *"…es muy difícil razonar con los familiares y con el público en general en conferencias, programas de televisión, foros públicos, etc., sobre la necesidad de dar una respuesta científicamente fundada y respetuosa con los parámetros del Estado de Derecho. Aquí es donde más se nota esa <<necesidad de pena>> que como un fantasma recorre toda la sociedad, conmoviendo sus fibras sentimentales más sensibles. Pero la reacción legal no puede depender de sentimientos emocionales por comprensibles que éstos sean. Hechos de este tipo, aislados y afortunadamente menos frecuentes de lo que pudiera pensarse, se han dado, se dan y se darán con un sistema legal o con otro. […] Prevenirlos es muy difícil. Lo que hay que hacer cuando se producen es aplicar las previsiones legales, por encima de la coyunturalidad y espontaneidad de las reacciones emocionales del momento, para a partir de ahí desarrollar un programa de tratamiento y de estudio individualizado que permita conocer más y mejor las estructuras profundas de la personalidad que pueden determinar que un ser humano pueda cometer estos hechos. Ahí es donde tiene el saber criminológico […] que desarrollar hipótesis y programas sobre la mejor forma de incidir en el comportamiento de estos sujetos, previniendo que vuelvan a cometer delitos en el futuro".*

BIBLIOGRAFÍA

ABOLAFIA, R., Menores infractores que escapan del delito, *Diario Jaén*, 25 de mayo de 2012, pp. 6 y 7.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal,* Siglo XXI, Buenos Aires, 1986.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (CIS), *Estudio número 2.978, Barómetro de febrero*, 2013.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Comisión de Estudios e Informes, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,* 8 de enero de 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Número 103, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Número 06-03, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Exigencias sociales y política criminal", *Claves de Razón Práctica,* Número 85, 1998.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Trotta, 1995.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *Revista Xurídica Galega,* Número 38, 2003.

HASSEMER, W., “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en Varios autores, *Pena y Estado,* Conosur, Santiago, 1995.

INSTITUTO DE LA JUVENTUD (INJUVE), Y después de la cárcel ¿qué?, *Mi nombre también importa. Historias de jóvenes en prisión*, Madrid, 2002.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 11 de octubre de 2012.

MONTERO SOLER, A. y TORRES LÓPEZ, J., *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico,* Granada, Comares, 1998.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, F., y HASSEMER, W., *Introducción a la Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal,* Número 7, 1979.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal,* Hammurabi, 2002.

SAHUQUILLO, M.R., La cárcel después de la cárcel, *El País*, 18 de mayo de 2012, pp. 34 y 35.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* Civitas, Madrid, 2001.

VICENTE, L., MORENO, A. y GOICOECHEA, P., Fortalecer la justicia, *El País,* 15 de febrero de 2013, p. 35.

WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria,* Manantial, Buenos Aires, 2000.

CRISIS, REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES Y OPTIMIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: RACIONALIDAD Y SOSTENIBILIDAD DE LOS PRIMEROS AJUSTES ESTRUCTURALES

Alejandra Boto Álvarez
Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Resumen
Con esta comunicación se propone dar a conocer la investigación que en la actualidad se está desarrollando en la Universidad de Oviedo, dentro del grupo de investigación "Servicios públicos, Administraciones y garantías" con el patrocinio del Ministerio de Economía y Competitividad, a fin de determinar cómo pueden optimizarse, desde un punto de vista organizativo, las prestaciones esenciales del Estado del bienestar ante los ajustes estructurales que la coyuntura económica actual exige.
Hasta ahora, las principales reformas han sido acometidas en los sectores públicos autonómicos, casi siempre para conseguir contener el gasto de forma inmediata y estar así en condiciones de acceder al Fondo de Liquidez Autonómico. Se trata en general de medidas "parche" de mínimos, por mucho que los títulos de las Leyes por las que se imponen induzcan en ocasiones a pensar en una hoja de ruta de reestructuración integral. La cuestión terminológica no es baladí; baste señalar que la tan traída y llevada reforma de la Administración Local, sin ir más lejos, se auspicia bajo el sello formal de la racionalización y la sostenibilidad. En la dimensión estatal, por su parte, destacan las propuestas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, creada por acuerdo del Consejo de Ministros en el mes de octubre de 2012 también para buscar una Administración sostenible, austera y eficiente.
En esta comunicación se analizarán de forma crítica estas medidas, escrutando si los ajustes realizados y planificados hasta el momento son realmente susceptibles de optimizar la prestación de los servicios esenciales, en particular en el ámbito sanitario.

Palabras clave
Crisis económica; servicios públicos; reducción déficit; reforma de las Administraciones; sanidad

Abstract
This paper is planned as a dissemination action of a project carried at the University of Oviedo with the support of Spanish Ministry of Economy and Competitiveness which focuses on analyzing models, structures and patterns likely useful to optimize the provision of essential public services under a flexible conception of the Social State.
The aim of this communication is to discuss the suitability of the last measures adopted in Spain to optimize the essential services of Welfare State in the current setting of global crises and it focuses mainly on healthcare.
Taking into account that the purpose of such an 'optimization' should be not only to reduce public deficit but also to maintain citizens' guarantees, the real incidence of the recent legislative measures enacted and the State proposals for the future are hereby analyzed beyond terminological *clichés*.

I. Introducción

Con esta comunicación se propone dar a conocer el estudio que en la actualidad se está desarrollando en la Universidad de Oviedo, dentro del grupo de investigación "Servicios públicos, Administraciones y garantías" con el patrocinio del Ministerio de Economía y

Competitividad[1], a fin de determinar cómo pueden optimizarse, desde un punto de vista organizativo, las prestaciones esenciales del Estado del bienestar ante los ajustes estructurales que la coyuntura económica actual exige.

El objetivo del proyecto es estudiar, a partir del análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial, histórico y de derecho comparado, cuáles son los modelos que mejor pueden conseguir optimizar las prestaciones esenciales del Estado del bienestar: educación y sanidad, en la construcción del Tribunal Constitucional. Y es que, dado que la necesidad de realizar ajustes estructurales está actualmente más allá de cualquier discusión, parece vital estudiar las vías para que ello se realice sin merma de las garantías de los usuarios y con los menores efectos colaterales posibles.

Hasta ahora, las principales reformas estructurales han sido acometidas en los sectores públicos autonómicos, casi siempre para conseguir contener el gasto de forma inmediata y estar así en condiciones de acceder al Fondo de Liquidez Autonómico. Se trata en general de medidas "parche" de mínimos, por mucho que los títulos de las Leyes de reforma por las que se imponen induzcan en ocasiones a pensar en una hoja de ruta de reestructuración integral. La cuestión terminológica no es baladí; baste señalar que la tan traída y llevada reforma de la Administración local, sin ir más lejos, se auspicia bajo el sello formal de la racionalización y la sostenibilidad. En la dimensión estatal, por su parte, por acuerdo del Consejo de Ministros en el mes de octubre de 2012 se creó la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), que tiene encomendado diseñar una estrategia general que logre una Administración Pública austera y eficiente que sea un valor competitivo para nuestro país, y que a comienzos del verano de 2013 acaba de hacer públicos sus primeros informes.

En las páginas que siguen se analizarán de forma crítica las medidas de carácter organizativo que se han puesto en práctica y/o propuesto, escrutando si los ajustes realizados y planificados hasta el momento son realmente susceptibles de optimizar la prestación de los servicios esenciales, redimensionados estos, evidentemente, a partir de una concepción flexible del Estado Social[2].

II. El estímulo estatal a la reestructuración y racionalización del sector público y su conciliación con la calidad de los servicios públicos

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en consonancia con el artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción, dada el 27 de septiembre de 2011, y por tanto con la "estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones públicas", vino a consagrar el concepto de estabilidad presupuestaria como base para impulsar el crecimiento y la creación de empleo en la economía española, para garantizar el bienestar de los ciudadanos, crear oportunidades a los emprendedores y ofrecer una perspectiva de futuro más próspera y solidaria[3]. Sin embargo, en la situación económica actual, por la premura con que deben darse las respuestas al déficit muchas veces por imposición comunitaria, parece que se hace muy difícil que puedan alcanzarse dichos objetivos sin poner en cuestión el nivel de prestación de los servicios[4].

---

[1] Proyecto con la referencia DER-2012-32241, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y titulado "Modelos jurídico-organizativos de optimización de las prestaciones esenciales del Estado de bienestar".

[2] Sobre la relación entre el Estado de bienestar y el Estado social de Derecho es de cita ineludible el trabajo del profesor Martín-Retortillo Baquer, S., "La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho", recapitulado en sus *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 203 y ss.

[3] Como consecuencia de la reforma constitucional del año 2011, España incorporó a su ordenamiento jurídico las normas previstas en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria no ya antes de su entrada en vigor, sino de su propia creación (vid. Domínguez Martínez, J.M. y López Jiménez, J.M., "La reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera", *Documentos de trabajo IAES-Instituto Universitario de Análisis Económico y Social (Universidad de Alcalá)*, núm. 9, 2012).

[4] En relación con el ámbito sanitario, vid. González López-Valcárcel, B., "La sanidad en tiempos de crisis", *Economistas*, núm. 126, 2011, págs. 127-133.

En la dimensión estatal, las reorganizaciones del sector público enarbolan siempre las banderas de la eficiencia, la eficacia, la austeridad y la sostenibilidad de las cuentas públicas, pasando de puntillas por el contenido prestacional o las garantías para los usuarios. Tal es el caso, por ejemplo, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal[5]. Pareciese que la mayor parte de sociedades, fundaciones, consorcios y demás nacieron por puro capricho, ya que es tan sencilla su supresión, desinversión y liquidación. La cuestión no puede ser tan simple, como bien ha sido detectado por los profesores Sosa Wagner y Fuertes López, por ejemplo[6].

Como también ha diagnosticado el profesor Muñoz Machado, en el fondo la novedad de las medidas de reforma es ilusoria[7], y cualquier plan de ajuste tendrá enfrente los mismos obstáculos de siempre, aunque incrementados ante lo dramático de la situación. Aun así sigue pretendiéndose desde el punto de vista formal, sin embargo, la cuadratura del círculo, buscando mejorar la organización y funcionamiento de las estructuras para que sean más eficientes, todo ello sin merma de los derechos de los ciudadanos ni de la autonomía de las instituciones propias[8].

En su informe sobre la reforma de las Administraciones públicas, la CORA se limita a proponer un marco normativo común, mínimo pero básico, que ordene la dispersión y heterogeneidad de organismos públicos que existen en la actualidad, algo que lleva pretendiéndose ya desde la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, y a prever la obligación de superar un examen valorativo previo antes de la creación de un organismo nuevo, algo que no deja de ser un collar nuevo para el análisis de impacto normativo teóricamente en vigor desde 2009[9]. Se propone la coordinación e integración de los inventarios de entes, medida más de gestión que de reforma sustantiva, y se propugna en abstracto la necesidad de una mejor regulación de los consorcios.

En lo efectivo, se propone la supresión o fusión de dieciséis Organismos Autónomos, tres consorcios, diecisiete fundaciones y cinco sociedades mercantiles. Además, tres entidades gestoras de la Seguridad Social se integrarían en una sola, igual que otros ocho consorcios. El ahorro puede ser considerable, pero se corre el alto riesgo de que, sin una reforma verdaderamente estructural, los mismos vicios de hipertrofia patológica sean reproducidos una vez que se supere la fragilidad de estos tiempos.

III. Distintas medidas autonómicas (año 2013)

---

[5] BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2012.

[6] Ver su artículo titulado "El *perpetum mobile* de la Administración", publicado en el diario El Mundo el día 9 de julio de 2013.

[7] Ver su artículo titulado "El archivador de las reformas", publicado en el diario El País el día 4 de julio de 2013.

[8] En relación con este punto son referencia obligada los trabajos de Escribano López, E., "La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas: crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 156, 2012, pp. 11-30; Pérez de las Heras, B. y Larrazabal Basañez, S., "Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de los presupuestos de las Administraciones Públicas y su impacto en el autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012, pp. 133-176 o Velasco Zapata, A. y Farfán Pérez, J.M., "Aplicación para las Corporaciones Locales de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Relación con el RD 4/2012 de pago a proveedores", *Apuntespúblico*, núm. 8, 2012, pp. 1-5.

[9] El 3 de julio de 2009 el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 1083/2009 por el que se regula la Memoria del análisis de Impacto Normativo con el objetivo de mejorar la calidad de las normas. La finalidad de esta Memoria es garantizar que, a la hora de elaborar y aprobar un proyecto, se cuenta con la toda la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible estudiar los motivos y oportunidad de la norma, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas que tendrá desde todos los puntos de vista, tanto sobre la competencia, como presupuestario, de impacto de género, y en lo que tiene que ver con la distribución de competencias. La similitud terminológica y teleológica con las propuestas de la subcomisión de Administración institucional de la CORA resulta palmaria.

Se aprecia en casi todas las disposiciones normativas que han sido publicadas este año en los Boletines Oficiales autonómicos una terminología formal común ligada a la coyuntura económica que no puede ser casual y que es notoria, sobre todo, en las distintas Exposiciones de Motivos y Preámbulos de las Leyes que tienen por objeto la ordenación económica y la Administración institucional[10]. Son elementos comunes, por ejemplo, la necesidad de "redimensionar" el sector público autonómico de manera "razonable y ajustada" y de "racionalizar su estructura para mejorar su eficiencia". Baste citar, por todas, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de medidas de reestructuración y racionalización del sector público y fundacional de la Generalitat Valenciana; la Ley 1/2013, de 24 de mayo, de medidas de reestructuración del sector público autonómico del Principado de Asturias, o la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.

En lo concreto, las medidas pasan por la supresión de organismos instrumentales, la eliminación directa de instituciones como los Consejos Consultivos Autonómicos o los Defensores del pueblo, la disminución en la remuneración de funcionarios y altos cargos o la reducción en el número de consejeros en las sociedades mercantiles y de políticos en los hemiciclos. Todas, como es evidente, medidas de respuesta inmediata para cumplir los compromisos adquiridos en materia de estabilidad presupuestaria.

Uno de los pocos casos en que la irrenunciable sostenibilidad de las cuentas públicas se intenta conjugar directamente con la garantía de la calidad de los servicios públicos fundamentales está en la Ley 6/2013, de 8 de julio, de la Región de Murcia, de medidas en materia tributaria del sector público, de política social y otras medidas administrativas. En el preámbulo se habla de una reconfiguración estratégica de la Administración pública de la Comunidad Autónoma a causa de la necesidad de adecuar el sector público a los criterios de austeridad, eficacia, eficiencia y sostenibilidad que requieren los actuales momentos de especial dificultad económica. En su texto se suprimen varios entes, pero siempre resaltando que la reestructuración no puede suponer un perjuicio a la calidad de los servicios públicos que prestaban los entes que ahora se racionalizan.

Mención especial requiere además, por ir un tanto a contracorriente, la Ley 5/2013, de 20 de junio, de calidad de los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. En ella se articula un compromiso en torno a unas estrategias que propicien una Administración pública eficiente, que ofrezca servicios de calidad a los ciudadanos, que potencie la participación, la transparencia y la colaboración de la sociedad y que dé respuesta a las necesidades sociales. Nótese que el léxico de la crisis está presente, pero no exactamente con el mismo protagonismo.

IV. La reforma de la Administración local

El lenguaje de la austeridad y la contención del gasto también está presente en la reforma local en ciernes, que incorpora la racionalización y sostenibilidad en el mismo título.

La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto se remite, como razón fundamental del cambio normativo, a la estabilidad presupuestaria "que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales", lo que impone "adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control económico-financiero".

Como acertadamente se ha señalado por los primeros comentaristas de la reforma, la futura ley, terminológicamente, se enmarca dentro del conjunto de normas que, últimamente, ponen énfasis en principios grandilocuentes cuales la "modernización", "mejora de la calidad", "estabilidad", "eficiencia", "sostenibilidad", "racionalización"… pero sólo el tiempo dirá en qué queda tanto término encaminado a cuadrar el círculo de compatibilizar austeridad y

[10] Continuando la línea de 2012 que puede ejemplificarse en normas como la Ley 6/2012, de 17 de mayo, de sostenibilidad financiera de Cataluña; la Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; el Decreto canario 97/2012, de 20 de diciembre, por el que se adoptan medidas coyunturales para la reducción del gasto público durante el año 2013 o el Decreto 80/2012, de 27 de diciembre, por el que se crea la Oficina de Supervisión Integral del Gasto del Sector Público Autonómico de Cantabria.

excelencia[11]. Por lo atisbado hasta ahora, y en lo que nos ocupa, poco de novedoso una vez más parece articularse más allá de una reducción en ocasiones notable del número de concejales, y de un recorte sensible en el sector público instrumental local; medidas de ahorro, sin duda, pero de calado estructural dudoso.

V. Conclusiones

Tras la breve presentación realizada hasta ahora, procede interrogarse en este momento sobre la racionalidad y la sostenibilidad de la línea de reformas y ajustes que se han acometido y se proyectan en el sector público español para responder a la crisis. En un segundo momento habrá de plantearse cómo incide ello en la prestación de los servicios públicos y en su pretendida optimización; en este trabajo nos ceñiremos, por razones de espacio, al ámbito de los servicios sanitarios para ello[12].

La cualidad de lo racional se define por la Real Academia de la Lengua como la conformidad con la razón, y por tanto perteneciente y relativo a una causa, motivo, orden o método. Así las cosas parece que no puede haber dudas de la racionalidad de las reformas, que responden a una lógica evidente de reaccionar de forma inmediata para el ajuste de las cuentas públicas. Otra cosa sería plantearse la razonabilidad de estas reformas, entendiendo por razonable lo que es no ya sólo conforme a la razón, sino además regular, suficiente y bastante.

Más dudas se plantean respecto a la sostenibilidad de las reformas, si por tal cualidad debe entenderse su capacidad de mantenerse por sí mismas[13]. En efecto, las incógnitas surgen de modo nítido al discurrir sobre la eventual persistencia de estas medidas en el tiempo si finalmente, como todos esperamos, los ciclos económicos acaban por conducirnos a nueva etapa de bonanza. Mientras las constricciones presupuestarias persistan, se contendrá el gasto a costa de adelgazar el sector público, pero cuando la situación se acabe ¿no volverá el ratón a querer huir del gato?[14].

Los ajustes, reformas y recortes se contienen en distintas normas de variopinto rango que proclaman reestructuraciones, racionalizaciones y reorganizaciones estratégicas pero en realidad los avances efectivos son escasos, más allá de los tijeretazos en entes juzgados prescindibles y la implantación de la lógica del ahorro en las instituciones, que también se ponen a dieta obligada. Pero no se acometen reformas de régimen jurídico de calado, con lo que las dudas sobre la reversibilidad de los cambios son comprensibles. Habrá que ver si alguna de las cándidas propuestas de la CORA llega finalmente a buen término.

¿Y la prestación de los servicios? Por mucho que formalmente se defienda que no queda afectada por los ajustes, no parece que el axioma resulte incontrovertido; baste citar a estos efectos la sanidad[15]. En España, el año 2010 supuso la transición hacia el reconocimiento

---

[11] Tolivar Alas, L., "¿Irracional e insostenible? Notas sobre la reforma de la Administración local", *Apuntespúblico*, núm. 22, 2013, pp. 1-13.

[12] Aunque las prestaciones educativas también están de plena actualidad a raíz, entre otras, de la reforma acometida por el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. El estudio de estas cuestiones habrá de quedar empero para mejor ocasión.

[13] A la misma conclusión se llega si por sostenible se entiende, en los términos del célebre informe Brundtland, lo que es capaz de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades; no en vano, en todo caso está yacente una idea de perdurabilidad de las reformas en la triple dimensión del desarrollo: económica, social y, desde luego, también medioambiental, sede primigenia de la idea de sostenibilidad y durabilidad del citado informe. Sobre la idea de economía sostenible como demiurgo en tiempos de crisis y principio orientador general de las relaciones sociales puede verse, por todos, Sánchez Huete, M.A., "Medidas tributarias anticrisis y economía sostenible del gobierno español: El ejemplo español", *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, vol. 15, núm. 21, 2011.

[14] El símil, que ya es un clásico, se toma prestado de Nieto, A. *La organización del desgobierno*, 1984, p. 186.

[15] En la dimensión supranacional, vid. Vogel, L., "European health systems under siege", *Canadian Medical Association Journal*, vol. 183, núm. 10, 2011; Vogler, S., Zimmermann, N., Leopold, C. y Joncheere, K.D., "Pharmaceutical policies in European countries in response to the global financial crisis", *Southern Med Review*, vol. 4, núm. 2, 2011, pp. 22-32; Cylus, J., Mladovsky, P. y McKee, M., "Is There a Statistical Relationship between Economic Crises and Changes in Government Health

explícito de las limitaciones económicas y de las restricciones presupuestarias, y comenzaron a hacerse visibles las dudas de sostenibilidad y de solvencia del sistema en sí mismo[16]. Las reformas articuladas por el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud y el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público no fueron suficientes. Les seguirían el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, que están dando lugar a amplios debates en la literatura del sector[17], algo que por cierto no es fenómeno exclusivo de nuestro país[18]. La discusión llega a todas las instituciones, con la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad[19] y la formulación incluso de recomendaciones por parte del Defensor del Pueblo[20], y afecta a todas las esferas de competencia territorial, como demuestra, por ejemplo, la admisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía[21] o contra dos artículos de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid,

---

Expenditure Growth? An Analysis of Twenty-Four European Countries", *Health Services Research*, vol. 47, núm. 6, 2012, pp. 2204-2224; Mladovsky, P., Srivastava, D., Cylus, J., Karanikolos, M., Evetovits, T., Thomson, S. y McKee, M., "Health Systems and financial crisis", *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 3-6 o European Public Health Alliance, *Reforming Health Systems in Times of Austerity*, EPHA, Bruselas, 2013.

[16] González López-Valcárcel, *op. cit.*

[17] Vid. López-Fernández, L.A., Martínez Millán, J.I., Fernández Ajuria, A., March Cerdà, J.C., Suess, A., Danet Danet, A. y Prieto Rodríguez, M.A., "¿Está en peligro la cobertura universal en nuestro Sistema Nacional de Salud?", *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 4 , 2012, pp. 298-300; Palomo, L. y Rabanaque, M.J., "Crisis económica, política sanitaria y salud", *Gestión Clínica y Sanitaria*, vol. 14, núm. 1, 2012, pp. 16-19; Repullo, J.R., "Taxonomía práctica de la «desinversión sanitaria» en lo que no añade valor, para hacer sostenible el Sistema Nacional de Salud", vol. 27, núm. 3, 2012, pp. 130-138 o Rico A. y Blakey, E., "El impacto de la crisis en Sanidad: Recortes estructurales asimétricos con altos costes diferidos" en VV.AA., *Informe España 2012. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid, 2012, pp. 173-237.

[18] Sobre la situación en Grecia, vid. Vandoros, S., Hessel, P., Leone, T. y Avendano, M., "Have health trends worsened in Greece as a result of the financial crisis? A quasi-experimental approach", *European Journal of Public Health*, 14 febrero de 2013 (doi:10.1093/eurpub/ckt020) y Kondilis, E., Giannakopoulos, S., Gavana, M., Ierodiakonou, I., Waitzkin, H. y Benos, A., "Economic Crisis, Restrictive Policies, and the Population's Health and Health Care: The Greek Case", *American Journal of Public Health*, vol. 103, núm. 6, 2013, pp.973-979. Respecto a Irlanda, vid. Thomas, S. y Burke, S., "Coping with austerity in the Irish Health System", *Eurohealth*, vol. 18, núm. 1, 2012, pp. 7-9.

[19] Vid., sólo en relación con el Real Decreto-ley 16/2012, el Recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, admitido a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 16 de julio de 2012 (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2012); los Recursos de inconstitucionalidad núm. 4530-2012 y 4585-2012, admitidos a trámite por providencia de 13 de septiembre de 2012 del pleno del Tribunal Constitucional (BOE núm. 228, de 21 de septiembre de 2012) o los Recursos de inconstitucionalidad núm. 414-2013, 419-2013 y 433-2013, admitidos a trámite por providencia de 12 de febrero de 2013 (BOE núm. 46, de 22 de febrero).

[20] La Defensora del Pueblo rechazó presentar un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, pero realizó varios comentarios respecto al contenido de la norma, formulando hasta cinco recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en materia de coherencia global del Sistema Nacional de Salud; de la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas; de transporte sanitario, y de financiación y prescripción de medicamentos. La resolución está disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidad/PDFs/Resolucion.pdf.

[21] Recurso de inconstitucionalidad núm. 4539-2012, admitido a trámite por providencia del pleno del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2012 (BOE núm. número 183, de 1 de agosto de 2012).

que preveían precisamente una reordenación de la asistencia sanitaria en varios hospitales y centros de salud públicos de la región[22].

Los tiempos de respuesta son cortos, y la urgencia innegable, pero ello no debe obstar al debate sosegado y profundo. Las reformas no sólo pueden ser cuantitativas, sino también cualitativas y, sobre todo, de régimen jurídico sin evadir debates competenciales y verdaderas reformas institucionales. Estas conclusiones, huelga también decirlo, tienen poco de novedoso, pero quizás haya llegado el momento de convertir en contexto de crisis, más allá de la excusa, también en una oportunidad, y utilizando todas las herramientas que están a nuestro alcance, plantear de una vez por todas la reforma en el orden adecuado: dejar de ver de dónde se puede recortar, para ver qué servicios son los que se quieren y cómo entonces puede optimizarse organizativamente su prestación. En el ámbito sanitario, por ejemplo, la crisis y los ajustes están funcionando como revulsivos y dando lugar a una efervescencia de estudios de todo tipo de los que seguro que pueden aprovecharse muchas reflexiones[23].

Tal es, en definitiva, el objetivo del proyecto que aquí se presenta: abordar, jurídicamente, lo que es inamovible y lo que admite modulaciones coyunturales en el Estado de bienestar[24]. Y al hilo de los cambios necesarios derivados de la crisis, diseccionar la Constitución y buscar nuevas interpretaciones que, siendo garantistas para los ciudadanos, usuarios de estos servicios, contribuyan a una reducción del déficit público[25]. Todo ello sin ignorar la conveniencia de actualizar el texto constitucional para hacerlo más eficiente en lo tocante a la gestión de prestaciones esenciales y emblemáticas, cuya calidad y universalidad debe primar sobre razones estrictamente competenciales.

---

[22] Recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, admitido a trámite por Providencia del pleno del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2013).

[23] Sirvan como ejemplo los trabajos de García-Armesto, S., Campillo-Artero, C. y Bernal-Delgado, E., "Disinvestment in the age of cost-cutting sound and fury. Tools for the Spanish National Health System", *Health Policy*, vol. 110, núm. 2-3, 2013, pp. 180-185 y el informe de enero de 2013 del World Economic Forum titulado *Sustainable Health Systems. Visions, Strategies, Critical Uncertainties and Scenarios* (disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_SustainableHealthSystems_Report_2013.pdf).

[24] Cabe señalar que se ha dicho que el Estado social implica la irreversibilidad de las prestaciones de servicio público y que, alcanzado un nivel prestacional determinado, la cláusula de Estado social, por definición progresiva, exige que no pueda rebajarse dicho nivel, por lo que el legislador que lo hiciera estaría actuando contra la propia consideración constitucional del Estado español como social. Así, por ejemplo, alcanzado un determinado nivel de prestaciones sanitarias públicas, no sería posible disminuirlo extrayendo del núcleo del servicio público algunas prestaciones, que pasarían a estar sujetas a las reglas ordinarias del mercado. De esta forma, y según este planteamiento, una vez que la ley establece un nivel prestacional determinado, las leyes sucesivas sólo pueden aumentarlo, pero nunca disminuirlo dado que, una vez fijado legalmente, dicho nivel adquiere la condición de irreversible. Sin duda que esta teoría, que es de origen alemán, es sugestiva e interesante e incluso parece la más coherente con la configuración del Estado como un Estado social que tiende, por definición, a la consecución de las más altas cotas de bienestar. Ahora bien, el problema de esta teoría es su anclaje constitucional ya que no está claro que de la cláusula de Estado social pueda derivarse limpiamente la irreversibilidad de las prestaciones. Debe recordarse, en efecto, frente a la protección de la confianza legítima, la imposibilidad de alegar derechos adquiridos o intereses legítimos y aún menos meras expectativas para evitar la modificación del ordenamiento jurídico. Además, sobre los riesgos de que los derechos constitucionales lleguen a copar totalmente el espacio de lo decidible en democracia, vid. Peña Freire, A.M., "Garantismo y derechos fundamentales" en VV.AA., *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 749-771.

[25] Entre otras cosas debe estudiarse si frente a la hipotética reducción de prestaciones en algunos ámbitos concretos y ante la situación de crisis que vivimos, podría aplicarse la institución del contenido esencial de los derechos constitucionales del artículo 53.1 de la Constitución, así como el papel del principio de protección de la confianza legítima. Es preciso, igualmente, analizar la incidencia de la interpretación constitucional de los principios rectores, del 9.2 y del 53.3 CE y del principio *rebus sic stantibus* cuando un verdadero estado de necesidad o situación excepcional derivada de la crisis impide alcanzar los objetivos loables de reducción de desequilibrios y en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos. La naturaleza de la educación, además, como un derecho fundamental de la sección primera del capítulo segundo de la Constitución merecerá una atención especial.

LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES EN ITALIA[1]

Roser Casanova Martí
Becaria de Investigación de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto examinar el régimen jurídico de la intervención de comunicaciones en el proceso penal italiano en la actualidad. En concreto, este artículo se basa en un estudio exhaustivo de los artículos 266 a 271 del *Codice di Procedura Penale* relativos, todos ellos, a la protección y regulación del sistema de intervención de comunicaciones en el sistema jurídico italiano. Ello debe ponerse en relación con el derecho al secreto y libertad de comunicaciones que se encuentra en el art. 15 de la Constitución Italiana para con ello conseguir el equilibrio entre este derecho y la intervención permitida en el proceso penal.

Palabras clave: proceso penal, comunicaciones, intervención telefónica, regulación, procedimiento.

Abstract: The aim of this paper is to examine the current legal regime of the interception of communications in the Italian criminal procedure. In particular, this article is based on a comprehensive analysis of articles 266-271 of the *Codice di Procedura Penale*, all of them regulate the protection and regulation of communications intervention in the Italian legal system. All of this must be related to the right of privacy and freedom of communication, regulated by the art. 15 of the *Costituzione italiana* to thereby achieve a balance between this right and the intervention allowed in criminal proceedings.

Keywords: criminal procedure, communications, telephone intervention, regulation, process.

1. Introducción

La intervención de comunicaciones es una diligencia de investigación procesal por la cual se limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que se investiga en el seno de un procedimiento penal para, con ello, obtener las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia en un proceso determinado. Con la práctica de esta medida se puede afectar al derecho fundamental señalado, amparado por las diferentes Constituciones europeas y en la mayoría de los convenios internacionales de derechos humanos. Con la finalidad de evitar una intromisión ilegítima en dicho derecho deben cumplirse una serie de exigencias para conseguir el razonable equilibrio entre la necesidad general de persecución de delitos y la protección de los derechos y libertades individuales[2].

En este breve trabajo pretendemos hacer una aproximación al estudio de la normativa italiana sobre secreto e intervención de comunicaciones. Por un lado, el derecho al secreto y libertad de comunicaciones se encuentra en el art. 15 de la Constitución italiana. Como veremos, la regulación constitucional de este derecho es similar a la que nos brinda el art. 18.3 de la Constitución española. Además, es necesario tener en cuenta que este derecho se

[1] Articulo realizado durante mi estada de investigación en el *Istituto Giuridico* A. CICU de la *Università degli Studi di Bologna*, Italia, durante el mes de junio de 2013, bajo la supervisión del Prof. Giulio Illuminati.

[2] Véase PICÓ I JUNOY, J., y CASANOVA MARTÍ, R. "La intervención de comunicaciones telefónicas y postales", en *Estudios sobre prueba penal*, Vol. III, Edit. La Ley, Madrid, 2013, pp. 129-169.

encuentra protegido por el CEDH, en concreto en su art. 8. Para conseguir el equilibrio mencionado es ineludible, por mandato del TEDH, la existencia de una habilitación legal en el derecho interno que desarrolle el ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones[3].

Así pues, una vez destacada la protección constitucional del derecho objeto de estudio, entraremos en la valoración de su esencial desarrollo legislativo, que en el caso italiano, al igual que sucede en el sistema español, lo encontramos en la ley procesal penal. Debemos indicar que el procedimiento penal italiano, al igual que el español, en méritos del principio acusatorio, existe una separación fundamental entre el órgano judicial que investiga y el órgano encargado de juzgar[4]. Pese a ello, es de importancia señalar que el *Codice di Procedura Penale* es de 1988, mientras que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es de 1882, lo que significa que su proceso penal es unos 100 años más moderno que el nuestro. Una de las principales diferencias entre ambos procesos, es que en el sistema italiano el encargado de llevar a cabo la investigación es el Ministerio Público, bajo la supervisión del Juez de las investigaciones preliminares[5]. Así pues, es el Ministerio Público el facultado de llevar a cabo la intervención de comunicaciones en Italia[6]. Sin embargo, y como expondremos en este trabajo, existe una reserva judicial en la Constitución italiana por la cual solo la autoridad judicial puede limitar el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones.

En cuanto a su regulación, y antes de entrar propiamente en materia, veremos que la normativa italiana relativa a la intervención de comunicaciones es más completa que la española, regulando de forma específica cada uno de los presupuestos necesarios para proceder a su ejecución. Sin embargo, se está planteando desde hace unos años una reforma al respecto por la continua polémica entre el abuso de las intervenciones y la violación de la *privacy*[7].

2. La intervención de comunicaciones en el ordenamiento jurídico italiano

2.1. Regulación

Al igual que en derecho español, hablar de intervención de comunicaciones en el sistema jurídico italiano nos conduce a tratar, en primer lugar, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido como tal en su texto constitucional. Así, la *Costituzione della Repubblica Italiana* (CI)[8] protege este derecho en su art. 15[9], estableciendo que la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación es inviolable[10]. En el mismo precepto se añade como restricción a esta inviolabilidad, que solo podrá ser limitado dicho derecho cuando la autoridad judicial de forma motivada, y junto con las garantías previstas legalmente, lo establezca. De ahí se deduce una reserva de ley y una reserva jurisdiccional[11], esto es, por un lado será necesario un desarrollo

---

[3] Véanse como ejemplo las SSTEDH de 17 enero 2012 [TEDH 2012\5], Caso Alony Kate contra España ap. 74; y de 30 de julio 1998 [TEDH 1998/31], Valenzuela Contreras contra España, ap. 46.

[4] Se separan la fase de las *indagini preliminari*, reguladas al Libro V CPP (arts. 326 y ss) de la fase del *gudizio o dibattimento* regulada en el Libro VII CPP (arts. 465 y ss).

[5] Art. 327 y 328 CPP, encuadrados dentro del Libro V relativo a las investigaciones preliminares.

[6] Art. 267 CPP.

[7] En este sentido véase VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di reforma*, CEDAM Editore, Milano, 2011, p. XI; y ILLUMINATI, G., FILIPPI, L., LEO, G., PROFITI, P., a cura di CAPUTO, A., Dibbatito: "Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?", in *Questione giustizia*, II, n. 6, 2006, pp. 1207 - 1236.

[8] La *Costituzione della Repubblica Italiana* fue publicada en la *Gazzeta Ufficiale* n. 298 el 27 de diciembre de 1947, y entró en vigor el 1 de enero de 1948.

[9] El texto italiano del presente artículo es: *La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla Ley.*

[10] Esta inviolabilidad se encuentra tipificada como delito en los arts. 616 y ss del *Codice Penale*, donde se regulan los delitos contra la inviolabilidad de los secretos.

[11] En este sentido, véase a ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, p. 6; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 8-9; D'ANGELO,

legislativo donde se establezcan los requisitos necesarios para la práctica de una intervención de comunicaciones –en este caso el *Codice di Procedura Penale*–, y por el otro, que el sujeto que limite tal derecho solo puede ser una autoridad judicial mediante resolución motivada. En este punto, es preciso subrayar que la Corte Constitucional italiana ha determinado que en el art. 15 CI se encuentran protegidos dos intereses distintos, de un lado, el inherente a la libertad y secreto de las comunicaciones, inviolables por el art. 2 CI, y por otro, el interés conectado con la exigencia de prevenir y reprimir delitos, que es también objeto de protección constitucional[12].

Junto con la protección constitucional del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, encontramos la protección de éste en el art. 8 CEDH[13], por el cual se protege el derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Igualmente, en su apartado segundo, se añade que podrá ser limitado cuando esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Debemos señalar al respecto que el Estado italiano ha sido en algunas ocasiones sancionado por el TEDH por vulneración del art. 8 CEDH[14].

El desarrollo legislativo de la intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico italiano lo encontramos en el *Codice di Procedura Penale* (CPP)[15]. La intervención de comunicaciones, al igual que en derecho español, es un medio de investigación para la obtención de pruebas en el seno de un procedimiento penal. Concretamente, el Capítulo IV, del Título III[16], del Libro III[17] del texto procesal penal italiano se titula "Interceptaciones de conversaciones y comunicaciones", integrado por los artículos 266 a 271. En estos preceptos se establecen los requisitos legales que deben cumplir las intervenciones de comunicaciones como medidas de investigación en un proceso penal para poder ser utilizadas como prueba.

2.2. Concepto y objeto de la intervención

Como hemos avanzado en el punto precedente, la intervención de comunicaciones constituye una forma de limitación del derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, siempre que exista una resolución judicial debidamente motivada.

El concepto de intervención de comunicaciones no se encuentra en la norma procesal penal italiana, y ante tal laguna ha sido la jurisprudencia y la doctrina procesal la encargada de definirla. La jurisprudencia entiende que la intervención es *la captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo*

N., *Come difendersi dalle intercettazioni. Strategie processuali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 10; y LOZZI, G., *Lineamenti di Procedura Penale*, Quarta Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 154; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni", en *Codice di Procedura Penale, Rassegna di Giuriaprudenza e di Dottrina*, Vol. III, Prove (Libro III, Art. 189-271) – LATTANZI, G., LUPO, E. y AA. VV. –, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 865.

[12] Véase las sentencias de la Corte Constitucional: 6 abril 1973, n. 34, f. j. 2º; 11 marzo 1993, n. 81, f. j. 2º; y 14 noviembre 2006, n. 372, f. j. 5.1º.

[13] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

[14] Véase como ejemplo la STEDH de 17 julio 2003, Caso Craxi (nº 2) contra Italia. [JUR 2004\54178], par. 76, en la cual el Estado italiano es sancionado por no cumplir con la obligación de garantir al demandado el derecho al respeto a la vida privada y correspondencia.

[15] El Código Procesal Penal italiano vigente fue aprobado en 1988 y entró en vigor el 24 de octubre de 1989 (*Gazzetta Ufficiale* n. 250). Anteriormente, la intervención de las comunicaciones se encontraba regulada en los arts. 226 y 339 del *Codice di Procedura Penale* de 1930, modificados por la Ley 8 de abril 1974, n. 98.

[16] Referente a los Medios de búsqueda de la prueba.

[17] Relativo a la Prueba.

alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato[18].

De las definiciones aportadas por la doctrina y jurisprudencia podemos entender por intervención de las comunicaciones el acto propio de un proceso penal por el cual un sujeto, mediante instrumentos técnicos de captación, toma conocimiento del contenido de una conversación o comunicación reservada entre otros sujetos, sin que lo sepan los comunicantes[19]. Concretamente se entiende que la intervención consiste en la captación del contenido en sí de una comunicación[20]. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia estableciendo que la disciplina de las intervenciones regulada de los art. 266 a 271 CPP se refiere de forma exclusiva al contenido de la conversación o comunicación, excluyéndose así los datos externos de la misma, como la identidad de los sujetos, la fecha o la duración[21].

Del concepto de intervención de comunicaciones expuesto en las líneas precedentes se pueden extraer los siguientes requisitos[22]:

1.- Los sujetos que se están comunicando deben querer excluir a terceros del contenido de la comunicación, por lo que el contenido es secreto;
2.- Es necesario el uso de instrumentos técnicos de escucha;
3.- El sujeto que capta la conversación debe ser un tercero ajeno a la comunicación y debe actuar de forma clandestina.

La finalidad principal que persigue la intervención de comunicaciones como medio de investigación es, a través de ellas, determinar la realidad de unos hechos presuntamente delictivos[23].

Es necesario señalar, además, que el código procesal penal permite dentro del concepto de comunicación, por un lado, las conversaciones realizadas a través del teléfono o cualquier otro instrumento técnico idóneo para intercambiar el contenido de una comunicación[24]; y por el otro, las conversaciones directas entre personas presentes en el mismo lugar, denominadas intervenciones ambientales[25].

---

[18] Sentencia de la Corte Suprema de Casación penal de 28 de mayo de 2003 n. 36747.

[19] Véase ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale…*, ob. cit. pp. 26 y ss.; APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 2; GREVI, V., Prove, Cap.III, en *Compendio di Procedura Penale* (AA. VV.), Quinta Edizione, CEDAM, Padova, 2010, pp. 368-370; SCAPARONE, M., *Procedura Penale*, Vol. I, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 355; TONINI, P., *Manuale di Procedura Penale*, Undicesima Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 378; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 26; D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 19; y LOZZI, G., *Lineamenti di Procedura*, ob. cit., p. 154.

[20] Véase en este sentido a APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., p. 3; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversación…", ob. cit., p. 895.

[21] Sentencia de la Corte Constitucional de 11 de marzo de 1993, n. 81, f. j. 3; y Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 23 de febrero de 2000. Nótese que en el sistema español no es así, sino que el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 CE es todo el proceso de comunicación, y no solo el contenido de la misma, como indica el Tribunal Constitucional español en sus sentencias 241/2012, de 17 diciembre, ponente D. Manuel Aragón Reyes, f.j. 4º; y 70/2002, de 3 de abril, ponente D. Fernando Garrido Falla, f.j. 9º.

[22] En este sentido se pronuncia SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 872.

[23] VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 25-26. Es necesario subrayar que en el ordenamiento italiano existen otros tipos de intervenciones, no entendidas exactamente como las hemos definido: las intervenciones preventivas de comunicaciones, que tienen lugar antes del inicio del proceso penal – reguladas en el art. 226 CPP –, y las intervenciones para la búsqueda del fugitivo – previstas en el art. 295.3 y 3 bis CPP –. En este sentido véase, como ejemplo, a PARODI, C., *Le intercettazioni..,* ob. cit., pp. 270 y ss., y 266 y ss.; y VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 40 y ss., y 48 y ss., respectivamente.

[24] Art. 266.1 CPP.

[25] Art. 266.2 CPP. Nótese que se trata de una acción que no se encuentra expresamente regulada en nuestro art. 579 LECrim.

Sin embargo, no se consideraran como intervención de comunicaciones en el sentido de los artículos 266 a 271 CPP, a modo de ejemplo, los siguientes supuestos: en primer lugar, el registro de una comunicación, a través de un artificio técnico, por uno de los participantes en la comunicación; en segundo lugar, el registro de una comunicación a través de la radio; en tercer lugar, la escucha directa por un tercero de una comunicación entre presentes sin el uso de un artificio técnico; en cuarto lugar, el conocimiento de los datos externos de una comunicación, como por ejemplo el tiempo y duración de la conversación o la identidad de los interlocutores[26].

2.3. Limites de admisibilidad y presupuestos

La intervención de las comunicaciones como medio de investigación en un procedimiento penal será posible cuando concurran una serie de requisitos previstos por la ley[27]. Concretamente, en virtud de lo establecido en los artículos 266 y siguientes CPP se deben cumplir los siguientes presupuestos:

1.- El primero hace referencia a los delitos susceptibles de poderse llevar a cabo este tipo de medida. Se trata, en nuestra opinión, de un presupuesto de suma importancia por qué no todos los delitos son válidos para utilizar este medio de investigación, de manera que es necesario buscar el razonable equilibrio entre la gravedad del ilícito cometido y la forma de investigación para encontrar las pruebas idóneas. Como señala la doctrina procesal italiana, sería irracional e inadecuado desde el punto de vista de las garantías constitucionales, que un medio de investigación como las intervenciones, gravemente limitativo de derechos individuales, pudiera ser dispuesto para perseguir cualquier delito, independientemente de su naturaleza y su relevancia social[28]. Dicho esto, en derecho italiano, solo será posible practicar esta medida en los delitos previstos taxativamente por la ley, caracterizados todos ellos por su gravedad[29]. En concreto, estos delitos son los siguientes:

a. Delitos no culposos por los cuales la ley prevea la pena de cadena perpetua o de prisión superior en el máximo a 5 años, determinada por la norma del art. 4 CPP.
b. Delitos contra la administración pública por los cuales es prevista la pena de prisión no inferior en el máximo a 5 años, determinada por la norma del art. 4 CPP.
c. Delitos relacionados con drogas y estupefacientes.
d. Delitos relacionados con armas y explosivos.
e. Delitos de contrabando.
f. Delitos de abuso, amenazas, acoso, actividad financiera ilegal, molestia o acoso a las personas a través del teléfono.
g. Delitos previstos en el art. 600 *ter*, párrafo 3º, y *quarter Codice Penale*, relativos a la distribución, divulgación o publicación por cualquier medio de material pornográfico[30].
h. En la interceptación de comunicaciones informáticas o telemáticas, el art. 266 *bis* CPP[31] añade, que además de los delitos anteriormente señalados, también será posible esta medida de investigación cuando se trate de delitos cometidos mediante el empleo de tecnologías informáticas o telemáticas.

El listado de delitos apuntados es igualmente aplicable para los supuestos de intervención de comunicaciones entre presentes. Aún así, si al mismo tiempo las personas a las cuales se les intervienen las comunicaciones están en uno de los lugares indicados por el

[26] SCAPARONE, M., *Procedura Penale*, ob. cit., pp. 355-356.
[27] Sobre los límites y presupuestos exigidos por la doctrina, véase por ejemplo a APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., pp. 3-4; GREVI, V., "Prove", Cap. III, en *Compendio di Procedura…,* ob. cit., p. 370; y VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 70 y ss.
[28] En este sentido se pronuncia ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale…*, ob. cit. p. 74; y VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 71.
[29] Art. 266.1 CPP.
[30] Apartado introducido por los art. 12 de la Ley de 3 de agosto de 1998, n. 269; y el art. 13 de la Ley de 6 de febrero de 2006 n. 38.
[31] Artículo introducido por el art. 11 de la Ley de 23 de diciembre de 1993, n. 547.

art. 614 CP[32] –domicilio– la intervención solo será consentida si existe un motivo fundado de que allí se está cometiendo una actividad criminal. De no ser así se estaría incurriendo en un delito tipificado en el art. 615 *bis* CP[33].

2.- El segundo de los presupuestos, regulado por el art. 267 CPP, es el relativo a la existencia de indicios graves de que se ha cometido uno de los delitos apuntados, esto es, una clara evidencia de su comisión que va más allá de meras hipótesis o suposiciones[34].

3.- El tercero de los presupuestos necesarios para llevar a cabo una intervención de comunicaciones en Italia es que la interceptación debe ser absolutamente indispensable para la investigación de uno de los delitos señalados por el art. 266 CPP. Esto es, que la medida de intervención de comunicaciones sea la más idónea para obtener resultados en la investigación de un delito en concreto y al mismo tiempo que los elementos probatorios no puedan ser adquiridos a través de otros medios de investigación[35]. La indispensabilidad de la medida será decidida en última *ratio* por el juez de investigaciones preliminares[36].

A estos tres presupuestos debemos añadir, como ya hemos avanzado en anterioridad, la necesidad de que el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, protegido por el art. 15 CI, sea limitado por la autoridad judicial motivadamente.

2.4. Procedimiento

2.4.1. Autorización ordinaria

Para autorizar una medida de intervención de comunicaciones en el curso de las investigaciones preliminares de un proceso penal es de cumplimiento lo establecido en el art. 267 CPP[37]. Así, es el Ministerio Público el encargado de requerir al juez de las investigaciones preliminares la autorización de la intervención de comunicaciones, cuando se trate de uno de los delitos apuntados en el art. 266 CPP y se den los presupuestos de indicios graves de la comisión de un delito y que la medida de intervención sea absolutamente indispensable para llevar a cabo la investigación. La autorización de intervención de comunicaciones, como acto judicial que incide sobre un derecho constitucionalmente protegido, requiere una motivación[38], en la cual deben figurar los presupuestos legalmente establecidos para poder realizar esta medida de averiguación de la prueba[39]. Por todo ello, la autorización judicial tendrá la forma de decreto motivado[40].

La autorización será emitida por el juez de las investigaciones preliminares dado que es el juez competente para ordenar una medida de investigación limitativa de un derecho

---

[32] Artículo referente a la violación del domicilio dentro de la regulación de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio.

[33] Relativo a las interferencias ilegales en la vida privada.

[34] El apartado 1 bis del mismo precepto establece que para la evaluación de los indicios graves de delito se aplica el art. 203 del mismo texto legal, en relación con las informaciones de la policía judicial y de los servicios de seguridad. Este apartado fue introducido en el *Codice di Procedura Penale* por la Ley 1 marzo 2001, n. 63, relativa a *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della Legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*. Sobre esta cuestión véase PARODI, C., *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 84; D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., pp. 86 a 89; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 77 y ss. Véase también la sentencia de la Corte de Casación: cass. pen., sez. IV, n. 10902 de 26 febrero 2010, Rv. 246688.

[35] Véase a CAMON, A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 112; y VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 84.

[36] Véase D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 96.

[37] Véase APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., p. 5-6; SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1027.

[38] Véase art. 15 CI.

[39] D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 107.

[40] Art. 267.1 CPP.

fundamental[41]. Es más, las intervenciones solo podrán ser requeridas en esta fase del procedimiento penal, por lo que no pueden ser solicitadas durante las investigaciones complementarias o supletorias, en la fase del juicio o en la fase ejecutiva[42].

2.4.2. Autorización en caso de urgencia

El Código Procesal Penal italiano regula, a parte del procedimiento ordinario de autorización de intervención de comunicaciones, un modo distinto que se seguirá en los casos de urgencia[43]. Concretamente, se encuentra regulado en el apartado segundo del art. 267 CPP, según el cual, en los supuestos que existan motivos fundados que el retardo de la intervención pudiera causar un grave perjuicio a la investigación, será el Ministerio Público, y no la autoridad judicial, el encargado de ordenar la intervención de las comunicaciones mediante decreto motivado, comunicándose éste inmediatamente al juez competente de las investigaciones preliminares en un plazo máximo de 24 horas.

El juez dentro de las 48 horas siguientes debe decidir si convalida o no el decreto del Ministerio Público. Si lo convalida, las intervenciones prosiguen durante el tiempo establecido y su resultado puede ser utilizado en el procedimiento. En cambio, si el juez no convalida el decreto en las 48 horas siguientes o la deniega, la intervención no puede seguir y los resultados obtenidos no pueden ser utilizados.

2.4.3. Motivación y contenido del decreto

La motivación, al igual que sucede en nuestro sistema, es un requisito esencial del decreto que autoriza la intervención de comunicaciones[44]. La necesidad de motivación viene justificada por varias normas. En primer lugar, por qué así lo exige la Constitución, en su art. 15. En efecto, la medida de intervención afecta a un derecho constitucional, que es el derecho inviolable a la libertad y secreto de las comunicaciones, el cual solo podrá ser limitado por acto motivado de la autoridad judicial[45]. Y, en segundo lugar, en virtud del art. 125.3 CPP, todos los decretos judiciales deben ser motivados si así la ley lo exige expresamente. La previsión legal, en este caso, la encontramos en el art. 267.1 CPP, que requiere que el decreto con el cual el juez de las investigaciones preliminares autoriza al Ministerio Público a llevar a cabo las intervenciones sea motivado[46].

La motivación consiste en que el juez procesalmente competente[47], legitime una determinada actividad procesal –la intervención de comunicaciones– explicando los motivos legales que conducen a entrar en la esfera privada e inviolable del individuo, llegando a la conclusión que prevalece el interés público sobre la libertad individual[48].

---

[41] Cfr. VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 112; SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1027.

[42] En este sentido se pronuncian CAMON, A., *Le intercettazioni nel processo…,*, ob. cit., p. 91 y ss; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1027. En opinión contraria, DI MARINO, C. y PROCACCIANTI, T., *Le intercettazioni telefoniche*, CEDAM Editore, Padova, 2001, p. 221, para quienes el Ministerio Público podría requerir la intervención de comunicaciones en el momento establecido por el art. 421 *bis* CPP.

[43] Sobre este procedimiento véase ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale delle…,* ob. cit., p. 57; APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., pp. 16 y ss.; MAIOLI, C. y CUGNASCO, R., *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni…*, ob. cit., p. 37-38; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 122 y ss; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., pp. 1052 y ss.

[44] Véase sobre la necesidad de motivación ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale…*, ob. cit., p. 96; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1034.

[45] Sobre la importancia de la motivación para no vulnerar el art. 15 CI, véase la sentencia de la Corte Constitucional: Corte Cost., 21 marzo 1973, n. 34, f.j. 2º.

[46] En la misma línea, MAIOLI, C. y CUGNASCO, R., *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni: dai sistemi analogici al Voice over IP*, Gedit Editore, Bologna, 2008, p. 34.

[47] Art. 328 CPP.

[48] En este sentido, véase PARODI, C., *Le intercettazioni..*, ob. cit., p. 112; y VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 112.

La inexistencia de motivación, o la escasez de la misma, está sancionada por el art. 271.1 CPP con la prohibición de utilizabilidad en el proceso penal de los resultados obtenidos con las intervenciones[49].

Además, respecto al contenido del decreto de autorización, el apartado tercero del art. 267 CPP señala los puntos que debe contener y que principalmente, inciden en la modalidad de la intervención y su duración. Vamos ahora a analizar cada uno de ellos.

1.- Modalidades:

Respecto de la modalidad de intervención de comunicaciones, la ley se refiere a dos posibles tipos: por un lado, si se trata de una intervención telefónica, esto es, entre personas que se comunican a través de un aparato de telecomunicación; y por otro lado, si la intervención es ambiental, esto es, la interceptación de una conversación entre personas presentes en el mismo lugar. Además, se deberá indicar el sujeto pasivo de la intervención, y el lugar concreto donde se practicaran las intervenciones ambientales[50].

2.- Duración y prórroga de la intervención:

En relación a la duración de las intervenciones, ésta debe ser concretada en el decreto, y en cualquier caso no podrá ser superior a 15 días como determina la propia ley[51]. El plazo de tiempo de la intervención empieza a contar desde el momento en que las operaciones de escucha han empezado a efectuarse, esto es, desde el día del inicio efectivo de la intervención y no desde que se emitió la autorización[52].

Igualmente se admite prórroga[53]. En concreto, el tiempo de la intervención podrá ser prorrogado si, una vez expirado el primer plazo, prosiguen los presupuestos por los cuales fue aprobada[54]. El encargado de ordenar las prórrogas será el juez a petición del Ministerio Público[55], por períodos de 15 días y de forma ilimitada[56]. La prórroga opera como una nueva autorización de intervención[57], y como tal debe estar lo suficientemente motivada, no admitiéndose la remisión a la primera autorización, por lo que la prórroga por si sola debe cumplir con el requisito de motivación. De lo contrario podrían prorrogarse de forma continua las intervenciones sin la necesidad de justificación, y la doctrina italiana señala que deben

---

[49] Véase sobre esta cuestión ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale…*, ob. cit., p. 99; CAMON, A., *Le intercettazioni nel processo…*, ob. cit., p. 112; y MAIOLI, C. y CUGNASCO, R., *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni…*, ob. cit., p. 35.

[50] En este línea véase GREVI, V., "Prove", Cap. III, en *Compendio di Procedura…,* ob. cit., p. 372; SCAPARONE, M., *Procedura Penale*, ob. cit., p. 359; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 129; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1058.

[51] Art. 267.3 CPP. Véase sobre la duración en el sistema español el siguiente trabajo: CASANOVA MARTÍ, R., "La problemática en la duración de una intervención telefónica", *Justicia*, Ed. Bosch, núm. 1, 2012, pp. 459-472.

[52] En este sentido se ha pronunciado la Corte de Cassación, véase: Cass. pen., sez. VI, n. 22501 de 18 marzo 2011, rv. 250495 y Cass. pen., sez. V, n. 21047de 11 marzo 2011, rv. 250416. Igualmente véase APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., p. 48; D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 129; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1062. Nótese que en el sistema español no es igual, según nuestra jurisprudencia, el período marcado empieza a contar desde el momento de la autorización de la medida independientemente de cuando se haga efectiva, cfr. STC 26/2010, de 27 de abril, ponente D. Eugeni Gay Montalvo, f.j. 4º.

[53] Art. 267.3 CPP.

[54] PARODI, C., *Le intercettazioni..*, ob. cit., p. 121.

[55] Por lo que no se puede ordenar de oficio, cfr. MAIOLI, C. y CUGNASCO, R., *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni…*, ob. cit., p. 42.

[56] VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 133.

[57] D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 131.

evitarse las intervenciones infinitas[58], esto es, sólo se podrán prorrogar cuando se den todos y cada uno de los requisitos legalmente tasados igual que para la primera autorización de intervención.

2.4.4. Ejecución de la medida de intervención

Una vez autorizada la intervención por el juez de investigaciones preliminares empieza su ejecución[59]. Como indica el apartado cuarto del art. 267 CPP, la medida de intervención de comunicaciones es practicada por el Ministerio Público o por un oficial de policía judicial delegado por él. En un registro reservado del Ministerio Público se hace constar en orden cronológico los decretos, autorizaciones, convalidaciones[60] y prórrogas de las intervenciones, y para cada interceptación el inicio y la duración de las operaciones[61].

La ejecución consiste en el registro de las comunicaciones interceptadas y la redacción de un acta o informe de las operaciones realizadas. En el informe se debe transcribir también, sumariamente, el contenido de las comunicaciones interceptadas. Tanto las comunicaciones interceptadas como el informe deben ser transmitidas de forma inmediata al Ministerio Público[62].

En referencia a los medios utilizados para realizar las intervenciones de comunicaciones, el propio Código Procesal Penal establece que serán realizados exclusivamente a través de los sistemas instalados en el poder de la República. Pese a ello, si estos sistemas resultasen insuficientes o no idóneos y existieran excepcionales razones de urgencia, el Ministerio Público, de forma motivada, podrá disponer la utilización de otros sistemas del servicio público o de los que estén a disposición de la policía judicial[63]. Se entenderán insuficientes cuando los sistemas existentes estén ocupados con otras intervenciones[64]. Además, debemos añadir que en los supuestos de intervenciones informáticas y telemáticas, el Ministerio Público podrá acordar que las operaciones puedan ser registradas también por sistemas pertenecientes a entes privados[65].

2.4.5. Adquisición y utilización de los resultados

Una vez terminada la intervención de las comunicaciones los resultados de las mismas deberán ser depositados en el registro de la secretaria del Ministerio Público, dentro de los 5 días siguientes al cese de la medida. En concreto, se depositarán las comunicaciones registradas, los informes y los decretos que hayan ordenado, autorizado, convalidado y/o prorrogado las intervenciones, donde permanecerán durante el tiempo fijado por el Ministerio Público, salvo que el juez considere necesaria una prórroga de ese plazo[66]. No obstante, en los supuestos en que del depósito se pudieran derivar graves perjuicios para la investigación, el juez de las investigaciones preliminares podrá posponer el depósito[67].

---

[58] ILLUMINATI, G., *La disciplina processuale delle…,* ob. cit., p. 98; MAIOLI, C. y CUGNASCO, R., *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni…*, ob. cit., p. 43; y SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1048.

[59] D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 127.

[60] Entendiéndose como tal la convalidación de la intervención del juez de investigaciones preliminares cuando ésta es autorizada por el Ministerio Público en los casos de urgencia.

[61] Art. 267.5 CPP.

[62] Art. 268.4 CPP.

[63] Art. 268.3 CPP.

[64] En esta línea se pronuncia, SCAPARONE, M., *Procedura Penale*, ob. cit., p. 360-361.

[65] Art. 268.3 bis CPP. Precepto introducido por el art. 12 de la *Ley 23 dicembre 1993, n. 547 (Gazzeta Ufficiale n. 305 del 30 dicembre 1993)*, relativa a *Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica.*

[66] Art. 268.4 CPP. Véase VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 151 y ss.

[67] Art. 268.5 CPP. Véase sobre la posibilidad de posponer el depósito a PARODI, C., *Le intercettazioni..*, ob. cit., p. 152.

Durante el período de tiempo del depósito, los defensores de las partes, los cuales deben tener conocimiento inmediato del mismo, tienen la facultad de examinar los informes y de escuchar las comunicaciones registradas[68].

Una vez terminado el tiempo del depósito, el juez toma posesión del material registrado que ha sido considerado relevante para la investigación, pudiendo además de oficio proceder a la destrucción de las conversaciones y informes de los cuales ha estado prohibida su utilización. Tanto el Ministerio Público como los defensores de las partes tienen derecho a participar cuando el juez examina el material, y deben ser avisados en al menos 24 horas de antelación[69]. El juez dispone de la transcripción completa de las grabaciones, las cuales también serán añadidas en el expediente judicial para la fase del juicio[70]. Por su parte, los defensores de las partes también pueden disponer de una copia de las transcripciones[71].

Los resultados obtenidos de una intervención de comunicaciones podrán ser utilizados como prueba en el procedimiento en el cual se han realizado[72].

2.4.6. Conservación y destrucción del material registrado

En virtud de lo establecido por el art. 269 CPP, las conversaciones grabadas y los informes de las operaciones realizadas son conservados íntegramente por el Ministerio Público que ha llevado a cabo las interceptaciones. A excepción de los casos en que esté prohibida la utilización del material[73], los resultados de las intervenciones son conservadas hasta que la sentencia sea firme. La necesidad de la conservación de las conversaciones e informes inherentes a la intervención reside en varios motivos, como por ejemplo el hecho que dicha documentación sea posteriormente requerida por su validez procesal en otro procedimiento, o por qué se debe ejercitar un control sobre la legitimidad de las intervenciones practicadas o, incluso, por hechos y circunstancias ajenos al procedimiento penal[74]. A pesar de ello, respecto del material que no es necesario para los fines del procedimiento, cualquier interesado puede pedir su destrucción al juez que ha autorizado o convalidado la intervención de las comunicaciones[75].

En todo caso, la destrucción del material grabado debe realizarse bajo el control directo del juez y se redactará un acta de las operaciones[76].

2.4.7. Prohibición de utilización

El art. 271 CPP regula los supuestos en que se prohíbe utilizar los resultados de las intervenciones. Como no puede ser de otra forma, los resultados de las intervenciones de comunicaciones no podrán ser utilizados cuando éstas hayan sido practicadas fuera de los casos previstos por la ley o cuando no se hubieran cumplido los presupuestos o requisitos previstos en los art. 266 y siguientes CPP. De igual modo, tampoco podrán ser utilizadas las intervenciones relativas a conversaciones o comunicaciones de las personas indicadas en el art. 200 CPP –esto es, sujetos titulares del secreto profesional[77]–, salvo que ellos hayan divulgado los mismos hechos de otro modo.

---

[68] Art. 269.6 CPP.
[69] Art. 269.6 CPP.
[70] Art. 269.7 CPP. Véase en el mismo sentido PARODI, C., *Le intercettazioni…,* ob. cit., p. 159; GREVI, V., "Prove", Cap. III, en *Compendio di Procedura…,* ob. cit., p. 375.
[71] Art. 269.8 CPP.
[72] PARODI, C., *Le intercettazioni..,* ob. cit., p. 171; APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., p. 167.; D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 207.
[73] Véase lo establecido por el art. 271.3 CPP.
[74] Sobre este punto, véase VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 179.
[75] El juez lo decide mediante el procedimiento previsto en el art. 127 CPP, relativo al *Procedimento in camera di consiglio*.
[76] Art. 269.3 CPP.
[77] A modo de ejemplo, religiosos, abogados, médicos, etc.

El juez deberá disponer que la documentación de las intervenciones apuntadas en el párrafo anterior sea destruida, con la excepción que dicho material constituya cuerpo del delito, en virtud de lo establecido por el apartado 3º del art. 271 CPP.

2.5. Utilización de los resultados de las intervenciones en otros procedimientos

En principio, como regla general, y al igual que sucede en el ordenamiento jurídico español, los resultados de las intervenciones realizadas en un procedimiento penal concreto no pueden ser utilizados en otro distinto al que fueron realizadas, en virtud del art. 270.1 CPP[78]. Sin embargo, en derecho italiano existe una excepción. Así, pueden ser utilizados los resultados de las intervenciones en un proceso penal distinto siempre que éstos resulten indispensables para determinar los crímenes por los cuales es obligatoria la detención flagrante[79].

En el caso de ser utilizados en otro procedimiento, los informes y los resultados de las intervenciones son depositados en la secretaría del Ministerio Público del procedimiento *ad quem*[80]. Tanto el Ministerio Público como los defensores de las partes tienen el derecho de examinar el material interceptado en el procedimiento previo, que será utilizado en el suyo[81].

2.6. Las intervenciones en procedimientos de criminalidad organizada

En los procedimientos de criminalidad organizada, los presupuestos para intervenir las comunicaciones serán diversos[82]. Estos procedimientos tendrán lugar en los siguientes delitos: arts. 600 a 604 CP –delitos contra la personalidad individual[83]–; art. 3 de la Ley de 20 de febrero de 1958 n. 75[84]; los arts. 270 *ter*, 270 *quarter* CP, 280 *bis* CP y 407c.2.a), n. 4 CPP; y también en los delitos de amenazas a personas a través del teléfono[85].

Así pues, en estos supuestos, los requisitos exigidos de intervención de las comunicaciones no son tan estrictos como en el procedimiento normal. Ello se encuentra regulado en el Decreto Ley de 13 de mayo de 1991, n. 152[86], relativa a los *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento*

---

[78] Véase también VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., p. 183.

[79] Véase en este sentido l'art. 380 CPP relativo al arresto obligatorio en caso de delito flagrante. Sobre la utilización de los resultados en otros procedimientos se pronuncia APRILE, E., "Utilizazzione delle intercettazioni in altri procedimenti e diritto del difensore alla transcrizione delle relative registrazioni", in *Cassazione Penale*, n. 3, 2010, pp. 1023 – 1031.

[80] En este caso véase las disposiciones de los apartados 6, 7 y 8 del art. 268 CPP. Véase sobre este punto, APRILE, E. y SPIEZIA, F., *Le intercettazioni telefoniche ed…,* ob. cit., p. 195 y ss; D'ANGELO, N., *Come difendersi dalle intercettazioni…*, ob. cit., p. 135 y ss; y GREVI, V., "Prove", Cap. III, en *Compendio di Procedura…,* ob. cit., p. 376.

[81] Art. 270.3 CPP.

[82] A este procedimiento también hace referencia la doctrina procesal. Véase por ejemplo GREVI, V., "Prove", Cap. III, en *Compendio di Procedura…,* ob. cit., pp. 372-373; VELE, A., *Le intercettazioni nel sistema…,* ob. cit., pp. 87 y ss.; SEGHETTI, A. V., "Intercettazioni di conversazioni…", ob. cit., p. 1064 y ss.

[83] Se encuentran ubicados en la Sección I, Capítulo III, Título XII, Libro II del CP.

[84] Relativa a *Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*. Art. 9 Ley 11 agosto 2003, n. 228 *Misure contro la tratta di persone* (*Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 23 agosto 2003).

[85] Según el art. 3 del Decreto-Ley 18 ottobre 2001, n. 374, relativo a las *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale* (*Gazzetta Ufficiale* n. 244 del 19-10-2001), convertido con modificaciones a la Ley15 dicembre 2001, n. 438 (*Gazzetta Ufficiale* n. 293 del 18/12/2001), los delitos tipificados en el art. 270 *quarter* CP y 407c.2.a), n. 4 CPP se les aplicaran las normas relativas a la intervención de comunicaciones en virtud de lo introducido por el art. 13 del Decreto-Ley 13 de mayo de 1991, n. 152, convertido, con modificaciones, a la Ley 12 de julio de 1991, n. 203.

[86] Art. 13. Publicado en la *Gazzetta Ufficiale* n. 110 de 13 de mayo de 1991. Este Decreto Ley debe ponerse en relación con su transformación por la Ley 12 de julio de 1991, n. 203, Gazzetta *Ufficiale* n. 162 del 12-7-1991.

dell'attività amministrativa, convertido a ley por la Ley 12 de julio de 1991, n. 203. En concreto, las especialidades son las siguientes:

1.- En primer lugar, la intervención de las comunicaciones es autorizada por el juez de las investigaciones preliminares cuando los indicios de delito sean simplemente "suficientes" –no graves–, y la interceptación sea simplemente "necesaria" –no absolutamente indispensable–, para el "rendimiento" de la investigación –no para la persecución–.

2.- En segundo lugar, la duración de la intervención podrá extenderse hasta 40 días, prorrogables por decreto del Ministerio Público –no del juez de las investigaciones preliminares–, con una duración de 20 días cada una de forma ilimitada.

3.- En tercer lugar, durante la ejecución de la intervención de la comunicación, el Ministerio Público y el oficial de policía pueden ayudarse por un agente de policía judicial.

Además, en el seno de un procedimiento de criminalidad organizada, salvo cuando se persiga un delito de amenazas a personas mediante el teléfono, existe una peculiaridad en los casos de las intervenciones ambientales. Así, cuando se intervengan las conversaciones entre personas presentes en un mismo lugar y éste se trate del lugar del domicilio[87], no será necesario que se cumpla con el requisito de que se esté cometiendo una actividad criminal en él para poder proceder a la práctica de la medida de intervención de las comunicaciones.

3. Conclusiones

Una vez analizada la normativa relativa a la intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico italiano, podemos concluir que su regulación es mucho más completa que la que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de lo estudiado al respecto, y teniendo como objetivo mejorar nuestro sistema de intervención de comunicaciones, nos resulta de gran utilidad lo aprendido del sistema jurídico italiano.

De todo ello destacamos las siguientes conclusiones. En primer lugar, constatamos que un sistema de proceso penal donde el encargado de llevar a cabo la fase de investigación es el Ministerio Público funciona, y con éxito. En este sentido, entendemos que es apropiada, desde el punto de vista de la práctica de la intervención de comunicaciones, la reforma de nuestra LECrim que plantea el actual Borrador de Código Procesal Penal de 2013. En segundo lugar, es posible regular, de forma completa, la normativa relativa a la intervención de las comunicaciones en la ley procesal, sin necesidad de crear una ley específica al respecto. De manera que, siguiendo el ejemplo del sistema jurídico italiano, tenemos un fundamento más para proponer la reforma de la normativa de intervención de comunicaciones en la misma ley procesal penal. Y, en tercer lugar, queda demostrado una vez más que con una extensa norma resulta más fácil regular los requisitos de procedibilidad de las intervenciones y evitar así la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

[87] Definido como tal por el art. 614 CP.

LA FORMA EN LA DONACIÓN DE BIENES INMUEBLES

Paula Castaños Castro

RESUMEN: El objeto de este trabajo versa sobre la importancia de la forma en la donación de bienes inmuebles. A través de un análisis jurisprudencial comprobaremos como la donación, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de los contratos, necesita para su validez que conste en una escritura pública de donación, tal y como establece el art. 633 C.c.; sin embargo, pese a la literalidad del precepto señalado, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, la ausencia de este requisito no invalidaba el negocio. Es a raíz del citado pronunciamiento cuando la forma cobra la importancia que desde un principio debió tener; de este modo, en la actualidad, toda donación de bienes inmuebles que no conste en una escritura pública de donación, será radicalmente nula de pleno derecho.

PALABRAS CLAVE: Donación, compraventa, *animus donandi,* forma, nulidad, escritura pública.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende dar una visión esquemática pero a la vez clara de cuál es la posición actual de los tribunales españoles con respecto a un tema que durante muchos años ha preocupado a doctrina y jurisprudencia: la validez o no de la donación reflejada en una escritura pública de venta.

El tema de la donación de bienes inmuebles y el alcance que debe darse al requisito de la forma impuesto en el artículo 633 del Código Civil para su validez, ha dado lugar a cientos de pronunciamientos jurisprudenciales que si por algo se han caracterizado es por la diversidad de criterios que han llevado a los tribunales a considerar en ocasiones válida, en ocasiones inválida, la donación de bienes inmuebles contenida en una escritura pública de venta.

También la doctrina ha debatido lo suficiente sobre este tema, adoptando muy distintas posiciones que han dificultado el logro de una estabilidad que parece que por fin llegó con la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007. Son las palabras de Gullón Ballesteros, casualmente ponente de la citada sentencia, las que quizás mejor resuman el panorama en el que nos encontramos actualmente: «el requisito de forma debe cumplirse clara y directamente, la voluntad de donar y la aceptación del donatario debe hacerse constar como tal voluntad, no como la voluntad de vender y comprar». Pero llegar a esta conclusión que a la vista parece lógica, no ha sido del todo fácil, sobre todo para aquellos que aún a día de hoy se resignan a invalidar un negocio por el simple incumplimiento de un requisito formal.

II. ESCRITURA PÚBLICA DE DONACIÓN: ¿REQUISITO DE VALIDEZ?

La pregunta más frecuente a la que han tenido que enfrentarse los tribunales en multitud de ocasiones es la siguiente: En el caso de llevarse a cabo una donación de bienes inmuebles en escritura de venta, ¿basta la forma pública observada para dar por cumplida la exigencia del

artículo 633 del Código o por el contrario es necesario que el ánimo de liberalidad y la aceptación consten de la manera que el artículo 633 requiere, es decir, a través de una escritura pública de donación?

Tres han sido las posturas que han mantenido divididos a los Tribunales:

En primer lugar tenemos a un grupo de sentencias, el más numeroso sin duda, que sostienen la nulidad de la donación disimulada si se incumple el requisito formal proclamado por el artículo 633 del C.c.: si en la escritura no se expresa con rigor la voluntad de donar por parte del donante y la de aceptar la donación por parte del donatario, la donación será nula de pleno derecho. Dentro de este grupo se halla la sentencia de 3 de marzo de 1932. En ella por primera vez se enfoca directamente el problema de la forma en la donación disimulada, sentando una doctrina que después será reiterada por muchas sentencias posteriores.

En el supuesto de hecho de dicha sentencia no se observa que vendedora (en realidad donante) y compradora (en realidad donataria) discutan acerca de la existencia de una donación, sino que lo que provoca el enfrentamiento es el tipo de donación que se realizó. Mientras la donante afirmaba que se trataba de una donación modal, la donataria sostenía que estábamos ante una donación pura y simple. Esta sentencia es muestra de algo que no debe pasar desapercibido: la forma no sólo protege al donante contra su precipitación, sino que también ha de servirle de garantía a donante y donatario para saber uno lo que dona y otro lo que acepta. Sostiene dicha resolución que sólo una escritura pública de donación puede servir de auténtica garantía al donatario, y que una escritura pública de venta no puede valer porque en ella no consta en qué términos aceptó éste último. El Tribunal Supremo señaló acertadamente que «el acto liberal requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores, contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o, por lo menos, falta de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego». El criterio del Tribunal Supremo parece más que claro: la escritura pública de compraventa no puede servir de base a una donación de inmuebles porque los elementos de la donación no quedan reflejados en dicha escritura, ya que en ésta sólo constan los elementos propios de la compraventa. En ella, no sólo no queda patente que se quiso donar sino que además queda totalmente en el aire cómo quiso llevarse a cabo la supuesta donación[1].

Sin embargo, y pese a lo que esta sentencia significó, en ella se advierte cómo el Tribunal Supremo se está refiriendo de forma muy especial a las donaciones puras y simples y que sólo a ellas ha de aplicarse todo el rigor formal contenido en el artículo 633 del Código Civil. Obsérvese esto cuando en su tercer considerando dice: «aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa». Parece referirse a que cuando estemos en presencia de una donación

[1] A esta sentencia le siguieron otras muchas: STS 22 de febrero de 1940; STS 23 de junio de 1953; STS de 29 de octubre de 1956; STS de 5 de noviembre de 1956; STS de 5 de octubre de 1957; STS de 7 de octubre de 1958; STS de 19 de octubre de 1959; STS de 9 de diciembre de 1959; STS de 10 de octubre de 1961; STS de 20 de octubre de 1961; STS de 1 de diciembre de 1964; STS de 13 de mayo de 1965; STS de 14 de mayo de 1966; STS de 22 de abril de 1970; STS de 4 de diciembre de 1975; STS de 6 de octubre de 1977; STS de 24 de febrero de 1986; STS de 24 de junio de 1988; STS de 7 de mayo de 1993; STS de 23 de julio de 1993; STS de 10 de noviembre de 1994; STS de 24 de octubre de 1995. Sin embargo, muchas de estas sentencias, que se suelen incluir entre las que son partidarias de la «tesis clásica», en realidad declaran la nulidad de la donación por estimar que se trataba de simulación absoluta. Ejemplo de ello es la primera que he citado: la sentencia de 22 de febrero de 1940, en la cual no queda probado que realmente existiera tal donación.

remuneratoria sería justo suavizar el rigor formal del que venimos hablando. Pero este es otro tema en el que me centraré más adelante.

En segundo lugar nos encontramos con aquel grupo de sentencias que consideran válida la donación reflejada en escritura pública de venta[2]. Para estas sentencias es esencial que la donación conste en escritura pública, pero ésta no tiene que ser necesariamente de donación. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988 resume a la perfección la línea argumental de los que apoyan la validez de la donación que consta en escritura pública de venta. En ella se dice: «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de este será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio a que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación».

Es tajante en este sentido Manuel Albaladejo, quien con acierto expone frente a aquellos que dicen sin reparo que el notario «en realidad estaba autorizando un contrato de donación», que es éste un razonamiento absurdo, pues el notario sólo es conocedor de lo que las partes declaran, y es ilógico imponerle la exigencia de conocer lo que las partes no declaran pero piensan realmente en su fuero interno. Es más, llega a decirnos Albaladejo que si esto fuera así, sería inútil estudiar la validez del contrato disimulado, ya que sería válido en todo caso, pues la escritura pública que se otorgó sería de él, no del contrato simulado[3].

Por último, no podemos olvidar, las también considerables ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha optado por tomar en consideración las circunstancias del caso; de ahí que en varias sentencias se afirme que para solucionar el problema de la validez de la donación «han de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso»[4]

Como podemos comprobar, la cuestión ha sido debatida por doctrina y jurisprudencia durante décadas, y todavía hoy, a pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, que pone en principio fin a la discusión, son algunos los autores que no se conforman con la solución adoptada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, no es menos cierto que con dicho pronunciamiento se ha conseguido mantener, al menos aparentemente, cierto clima de tranquilidad y seguridad jurídica[5]. La sentencia de 2007 es clave no sólo porque con ella el Tribunal Supremo zanje cualquier tipo de controversia, sino también porque el fundamento de su fallo se basa en que los consentimientos de las partes no constan en una escritura pública de donación. El Tribunal Supremo parece tenerlo más claro que nunca: quiere darle a la forma la importancia que tiene cuando estamos ante un contrato

---

[2] Entre otras STS de 19 de enero de 1950; STS de 31 de enero de 1955; STS de 22 de marzo de 1961; STS de 16 de octubre de 1965; STS de 20 de octubre de 1966; STS de 31 de mayo de 1982; STS de 19 de noviembre de 1987; STS de 23 de septiembre de 1989; STS de 19 de noviembre de 1992; SRS de 13 de diciembre de 1993; STS de 30 de septiembre de 1995.

[3] ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La simulación.* Madrid, Edisofer, 2005, pág. 178.

[4] Así, la sentencia de 19 de noviembre de 1987; sentencia de 23 de septiembre de 1989; sentencia de 22 de enero de 1991; sentencia de 30 de diciembre de 1999; sentencia de 18 de marzo de 2002 y sentencia de 7 de octubre de 2004.

[5] Tampoco faltan aquellas sentencias que al referirse a este asunto hablan de que siempre ha existido un pacífico criterio jurisprudencial. Nada más lejos de la realidad, pues si hay algo que caracteriza las decisiones del Tribunal Supremo en cuanto a decretar válida o no la donación de inmuebles disimulada en escritura pública de venta es precisamente la disparidad de criterios adoptados por dicho Tribunal. Llega a afirmar Albaladejo que «lo impredecible de la solución que adoptará en cada caso el Tribunal Supremo ha conducido a comparar, expresivamente, la situación de los implicados ante este panorama jurisprudencial con la de quien deshoja una margarita» ALBALADEJO GARCÍA, M.; DÍAZ ALABART, S.: *La donación*. Madrid, Colegio de Registradores, 2006, pág. 291.

formal como es la donación. Incumplir el requisito formal contemplado en el reiterado artículo 633 del C.c. será motivo de nulidad radical del negocio, sin necesidad de que tenga que venir acompañado de otra u otras razones para cobrar la suficiente entidad.

Sin entrar en detalles acerca del origen de la controversia, sí sería interesante ahondar en qué es lo que lleva en este caso al Tribunal Supremo a tomar la decisión de declarar nula la donación hecha en escritura de venta.

Nos encontramos ante un caso en el que el Tribunal Supremo, por razones que no llegamos a comprender muy bien, declara que estamos en presencia de una donación remuneratoria con causa lícita, y por tanto ante una simulación relativa, que no absoluta, lo cual llama bastante la atención si tenemos presentes las circunstancias de este caso concreto en el que los donantes donan a su hija todos sus bienes inmuebles en recompensa por el sacrificio que suponía aportar su sueldo para el sostenimiento de la familia. Todo ello con la enorme coincidencia de que previamente habían sido condenados a pagar una cuantiosa indemnización. La lógica más aplastante nos lleva a creer que el único fin que movía a los donantes para llevar a cabo esa donación era desprenderse de sus bienes, ser declarados insolventes y no poder así hacer frente a la cantidad que debían pagar en concepto de indemnización. No obstante, la interposición de la demanda que finalmente los condenará era de fecha posterior a la donación que realizaron a favor de su hija, lo cual basta al Tribunal para considerar lícita la causa y por tanto, y sorprendentemente, desechar la idea de que estamos en presencia de una simulación absoluta[6].

Una vez acatada por el Tribunal la idea de que estamos en presencia de una simulación relativa, entra a enjuiciar si dicha donación puede considerarse nula por defecto de forma, y es en el fundamento jurídico cuarto donde el TS, después de hacer un breve resumen de las distintas posturas por las que ha ido optando a lo largo de los años, da en el *quid* de la cuestión al decir sin vacilaciones que «aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública, sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación[7]».

Con esta sentencia, no sólo se ha producido un cambio de criterio interpretativo, sino que de una vez por todas la forma ha servido por sí sola para declarar inválida la donación.

---

[6] En desacuerdo está el magistrado D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, quien formula un voto particular al que se adhieren D. Xavier O´Callaghan Muñoz, D. Vicente Luis Montés Penedés y D. José Antonio Seijas Quintana. Estos magistrados entienden que el supuesto enjuiciado «constituye una clara manifestación de simulación absoluta, al entender que la escritura pública tiene un único propósito: sustraer el patrimonio familiar a la posible responsabilidad civil derivada de un hecho en el que intervino un hijo menor de edad del matrimonio». El tema es más delicado de lo que parece, pues a mi entender, debajo de lo que para muchos puede ser una opinión lógica, -estimar que estamos ante un caso de simulación absoluta- subyace lo que realmente empuja a estos magistrados a formular el voto particular: el artículo 633 del Código Civil debe ser interpretado de manera flexible, y no extremar en ningún caso su rigor formal en el sentido de que «la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes es la de otorgarse una donación». Máxime cuando la postura adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de enero de 2007 constituye un cambio jurisprudencial que implanta un criterio -estiman estos magistrados- ya superado. Con este voto particular se deja constancia de que todavía hay quienes piensan que el requisito formal no tiene la suficiente entidad como para declarar nula toda la donación por el solo hecho de incumplirlo. Una cosa es declarar nula la donación por ser ilícita su causa y otra muy distinta declararla nula por no ajustarse a lo que exige el artículo 633 del Código Civil.

[7] En consecuencia, continúa diciendo el FJ 4º, «una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

Por tanto, y con todo lo dicho, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que a partir de dicha resolución se hace más actual que nunca la famosa «tesis clásica» recogida en la popular sentencia de 3 de marzo de 1932. Esta tesis viene a decirnos que «los intereses que con las reglas de forma de la donación se pretenden proteger[8] no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica». Y ello sólo es posible si estamos en presencia de una escritura pública de donación.

Pero si esta sentencia es clave para dar por finalizada la incertidumbre que rodeaba este asunto, no de menos importancia es la sentencia de 26 de febrero de 2007, la cual, dictada tan solo un mes y medio más tarde por el mismo ponente que su antecesora -el Excmo. Sr. D Antonio Gullón Ballesteros- reafirma lo dicho en aquélla. Sin embargo, en ésta hay algo que la hace aun si cabe más interesante que la anterior. Veamos: No cabe ninguna duda de que la STS de 11 de enero de 2007 zanja, al menos por el momento, la polémica que rodeaba a la validez o invalidez de la donación encubierta en una escritura pública de venta; no obstante, las circunstancias que rodeaban al caso[9] podían dejar entrever que tras la decisión del Tribunal Supremo subyacía una vez más esa tendencia a lograr por encima de todo la justicia material. Esto no sucede con la Sentencia de 26 de febrero de 2007, ya que en esta ocasión, si el Tribunal Supremo se hubiera dejado guiar por el criterio de alcanzar la justicia material, su fallo hubiera sido otro radicalmente opuesto al que dictó. Si observamos el supuesto de hecho que da origen a esta sentencia[10], podemos comprobar que el Tribunal ha zanjado también esa inclinación a, como decía Federico de Castro, «interpretar las leyes sentimentalmente, según las circunstancias extrajurídicas del caso». Ya no vale decir que del análisis de las decisiones de nuestro Alto Tribunal en materia de donaciones disimuladas en escritura pública de venta, se desprende que siempre que se declara la nulidad de la donación encubierta existen otros motivos -que nada tienen que ver con la forma- que justifican de algún modo la ineficacia del negocio oculto.

Por tanto, la conclusión sólo puede ser una: el Tribunal Supremo ha decidido poner fin a la cuestión y se ha inclinado por negar la validez de la donación disimulada por defecto de forma, sin que sea necesario nada más. Una donación de bienes inmuebles que se refleje en una escritura pública de venta será radicalmente nula por infringir lo establecido en el artículo 633 del Código Civil[11].

Estas sentencias han sido seguidas por otras tantas[12] que también han confirmado la postura adoptada en la sentencia de 11 de enero de 2007. Muestra de ello es por ejemplo la sentencia

---

[8] Cuáles son estos intereses lo abordaré más adelante.

[9] En febrero de 1989 un menor de edad es alcanzado por el disparo de una escopeta de aire comprimido efectuado por otro menor, disparo a consecuencia del cual perdió totalmente la visión del ojo izquierdo. Los padres del menor causante del daño fueron condenados a la indemnización del mismo.

[10] Don Juan Enrique, hermano del fallecido donante, interpuso demanda contra D. Salvador y Dª Leonor, solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa de dos inmuebles otorgada por D. Silvio (donante) a favor de los demandados, los cuales habían sido para D. Silvio algo más que un chófer y su esposa, ya que habían cuidado de él hasta el día de su muerte, mientras que con su hermano Juan Enrique apenas tenía ningún tipo de relación.

[11] No obstante, debemos tener en cuenta que tanto en una como en otra sentencia existen votos particulares que de alguna forma ponen de manifiesto que las diferencias de criterio tienen suficiente arraigo como para sobrevivir a los envites de la mayoría, y, además, alertan sobre los problemas de seguridad jurídica que esta situación genera.

[12] Como por ejemplo la STS de 21 de Junio de 2007; STS de 10 de septiembre de 2007; STS de 20 de noviembre de 2007; STS de 4 de marzo de 2008; STS de 18 de marzo de 2008; STS de 5 de mayo de 2008; STS de 27 de mayo de 2009;STS de 21 de diciembre de 2009; STS de 3 de febrero de 2010; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de marzo de 2007; SAP de Madrid de 9 de marzo de 2007; SAP de Asturias de 24 de mayo de 2007; SAP de Valencia de 21 de diciembre de 2007; SAP de Toledo de 28 de

del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, la cual resume la reciente doctrina diciendo que «en cualquier caso esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario».

No obstante, el sentido que cobra el artículo 633 del Código Civil después de la sentencia de 11 de enero de 2007 no va a servir para albergar en él todo tipo de casos, sino que si bien es cierto que no van a hacerse distinciones dependiendo del tipo de donación frente al que nos encontremos, no menos cierto es que no se permitirán por parte del Tribunal interpretaciones incorrectas del citado artículo. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007 en la que se recalca que el mencionado precepto sólo alcanza a los supuestos de donación de bienes inmuebles, dejando dispensados de cumplir con el rigor formal propio del mandato todos aquellos casos en los que el objeto de la donación no sea tal bien inmueble[13].

La consecuencia inevitable de todo lo dicho hasta ahora es, como he repetido anteriormente, negar la validez de la donación encubierta en una escritura pública de venta, y, por tanto, dejar atrás los argumentos que tantas veces han llevado al Tribunal Supremo a dictar sentencias que sostienen la eficacia de la donación cuando el contrato aparente consta en escritura pública, pero de venta[14].

Con la escritura pública en la que se aparenta la compraventa no se llena la forma exigida para las donaciones de inmuebles, la cual exige una escritura pública en la que conste tanto el *animus donandi* como la aceptación del donatario.

Detrás queda la idea que imperó durante bastantes años de considerar válida la donación si resultaba plenamente acreditado que la voluntad real de los intervinientes era la de dar vida a una donación; y frente a esa idea impera ésta otra que razona que *no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente*, resultando patente la ineptitud de la escritura de compraventa simulada para llenar la forma del artículo 633 del Código Civil porque no expresa, ni puede expresar, las circunstancias que éste exige. En definitiva, en esta escritura de compraventa no se refleja la causa de liberalidad, ni el ánimo de donar, ni tampoco la voluntad del donatario de aceptar la donación. En ella sólo se refleja que se quiere comprar y vender, pero en realidad no es así, se quiere donar, pero no consta expresamente.

Por tanto, no podemos ceder a razones tales como el principio de conservación de los negocios o la tutela del voluntarismo real de los interesados, y ello porque no se puede intentar conservar un negocio que nunca llegó a existir porque desde el principio fue nulo por defecto

---

febrero de 2008; SAP de Salamanca de 18 de abril de 2008; SAP de Valencia de 10 de febrero de 2009; SAP de Islas Baleares de 21 de Octubre de 2009; SAP de Valencia de 27 de octubre de 2009; SAP de Cádiz de 19 de enero de 2010; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de noviembre de 2010; SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2010.

[13] Esta sentencia nos dice que «si bien la transmisión de acciones o participaciones integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad, no puede alcanzarse la conclusión de que si en la sociedad hay inmuebles, se ajustará a la normativa reguladora de la transferencia de estos bienes, sino que corresponde aplicar la concerniente a la de acciones y participaciones».

[14] Declaran la validez de la donación cuestionada, entre otras, las siguientes sentencias: 27 de enero de 1945; 19 de enero de 1950; 2 de junio de 1956; 16 de noviembre de 1956; 15 de enero de 1959; 22 de marzo de 1961; 20 de octubre de 1966; 10 de marzo de 1978; 7 de marzo de 1980; 31 de mayo de 1982; 19 de noviembre de 1987; 9 de mayo de 1988; 23 de septiembre de 1989; 2 de abril de 1990; 22 de enero de 1991; 13 de octubre de 1992; 19 de noviembre de 1992; 21 de enero de 1993; 20 de julio de 1993; 13 de diciembre de 1993; 14 de marzo de 1995; 3 de mayo de 1995; 28 de mayo de 1996; 30 de diciembre de 1998; 2 de noviembre de 1999; 14 de diciembre de 1999; 18 de marzo de 2002. Todas ellas anteriores a la Sentencia del TS de 11 de enero de 2007.

de forma, y tampoco se puede tutelar una voluntad que aunque sea real no consta en ningún sitio[15].

III. LA DONACIÓN: CONTRATO FORMAL POR EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 633 DEL CÓDIGO CIVIL.

Sería oportuno en este epígrafe buscar las razones que han llevado al legislador a considerar la donación como un contrato formal, alejándolo así del principio espiritualista que rige en nuestro Código Civil. Es claro que la ley somete el negocio disimulado a una exigencia particular de forma, ahora bien: ¿todo aquello que con la forma se intenta proteger, queda igualmente protegido si la escritura pública es de venta y no de donación, o por el contrario una escritura de venta no puede servir de base a una donación por no cumplirse en ella las garantías que deben otorgársele a este negocio jurídico?

Pues bien, para contestar a esta pregunta será necesario ir desmenuzando cuáles son las razones que han llevado a nuestro legislador a convertir la donación en un contrato sometido a forma. No se trata de limitarnos a decir que la escritura de venta es nula porque al recaer la donación sobre bienes inmuebles no se cumple el rigor formal exigido por el artículo 633 de nuestro Código Civil, sino de averiguar a qué obedece ese rigor formal.

En primer lugar nos encontramos con la más clásica de estas razones, cual es la protección que merece el donante, protección ésta que sólo es posible otorgarle a través de la forma escritura pública de donación. Veamos por qué. La solemnidad que se impone debe asegurar que el donante ha llevado a cabo un proceso de reflexión y meditación idóneo que constate y asegure que su decisión es sensata y consciente: realmente quería donar. Se trata de que resulte indudable que el donante se ha querido vincular por medio de la declaración de voluntad, pese a no perseguir una finalidad de intercambio[16].

Sin embargo, considero que no sólo debe protegerse al donante en este sentido: es sensato pensar que el ordenamiento jurídico ha de velar por él y proporcionarle medios para que lo que pudieran considerarse generosidades anticipadas se queden en meros propósitos frustrados gracias a tal protección; pero no es sólo esto lo que debe considerarse objeto de la protección, sino que una vez que el donante tiene claro que quiere donar hace falta indicarle e informarle de cuantas posibilidades tiene y cómo cada una de ellas guarda en ocasiones diferentes efectos o consecuencias jurídicas con las restantes[17]. Es decir, la protección no se agota una vez que se descubre que el donante quería donar, sino que debemos estirarla hasta que sin ningún tipo de indecisión ni vacilación sepa cómo llevar a cabo tal donación[18].

En segundo lugar, se menciona la protección que también ha de ofrecérsele al donatario[19], el cual tiene derecho a ser protegido de revocaciones caprichosas por parte del donante. Se

---

[15] Es más, lo que consta es todo lo contrario, la voluntad de comprar y vender.

[16] ANDERSON, M. *Las donaciones onerosas*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles de España, D.L., 2005, pág. 333.

[17] Nada tiene que ver una donación pura y simple con una donación modal o con una donación con prohibición de disponer.

[18] De esta necesidad de proteger al donante se ha ocupado la mayor parte de la doctrina. Entre otros Durán Rivacoba o Capón Rey.

[19] Existen sentencias, como la de 12 de junio de 1986, en las que se estima que las formalidades relativas a la aceptación por el donatario y notificación de ella al donante *se han establecido a favor de éste y sus causahabientes y son garantías de sus derechos.* Por el contrario, existen otras, como la de 6 de abril de 1979 que entienden que la exigencia formal está prevista también, indudablemente, *en beneficio del donatario, a quien no se puede obligar a recibir nada sin su consentimiento.* Que el acto conste en la debida forma implica para él una dosis de seguridad jurídica indispensable, pues sólo así tiene la

procura con la escritura pública de donación que no acepte con demasiada ligereza cláusulas, que de haber sido observadas con atención, hubiera rechazado de lleno por el peligro que pueden conllevar.

Ahora bien, de esto saco la siguiente conclusión: si la declaración de voluntad del donante queda reflejada de forma inequívoca en una escritura pública de donación autorizada por Notario, ¿no es correcto pensar que dicha declaración de voluntad ya es una garantía más que suficiente para el donatario? ¿Por qué exigírsele someter su aceptación a requisitos de forma tan estrictos?

Todo lo dicho hasta ahora nos conduce a que solamente el notario puede dar esa protección de la que venimos hablando y únicamente puede darla si sabe lo que está autorizando.

Sin embargo, no debemos olvidar que para un importante sector doctrinal existe otra función encomendada a la forma: proteger a acreedores y legitimarios del donante. A éstos no se les puede imponer la obligación de tener que iniciar un proceso en el que además son ellos los que tienen que probar la existencia de la simulación y así sacar a la luz la donación que se entiende encubierta. Sabemos que una donación es más fácilmente impugnable que una venta, por lo que si nos encontramos ante una escritura pública de donación, la posición procesal de los acreedores y legitimarios es mucho más favorable y ello por dos motivos principalmente: en primer lugar, porque saben que están ante una donación (sin necesidad de litigar para descubrirlo), y, en segundo lugar, porque si estamos ante una donación esto permite que se pueda pedir directamente al juez su reducción o rescisión[20].

No obstante, creo que la protección a los terceros no es el fundamento que lleva al legislador a considerar la forma como requisito indispensable del contrato de donación, y ello básicamente por dos razones: en primer lugar, porque la sanción de nulidad por defecto formal va más allá de lo que necesitan los terceros para salvaguardar los derechos que se han visto afectados, y en segundo lugar porque esto puede llevarnos a que una donación resulte nula por defecto de forma aunque no perjudique el interés de ningún tercero, lo cual resultaría del todo descabellado.

Los terceros tienen legalmente sus instrumentos para defender sus intereses, pero por otros cauces bien distintos[21].

---

suficiente certeza de cuáles son sus facultades dentro del vínculo que se ha establecido entre él y el donante.

[20] Así, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (dir.): *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid, Thomson-Civitas, 2005, t. III, vol. II, 2º, pág. 732.

[21] No obstante, hay quienes opinan que la norma ha ido evolucionando y pese a haber sido establecida en un principio para asegurar que el donante ha llevado a cabo un proceso de reflexión suficiente, es también razonable entender que los terceros merecen no tener la carga de averiguar el propio carácter simulado de la venta en un proceso en el cual es el propio acreedor o legitimario el que tiene que probar la existencia de la simulación.

INMEDIACIÓN, COMPETENCIA TERRITORIAL Y *PERPETUATIO IURISDICTIONIS* EN EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

Rafael Castillo Felipe

Becario FPU de la Universidad de Murcia

Área de Derecho Procesal

RESUMEN: La presente comunicación trata de ofrecer una visión crítica de la doctrina jurisprudencial que excluye la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* en los procesos de incapacitación, analizando los argumentos del Tribunal Supremo que avalan dicha doctrina. Asimismo y partiendo de la operatividad del efecto de la litispendencia enunciado, se proporcionan una serie de sugerencias que intentan amortiguar las consecuencias negativas de los cambios de residencia del presunto incapaz.

SUMARIO: I. Hipótesis de trabajo.- II. Crítica a la interpretación del Tribunal Supremo.- III. Sugerencias para intentar paliar las consecuencias de los cambios de residencia del presunto incapaz durante el proceso tomando como punto de partida la operatividad de la *perpetuatio iurisdictionis*.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación; proceso; competencia territorial, inmediación.

I. Hipótesis de trabajo

El proceso de incapacitación se configura hoy día como el instrumento esencial previsto por nuestro ordenamiento para la aplicación de las normas de derecho cogente ubicadas en los arts. 199 y ss. del Código Civil –en adelante CC–, lo que explica que el legislador del año 2000, consciente de las particularidades propias de esta materia, decidiese incluirlo entre los procesos mínimos indispensables, otorgándole, además, una razonable estructura procedimental (cfr. arts. 756-762 Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 –LEC–)[1].

Dentro de la regulación enunciada es de singular relevancia el art. 756 de este último texto, precepto que determina la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional que habrá de resolver sobre la restricción de capacidad pretendida y sobre otras cuestiones a ella inherentes. En este sentido observamos cómo, sin ningún tipo indeseable de sorpresa jurídica, la LEC hace concurrir ambos presupuestos en el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia del presunto incapaz. Se intenta, así, a través de este fuero, conseguir que sea el juez más próximo al incapacitando el que conozca de la causa, con lo que debería quedar garantizada tanto la necesaria inmediación judicial (art. 137 LEC), que en estos procesos adquiere una importancia capital al hilo del reconocimiento del demandado por el juez (art. 759 LEC), como una rápida dispensa de protección a aquél que precisa la restricción de su

[1] Para un tratamiento *in extenso* del proceso de incapacitación pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: CABRERA MERCADO, R., *El proceso de incapacitación,* Madrid: Mc Graw-Hill, 1998; HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: aspectos procesales y sustantivos,* Granada: Comares, 2002; SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre capacidad de las personas,* Madrid: Iustel: 2007.

capacidad para seguir participando en el tráfico jurídico –siempre, claro está, que la incapacitación no sea total−.

Paradójicamente, y contrariamente a lo que sería deseable, la interpretación teleológica que usualmente se hace de este precepto determina que la protección del presunto incapaz se demore más de lo que sería conveniente. No ocurre lo mismo con relación a la necesaria inmediación a la que antes hicimos referencia, que sí suele observarse, aun cuando ciertamente a costa de una considerable cantidad de tiempo que bien podría haberse ahorrado empleando alguno de los mecanismos que prevé nuestra legislación procesal.

De esta manera, los problemas en torno al mantenimiento a toda costa del fuero de la residencia efectiva del presunto incapaz han surgido, por un lado, con ocasión de cambios de residencia o internamientos de media duración en centros hospitalarios, penitenciarios o psiquiátricos justo antes de la interposición de la demanda –con lo que la competencia se fijará a favor del juzgado del lugar donde radique el centro y previsiblemente el demandado cambiará de residencia antes del final del proceso–; por otro lado, en la hipótesis inversa, esto es, en aquellos supuestos en los que tras la presentación de la demanda y antes del examen del presunto incapaz por el juez se produzca el internamiento del demandado o un traslado temporal de su lugar de residencia –*v.gr.* estancia temporal con algún pariente–, circunstancia que de nuevo motivará que el juez que conozca de la mayor parte del proceso no sea el más próximo al incapacitando.

Obviamente, el cambio de residencia del demandado tras la presentación y admisión de la demanda no debería suponer ningún inconveniente en orden a la continuación del proceso pues éste se enmarcaría dentro de los márgenes de seguridad que proporciona la litispendencia, concretamente, uno de sus efectos más característicos: el de la *perpetuatio iurisdictionis*. Mediante esta consecuencia de la situación de pendencia de la litis se evitará que los cambios sobrevenidos en el plano fáctico produzcan variaciones en los presupuestos de competencia y jurisdicción, determinados conforme a las circunstancias existentes en el momento de presentación de la demanda[2] (*vid*. Art. 411 de la LEC). Sin embargo, la aplicación del antedicho efecto de la litispendencia al proceso de incapacitación ha sido rechazada con carácter general por la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo –T.S., en lo sucesivo–, de modo que lo que debería ser la regla general, dada la plena vigencia del art. 411 de la LEC y la ausencia de norma expresa que excluya *la perpetuatio iurisdictionis*, ha terminado por convertirse en la excepción.

Para fundar la exclusión de la *perpetuatio iurisdictionis* en los procesos de incapacitación, el T.S ha utilizado, en primer término, una interpretación sistemática de los arts. 52.5 y 756 LEC y 63.1 LEC-1881 y, en segundo lugar, una interpretación teleológica del art. 756 LEC, que a su vez ha integrado con los siguientes argumentos:

1º.- Protección del presunto incapaz y accesibilidad a la Justicia del incapacitando de conformidad con el art. 13 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[2] Para un tratamiento *in extenso vid*. CHOZAS ALONSO, J. M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia,* Comares: Granada, 1995, págs. 95-228. Si bien, téngase en cuenta que la definición del Prof. CHOZAS va más allá de lo dispuesto en el art. 411 LEC, ya que en ella se incluiría también la prohibición de que los cambios normativos –*ius superveniens*– puedan afectar a la competencia y jurisdicción. Lo que no es más que una consecuencia lógica del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el art. 24 de la Constitución de 1978 –CE–.

2º Consecución de la inmediación, sobre todo en el examen del presunto incapaz previsto en el art. 759 de la LEC.

3ª Eficacia y efectividad de la tutela jurisdiccional. Con especial énfasis en que el control más eficaz de la tutela será el encomendado al tribunal del lugar de residencia del incapacitado.

II. Crítica a la interpretación del Tribunal Supremo

1. En primer lugar, conviene apuntar que no existe un apoyo normativo expreso que consienta la falta de aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* a los procesos que nos ocupan, por más que nuestro TS se empeñe en derivar esta conclusión de lo expuesto en los arts. 52.5 LEC y 63.1 LEC 1881[3], –que recordemos están previstos para controversias y expedientes de jurisdicción voluntaria referentes a aspectos de la guarda, asistencia y representación del incapaz–, por cuanto que la regla específica y especial de competencia para el proceso de incapacitación se recoge en el art. 756 de la LEC y, como ya hemos señalado, este precepto no incluye ninguna mención explícita en torno a los efectos de la litispendencia, siendo lo más lógico en una interpretación sistemática atender a los arts. 410 a 413 LEC que regulan esta cuestión con carácter general, en lugar de extraer una consecuencia implícita de preceptos que establecen fueros para solventar situaciones de las que la incapacitación es presupuesto.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, admitiéndose la plena aplicación de los citados arts. 410 a 413 LEC, los litigios o expedientes de jurisdicción voluntaria para los que los arts. 52.5 y 63.1 LEC determinan la competencia territorial se plantearán siempre tras la conclusión del procedimiento de restricción de la capacidad, habiéndose cumplido ya el *dies ad quem* de la litispendencia de este proceso –fijado en el momento de su terminación– y siendo, por tanto, perfectamente posible que, como consecuencia de los cambios de residencia del incapacitando, el tribunal territorialmente competente para fiscalizar los aspectos del régimen de guarda y para discernir sobre las cuestiones de representación sea distinto del que conoció del proceso. No obstante, insistimos, ello no se deberá a que no rija la *perpetuatio iurisdictionis* derivada del proceso de incapacitación inicial sino a la desaparición de la litispendencia debida a la terminación del proceso de incapacidad y a la vigencia de normas que atienden, igualmente, al lugar de residencia –o domicilio en caso del art. 63 LEC-1881– para atribuir la competencia territorial en procesos y expedientes sobre cuestiones tutelares.

2. Sentado este apunte sobre la interpretación sistemática de los arts. 756, 52.52 LEC y 63.1 LEC-1881 realizada por el TS y manifestado nuestro desacuerdo con la misma, es preceptivo replantear la cuestión atendiendo a los argumentos teleológicos que proporciona nuestro más alto Tribunal:

2.1 Por lo que respecta a la protección del presunto incapaz, creemos que no es ocioso señalar que la reseñada interpretación del TS produce, a nuestro juicio, un efecto justamente inverso al que proclama. En esta dirección, puede apuntarse que el hecho de que el Juzgado territorialmente competente varíe cada vez que se produce un traslado del

[3] *Vid*., entre otros: ATS, Sala 1ª, de 11 de septiembre de 2012 [EDJ 2012/206559]; ATS, Sala 1ª, de 17 de abril de 2012 [EDJ 2012/76935]; ATS, Sala 1ª, de 15 de febrero de 2011 [EDJ 2011/11942]; ATS, Sala 1ª, de 22 de junio de 2010 [EDJ 2010/197943]; ATS, Sala 1ª de 17 de abril de 2012 [2012/76935]; ATS , Sala 1ª, de 14 de septiembre de 2010 [EDJ 2010/ 203771]; ATS, Sala 1ª, de 19 de enero de 2010 [EDJ 2010/10154].

presunto incapaz lo único que provoca es una demora en la creación del estado de incapacitado y por ende en la constitución del estado de protección que, hoy día y tras la Convención de Nueva York, aspira a propiciar la integración del sujeto en cuestión en el tráfico jurídico. Esta conclusión es lógica si se tiene en cuenta el tiempo que transcurre entre la remisión de los autos al Juzgado Decano del partido en el que ha aparecido la nueva residencia del incapacitando, el reparto del asunto y el comienzo de la actividad de un órgano jurisdiccional generalmente sobrecargado de trabajo[4].

Por otra parte, como empieza a demostrar la creciente jurisprudencia en esta materia, la exclusión de la *perpetuatio iurisdictionis* combinada con el fuero de residencia efectiva del demandado es un caldo de cultivo idóneo para la promoción de cuestiones de competencia negativas (arts. 51 y 52 LOPJ y art. 60 LEC). Estas últimas doblan exponencialmente el tiempo de resolución del proceso, mostrándose poco respetuosas con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 de la CE y dificultando el acceso a la justicia que proclama el art. 13 de la Convención.

2.2 En cuanto a la *inmediación* del Juzgador con el presunto incapaz para la práctica de la diligencia del examen preceptivo de éste prevista en el art. 759 LEC, creemos que el T.S realiza una interpretación en exceso amplia de lo que debe ser la inmediación y en exceso restrictiva de las formas de conseguirla. En efecto, cuando nuestra doctrina alude a la inmediación lo hace refiriéndose a la necesidad de que el juzgador tome contacto directo con la actividad probatoria en base a la cual otorgará o denegará la tutela judicial solicitada (arts. 137 LEC y 229.2 LOPJ). De ahí, que no tenga por qué predicarse una pretendida proximidad espacial continua entre el juez que decidirá sobre la incapacitación y el lugar en el que se halle el presunto incapaz. Sin duda el que el juez y el incapacitando se encuentren en el mismo territorio proporcionará una mayor comodidad a la hora de practicar la diligencia del art. 759 LEC, pero sería erróneo entender que para lograr la inmediación ambos sujetos deben permanecer en todo momento en el mismo lugar o que sólo el juez del partido judicial en que resida el incapaz puede conseguir la inmediación respecto a esta prueba.

Así las cosas, la exigencia de plena inmediación cercena la posibilidad de acudir al auxilio judicial (arts. 169 y ss. LEC y 273 y ss. LOPJ) para practicar la prueba antedicha cuando el demandado se haya trasladado a otro partido judicial. Sin embargo, lo anterior no significa que no exista forma alguna de alcanzar el contacto directo del juez con el sujeto al que ha de examinar, pues bastará con que aquél haga uso de las facultades que le confieren los arts. 129.3 *in fine* LEC y 275 LOPJ, desplazándose al lugar donde éste resida o se encuentre internado o ingresado. Opción que, creemos, es siempre preferible en términos de economía procesal a remitir los autos al tribunal del lugar de residencia, esperar a que éste los provea y examine su competencia, tras lo cual –todo sea dicho– puede ocurrir que el órgano al que se remitieron los autos se declare de nuevo incompetente por haber vuelto el demandado al partido judicial donde se ejercitó la acción o por haberse trasladado a uno distinto de estos dos últimos.

2.3 En relación con el tercer argumento, concretado en la eficacia y efectividad de la tutela jurisdiccional –sobre todo en lo relativo al control y fiscalización de la guarda del incapacitado– cabe recordar que una cosa es el proceso de incapacitación y otra muy distinta las actividades complementarias de jurisdicción voluntaria o cuestiones litigiosas que puedan surgir a raíz de la incapacitación. Con ello no hacemos sino insistir en una idea ya

[4] Suponiendo que no exista un Juzgado especializado en tutelas qué esté únicamente dedicado al conocimiento de estos asuntos. Hoy por hoy, el número de estos juzgados especializados creados al amparo del art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ– es todavía insuficiente.

apuntada, cual es que, de aplicarse la *perpetuatio iurisdictionis*, llegará a su término final con la conclusión del proceso de incapacitación, por lo que la competencia territorial del órgano encargado de resolver sobre las cuestiones derivadas del nuevo estado civil habrá de determinarse conforme los arts. 52.5 LEC y 63.1 LEC-1881.

De ahí que, desde la óptica de la efectividad del control de la tutela, sea absolutamente factible predicar la plena compatibilidad de la *perpetuatio iurisdictionis* en el proceso de incapacitación con el posterior traslado de los autos al juzgado del nuevo lugar de residencia del incapaz, para que sea aquél el que vigile el desempeño de la guarda con una mayor proximidad. Lógicamente, cuestión distinta es si este segundo juzgado, que salvo que surja algún pleito derivado de la representación y asistencia del incapaz estará desempeñando una actividad encuadrable dentro de la jurisdicción voluntaria, ha de seguir controlando la tutela si el incapaz vuelve a trasladarse.

En consecuencia, entendemos que el proceso de incapacitación será tanto más eficaz cuanto menor sea el tiempo de resolución del mismo, ya que, si lo qué se pretende es restringir la capacidad como medida de protección e integración, carece del más mínimo sentido convertir la causa en una suerte de bola de *pinball* que rebota de un juzgado a otro sometida a los vaivenes de residencia del incapacitando, retardando la finalización del proceso en perjuicio de éste. Y es que el verdadero éxito del proceso aludido –y por ende su eficacia– reside en una pronta terminación del mismo y una rápida ejecución impropia de la sentencia que conjure cualquier riesgo –personal y/o patrimonial– derivado de la situación de falta de autogobierno total o parcial soportada por el demandado[5].

III. Sugerencias para intentar paliar las consecuencias de los cambios de residencia del presunto incapaz durante el proceso tomando como punto de partida la operatividad de la *perpetuatio iurisdictionis*:

Teniendo en cuenta el aumento de tiempo en la tramitación del proceso que conlleva la línea interpretativa seguida por el TS y la consiguiente demora en la protección del enfermo o incapacitado, proponemos las siguientes notas para intentar aminorar los efectos perniciosos que puedan producir los traslados del demandado en las situaciones que constituyen nuestra hipótesis de trabajo. Como es lógico, en la consideración de las subsiguientes sugerencias partiremos de la plena operatividad de la *perpetuatio iurisdictionis*, en cuanto que efecto destinado a garantizar la seguridad jurídica:

1º.- Control exhaustivo de la competencia territorial tras la presentación de la demanda.

Lo que debería incluir la constatación por el Secretario de que el presunto incapaz reside efectivamente en el partido judicial en el que la demanda se ha presentado, pues, en la actualidad, es frecuente que se realice un mero control formal del lugar de residencia del incapaz, se admita la demanda y más tarde, aprovechando la inoperatividad de la *perpetuatio iurisdictionis*, el tribunal declare su incompetencia al constatar que el demandado no reside en su partido judicial. Algo que no sucedería de operar el efecto de la litispendencia antedicho, ya que su *dies a quo* se retrotraería al momento de la presentación de la demanda una vez admitida ésta (art. 411 LEC).

[5] Ello sin perjuicio de lo dispuesto en sede de medidas cautelares (art. 725.2 LEC), donde se autoriza al tribunal que decline su competencia a autorizar medidas de carácter urgente. Si bien podrían surgir ciertas fricciones entre este precepto y la dicción del art. 762 LEC, que se refiere expresamente al "tribunal competente".

Empero el talón de Aquiles de esta medida radicará sin duda en los medios de los que dispone el Secretario para constatar el lugar de residencia efectiva del presunto incapaz en el trámite de admisión de la demanda, ya que la LEC únicamente contempla las medidas de averiguación domiciliaria para un momento posterior, en sede de actos de comunicación (arts. 156.3, 155.1 y 161.4 LEC). Además, dichas medidas –consulta a Registros, Colegios profesionales, empresas etc. – aunque puedan resultar útiles al fin propuesto, parecen más adecuadas para comprobar formalmente un domicilio que el lugar en el que se halla el demandado de manera efectiva, pues los traslados del presunto incapaz quedarán en múltiples ocasiones huérfanos de constancia registral o documental que acredite el cambio de lugar de residencia.

Ahora bien, entendemos que la enumeración que realizan estos preceptos de las herramientas con las que cuentan los secretarios para constatar el domicilio o lugar de residencia no es un *numerus clausus*. Tal conclusión se extrae del art. 156.1 LEC donde se dispone: "(…) se utilizarán por el secretario *los medios oportunos para averiguar estas circunstancias* –lugar de domicilio o residencia– *pudiendo dirigirse* a los Registros Colegios, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a las que se refiere el apartado 3 del artículo 155".[6] Así, pensamos que la referencia concreta a "los medios oportunos" ha de entenderse hecha a los medios que puedan resultar más efectivos en orden a la averiguación pretendida en cada caso, según se trate de identificar el domicilio o lugar de residencia. En este sentido, se percibe con claridad el carácter potestativo de la perífrasis "pudiendo dirigirse", por lo que las consultas previstas en la LEC son un instrumento de averiguación más, pero no las únicas opciones de las que dispondrá el Secretario, que bien podría intentar constatar el lugar de residencia mediante llamadas telefónicas, correo electrónico, carta dirigida al lugar indicado en la demanda, fax, etc., sobre todo si estos datos constan en la demanda (art. 155.2, III LEC).

De igual manera, creemos que nada obsta a aplicar estos preceptos, previstos con carácter general para la práctica de actos de comunicación, al fin que proponemos, es decir, a la constatación de la residencia efectiva del sujeto cuya modificación de capacidad de obrar se pretende antes de fijar la competencia territorial, aunque *de lege ferenda* sería deseable una previsión legal en tal sentido.

2º.- Tramitación preferente de los procesos de incapacitación[7].

De momento esta idea no es más que un deseo no positivizado, por cuanto que una interpretación gramatical del art. 753 LEC parece reservar este tipo de tramitación únicamente para los procesos de incapacitación de menores. Sin que, por lo demás, sea un planteamiento totalmente desconocido entre algunos profesionales de la magistratura[8].

No obstante, parece evidente en la mayor parte de los casos la relación indirectamente proporcional entre la rapidez con que avance el proceso y el riesgo de cambio de residencia, esto es: cuanta mayor celeridad se imprima al proceso, menores serán los riesgos de traslado del demandado.

---

[6] Algún otro precepto se refiere a la averiguación del domicilio del demandado sin indicar medidas concretas, como sucede con el art. 813.2, II LEC relativo a la competencia territorial en el proceso monitorio.

[7] Quizá esta medida podría suplirse por la creación de uno varios Juzgados de Tutelas en cada provincia. Sin embargo, somos conscientes de la endémica carencia de medios de la Administración de Justicia, por lo que intentamos proponer soluciones que no precisen un gran soporte económico.

[8] TERRERO CHACÓN, J. L., "Hacia una nueva concepción del procedimiento de incapacitación" en *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad,* Madrid: Escuela Libre Editorial, 2000, págs. 247-261, *vid*., pág. 253.

3º. Práctica del reconocimiento del presunto incapaz como prueba anticipada (art. 293 LEC) cuando tras el inicio del proceso su lugar de residencia o ingreso varíe, desplazándose el juez al lugar donde se encuentre el demandado (arts. 129.3 *in fine* LEC y 275 LOPJ).

Aun cuando tras la correcta recepción de la cédula de emplazamiento para contestar a la demanda el presunto incapaz tendría que comunicar sus cambios de residencia al tribunal (art. 155.5 LEC), lo que permitiría, incluso, realizar el reconocimiento antes del traslado del demandado (art. 293 LEC), esta situación se dará con escasa frecuencia. Así, lo normal será que el juzgador descubra este cambio una vez se haya producido, circunstancia que no debe excluir toda expectativa de inmediación, pues ya hemos apuntado la posibilidad de practicar esta diligencia como prueba anticipada (art. 293 LEC) acudiendo a los arts. 129.3 *in fine* LEC y 275 LOPJ.

Dicha opción no debe descartarse por llevar aparejada un esfuerzo judicial extra, que tampoco tendrá por qué ser tal, al menos si se tiene en cuenta la mejora de las comunicaciones inherente al siglo XXI; siendo, además, frecuente que el examen del presunto incapaz se practique como prueba anticipada.

Bibliografía

CABRERA MERCADO, R. *El proceso de incapacitación,* Madrid: Mc Graw-Hill, 1998.

CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre capacidad de las personas,* Madrid: Iustel: 2007.

CHOZAS ALONSO, J. M. *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia,* Comares: Granada, 1995.

HUERTAS MARTÍN, I. *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: aspectos procesales y sustantivos,* Granada: Comares, 2002.

SANCHO GARGALLO, I. *Incapacitación y tutela conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

TERRERO CHACÓN, J. L., "Hacia una nueva concepción del procedimiento de incapacitación" en *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad,* Madrid: Escuela Libre Editorial, 2000, págs. 247-261.

LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE CREACIÓN DE PÁGINA WEB COMO COMPRAVENTA

Jose Antonio Castillo Parrilla

1. DESCRIPCIÓN BÁSICA DEL CONTRATO DE CREACIÓN DE PÁGINA WEB

Una página web es un documento de información electrónica adaptado para la World Wide Web, accesible desde un navegador mediante transferencia por medio de servidores utilizando el protocolo de transferencia de hipertexto (http). La página web puede mostrarse tanto en un monitor o pantalla de ordenador como en un dispositivo móvil, y está escrita en lenguaje HTML o XHTML (fácilmente comprensible por el ser humano, ya que encierra las instrucciones entre corchetes – llamados tags – permitiendo que un ordenador con un programa *browser* las traduzca a lenguaje binario y pueda ejecutarlas), y que puede estar almacenado en un equipo local, bien en un servidor web remoto u "ordenador-anfitrión" (mediante contrato de hosting). El lenguaje HTML, no obstante, no es el único que puede utilizarse para elaborar páginas web (si bien es el básico); pueden usarse igualmente programas como Java o Active X, que permiten dotar a la página web de funciones más avanzadas. A efectos de su protección jurídica se consideran programas de ordenador (arts. 96 y ss LPI). En efecto, no existe gran diferencia entre una página web entendiendo por tal el concepto que acabamos de proporcionar y un programa de ordenador según el artículo 96.1 LPI. Núñez sostiene que gran parte de las teorías doctrinales asimilan la página web al programa de ordenador[1]. Ambos son objetos informáticos de primer grado ya que su base es un *software*. La diferencia reside en el ámbito en que cada uno de estos objetos informáticos presenta mayor complejidad. En el caso de los programas de ordenador, su complejidad es técnica, informática; mientras que en el caso de las páginas web su complejidad se refiere a su contenido: textos, fotografías, logotipos, gráficos, imágenes, sonidos, vídeos... sin menospreciar el programa de ordenador que sirve de base.

La complejidad de la página web incidirá en su forma de elaboración. Mientras que para elaborar una página web sencilla bastaría incluso que un lego en informática copiara el código fuente de otra página (también sencilla) de su gusto (lo cual es lícito desde la perspectiva del derecho de autor bien entendido que una página web sencilla, en lo que se refiere al *software* que la soporta, difícilmente podrá ser original); para la elaboración de una página web más compleja (*ultraconectada*) será necesario acudir a un profesional con conocimientos informáticos.[2]

Pero, ¿qué obligaciones suelen contraer las partes cuando se enfrentan a la creación de una página web? Como sabemos, los contratos pueden ser típicos o atípicos; nominados o innominados. En este caso nos encontramos ante un contrato nominado, pero atípico. La atipicidad de los contratos en nuestro Derecho puede atribuirse al art. 1255 CC, que regula la autonomía de la voluntad en la contratación. La amplia permisividad de este precepto ha permitido que la evolución de las circunstancias sociales y económicas haya generado nuevos tipos contractuales que, no estando regulados expresamente, tengan cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que a la contratación informática se refiere[3], el contrato de desarrollo de página web es un contrato de *software*, y dentro de éstos, de los llamados *de aplicación o usuario* (responde a unas necesidades particulares del usuario que encarga la obra informática especificadas en el contrato). Se trata de un contrato que persigue un determinado resultado, lo cual incidirá en su calificación como posteriormente expondremos. Por último, podemos encuadrar el contrato de creación de página web dentro de los llamados *acuerdos de desarrollo de programas*[4].

Para el estudio de los pactos surgidos al cobijo de esta nueva realidad resultan de enorme utilidad las plantillas ofrecidas por la web (precisamente una web) domestika.org[5], en las cuales he basado la redacción de este apartado. El objeto del contrato de creación de

página web (que puede encontrarse también como de creación o de diseño de página web) es *la creación de una página web e implementación de los contenidos electrónicos por parte de la empresa desarrolladora solicitados expresamente por el cliente*. En esta relación sinalagmática, la parte que desarrollará la página web se compromete a la creación de la misma e implementación de sus contenidos en tiempo y forma de acuerdo con lo establecido en los Anexos del contrato (referidos a la ejecución técnica de la obra) así como a entregar los servicios encomendados por el cliente. El cliente se obliga a realizar el pago del precio como contraprestación del servicio en el tiempo y forma pactados.

Teniendo en cuenta esta descripción somera del contrato de creación de página web, debemos centrarnos ahora en la posición que éste ocupa dentro del universo de posibilidades que ofrece nuestro Derecho contractual, tratando de dilucidar qué categoría genérica puede acogerlo tanto con carácter general como atendiendo a su dinámica habitual de contratación.

2. EL TRIÁNGULO DE LAS BERMUDAS

Aunque pudiera parecer una reflexión novedosa por el objeto concreto de nuestro estudio (el desarrollo de páginas web), la discusión ante la que nos encontramos resulta de sobra conocida en la doctrina y la jurisprudencia, al menos en cuanto a la distinción entre contrato de obra y contrato de servicios, si bien tampoco debe sernos ajena la distinción entre contrato de obra (sin suministro de materiales) y compraventa de cosa futura o compraventa simplemente[7]. Esta discusión clásica se ve acentuada por la presencia de nuevos textos europeos que, de momento, forman parte de lo que podemos llamar *soft law* o incluso son "meras" propuestas normativas, pero que sin duda conformarán el ordenamiento europeo común del futuro. Me refiero al DCFR y a la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea [2011/0284 (COD)]. En estos dos textos puede observarse una vis atractiva tanto del contrato de servicios como del contrato de compraventa hacia el contrato de obra de manera que ambos acaban eclipsando el pequeño ámbito que aún retiene esta figura.

Para intentar desentrañar este Triángulo de las Bermudas en que se encuentra el contrato de creación de páginas web debemos darnos cuenta, en primer lugar, de que no existe tal triángulo, sino que es en realidad una lucha de dos titanes (contrato de servicios y contrato de compraventa)[8] entre la que continúa reclamando su espacio el contrato de obra. No es fácil hacer una comparativa entre estas tres figuras contractuales, pero quizás deberíamos comenzar en nuestro análisis por el artículo 1088 del Código Civil. Según este precepto, *toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.* Si bien se trata de una norma que carece de un auténtico valor normativo (más bien podríamos hablar de valor descriptivo o intención didáctica del Código Civil)[9], nos permite clasificar en tres grandes grupos las obligaciones en que se basarán luego todos los contratos, a saber, dar, hacer o no hacer. La clasificación que ofrece este artículo parte de la distinción clásica que hacía Gayo entre obligaciones que comportaban un *dare* (hacer propietario o constituir un derecho real a favor del acreedor), un *facere* (observar un determinado comportamiento, ya sea hacer, no hacer, o devolver) y un *praestare* (responder de algo o garantizarlo), si bien el CC omite ésta última[10].

¿Por qué resulta tan importante esta clasificación de las obligaciones? Sin ánimo de recordar aspectos ya consabidos de la teoría general de los contratos, debemos tener presente que un contrato genera, normalmente, una relación sinalagmática que comporte obligaciones para ambas partes desde que éstas consienten en obligarse respecto de otra a dar alguna cosa o prestar algún servicio (1254 CC). Si nos fijamos, esta clasificación de obligaciones guarda relación con el artículo 1089 CC (especialmente si entendemos que el *facere* que conlleva la prestación de un servicio puede ser, siguiendo lo escrito antaño por Gayo, dinámico o positivo – hacer – o estático o negativo – no hacer –), pero introduce una variación, y es que se habla de *servicio*, y no de *hacer o no hacer*. Resulta llamativo que el artículo 1254 CC clasifique las obligaciones del contrato en dar una cosa o prestar algún servicio (lo cual parece una especificación del art. 1089 CC) y que varios artículos más adelante el 1544 enfrente el contrato de obras y el de servicios según la obligación que genere para una de las partes (quedando la otra, en cualquier caso, obligada al pago de un precio cierto): ejecutar una otra o prestar un servicio. De la interpretación conjunta de ambos preceptos puede extraerse una argumentación según la cual la ejecución de una obra es una especificación de la prestación

de servicios a que se refiere el 1254 CC, más aún cuando el artículo 1544 CC regula en el mismo precepto tanto el contrato de obra como el de servicios. Esta tendencia a la unificación parece observarse igualmente en el DCFR[11]. Por si fuera poco, el artículo 1583 CC dice que pueden contratarse servicios para una obra determinada (lo cual no significa que se contrate dicha obra sino meros servicios para llevarla a cabo). No se nos puede escapar el hecho de que al comitente en un contrato de obra no le importa lo mucho o poco que trabaje el contratista, sino que quiere recibir el resultado de dicho trabajo para poder disfrutar de éste, y si el contratista debe proceder a la entrega del resultado (1589, 1590, 1592 y 1600 CC hacen referencia a la entrega de la cosa) no sólo está obligado a hacer sino a dar lo que ha hecho.

Debemos darnos cuenta, entonces, de que el contrato de obra participa de dos obligaciones que van unidas como si se tratara de dos caras de la misma moneda: hacer y dar. La razón de la lucha titánica entre contrato de servicios y contrato de compraventa reside justo en este punto, en las obligaciones que genera para una de las partes la contratación de una obra. Nadie confundiría un contrato de servicios con uno de compraventa, pues en el primero la relación sinalagmática se basa en *hacer* (prestar un servicio) a cambio de *dar* (pagar el precio), mientras que la compraventa consiste en un *do ut des* (entrega de la cosa a cambio del precio tal como dice el 1445 CC). Sin embargo, en el contrato de obra el contratista no sólo debe ejecutar la obra (lo cual es una obligación de hacer, más comprobable incluso que la prestación de servicios ya que se materializa en un resultado) sino que además debe entregarla. Si según el artículo 1592 CC quien se obliga a hacer una obra por piezas o medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y la pague en proporción, quien se obliga a hacerla a tanto alzado puede exigir del dueño que la reciba y la pague completa; o lo que es lo mismo, el contratista (deudor) puede exigir del comitente (acreedor) su colaboración para liberarse de la obligación contraida (de lo contrario sería el acreedor quien incurriría en mora – accipendi – al no colaborar en el cumplimiento del contrato)[12]. Es precisamente esta riqueza de obligaciones que pesan sobre el contratista la que hace entender que sendos titanes (servicios y compraventa) intenten atraer para sí la "cara" que les pertenece del contrato de obra, pero también la que justifica que respetemos el pequeño espacio que le corresponde.

A estas consideraciones hechas con carácter general debemos añadir otras más específicas referidas a la consideración como compraventas de determinados contratos de obra por el ámbito específico de la contratación en que se desarrollan. Así, por un lado el artículo 3 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías dice que *se considerarán compraventa los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción* (por tanto, el contrato de obra sin suministro de materiales será considerado como un contrato de compraventa cuando resulte aplicable el Convenio de Viena). De una forma parecida se pronuncia el artículo 115 del TRLGDCU cuando incluye en el capítulo referido a las garantías y servicios posventa y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse (es decir, contratos de obra con o sin suministro de materiales). Este último artículo, si bien no incide en la calificación que haya de tener el contrato (habla solamente de suministro de productos, de una forma descriptiva pero sin calificar el contrato), sí establece el mismo régimen en lo que se refiere a las garantías para el consumidor. Por último, y en lo que se refiere específicamente al contrato de obra informática[13], el artículo 9 del Anexo 1 parece regular como similares, a priori, tanto el contrato de compraventa como el de suministro de contenidos digitales (si bien luego excluye de éste último la creación o modificación de contenidos digitales, lo cual nos sitúa en lo que se refiere a este texto exclusivamente en la compraventa de página web futura).

3. LA COMPRAVENTA COMO TIPO CONTRACTUAL APLICABLE A LA CREACIÓN DE PÁGINA WEB.

3.1 COMPRAVENTA EN GENERAL Y DE COSA FUTURA

Rescatando la parte introductoria, debemos recordar que el contrato de obra comporta para el contratista una obligación de hacer para dar, y esto lo hace partícipe de dos de las principales figuras contractuales del Derecho privado: el contrato de compraventa (que genera una obligación de dar para el vendedor) y el contrato de servicios (que genera una obligación

de hacer para el prestador del servicio). Retomando el artículo 1254 CC, si las partes se comprometen bien a dar alguna cosa o prestar algún servicio, pudiera parecer que no queda espacio para el contrato de obra, existiendo la necesidad de decantarse entre la compraventa y el contrato de servicios (también en lo que se refiere al contrato de creación de página web).

El contrato de compraventa, regulado en los artículos 1445 a 1537 CC es el contrato por antonomasia, y el que está regulado con más detalle y precisión en el Código Civil. Huelga decir, además, que en torno a él se construye la teoría general de los contratos.

Establece el artículo 1445 CC que *por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.* Como vemos, la relacion sinalagmática de la compraventa se basa en un *do ut des*, a diferencia de lo que ocurre en el caso del contrato de servicios, basado en un *do ut facias.* En cualquier caso, como ya hemos dicho antes, la elaboración de una página web (o de un *software* en general) que quedará en posesión de quien la cree tendrá una utilidad económica menor para el cliente, que desea poder disponer de ésta (en la medida en que especifique el contrato) y sobre todo poder disfrutarla. Esta consideración hace suponer que la página web deberá ser entregada (o al menos unos determinados derechos sobre ésta o algunas partes), lo cual comporta una obligación de dar para su creador. Si bien con carácter general y en el Derecho español la entrega implica la transmisión de la titularidad en virtud de la teoría del título y el modo (artículo 609 CC)[14], habrá que tener en cuenta que precisamente en este aspecto la propiedad intelectual y la informática limita, matiza y transforma estas reglas tan asentadas en el Derecho Civil Patrimonial.

En efecto, es importante tener en cuenta los matices propios del mundo informático, pues pueden ser objeto de compraventa tanto las cosas corporales como incorporales siempre que: gocen de existencia actual o ésta se vaya a dar en el futuro y se trate de una cosa determinada e *intra commercium*[15]. Si bien las *cosas* objeto de venta más intangibles o *incorporales* en que posiblemente pensaran los redactores del Código Civil fueran los derechos (que como tales son incoporales sin perjuicio de que se plasmen por escrito para permitir su tráfico), ello no excluye que la evolución de los tiempos introduzca nuevas posibilidades subsumibles en los ancestrales conceptos de nuestra centenaria norma. Esto ocurre, por ejemplo, con los objetos informáticos. Su intangibilidad material (que no informática) no impide que puedan ser objeto de compraventa, pues pueden entregarse, si bien dicha entrega se realizará normalmente (y en algunos casos, como es el de las páginas web, necesariamente) a través de procedimientos informáticos, dentro de ese gran universo paralelo al físico que es el mundo informático.

Resulta de enorme importancia la normativa de la compraventa en cuanto a la regulación de la obligación de entrega, cuestión escandalosamente olvidada en la regulación del contrato de obra pese a que comporta, como ya hemos dicho, dos obligaciones fundamentales inevitablemente unidas de manera finalista: hacer para dar. La cosa debe ser entregada en el estado en que se encontraba al perfeccionarse el contrato, incluidos los frutos desde ese día (art 1468 CC). Si bien esta obligación de entrega, tal como está configurada, no resultaría de cómoda aplicación al desarrollo de página web (pues en el momento de perfección del contrato ésta aún no existe y menos produce frutos), sí parece interesante y plenamente aplicable a nuestro caso la presunción establecida en el artículo 1464 CC respecto de los bienes incorporales. Según este precepto, los bienes incorporales se entenderán entregados por la puesta a disposición del comprador de los títulos de pertenencia (por ejemplo, un documento en el que ambos declaren que la página web es titularidad del cliente en un determinado grado o en forma total), o, como ocurre en la SAP de Cuenca de 13 de marzo de 2003 la indicación del logotipo del cliente en una de las esquinas de la página; o por el uso que haga el comprador (entiéndase para el caso del desarrollo de página web, cliente) de su derecho (o sus derechos), consintiéndolo el creador. Resulta, aunque no fuera éste su propósito, de gran importancia en cuanto que ofrece una alternativa a la teoría del título y el modo para el caso de bienes que, como los informáticos, no pueden ser objeto de entrega en el sentido tradicional del término. En realidad, más que una forma de entrega se trata de un modo de probar (o de presumir) la realidad de una transmisión o entrega que ya se ha producido antes.[16] Por otro lado, tal como afirma el Tribunal Supremo (ej, SS de 31 de octubre de 1983 o de 11 de julio de 1992), estas formas espiritualizadas de tradición no constituyen un *numerus*

clausus, sino que deberán admitirse todos aquellos actos *de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e inequívoca revelen que el "tradens" ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del "accipiens" con evidente intención de ambas partes de hacerlo así ("animus transferendi et accipiendi dominii")* (STS de 20 de octubre de 1989)[17]. No obstante lo dicho y si bien parte de la normativa referida a la compraventa podría trasladarse al contrato de obra en tanto que regulación subsidiaria[18], parece clara la distinción entre compraventa y contrato de obra con suministro de materiales (por parte del comitente). Así lo entiende la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011/563) cuando califica como contrato de obra aquél por el cual la parte contratista (llamada vendedora en el contrato) revestía las botellas que la comitente había comprado previamente a un tercero. Más aún, será calificado el contrato como de compraventa cuando cuando el objeto sobre el que verse goce de existencia actual en el momento de celebración del mismo.

Mayor dificultad plantea, sin embargo, la delimitación entre contrato de obra (especialmente sin suministro de materiales[19] cuando la cosa no existe previamente, pues igualmente no suscitaría dudas cuando la obra consistiera en la creación, ampliación, modificación, reforma, reparación, conservación o rehabilitación de una cosa mueble o inmueble – *o incorporal* – preexistente[20]) y contrato de compraventa de cosa futura. Para entender este punto sería conveniente comenzar por dar una breve referencia de en qué consiste cada uno de estos contratos. El contrato de obra puede ser, según el artículo 1588 CC, con o sin suministro de materiales. Cuando la obra contratada es sin suministro de materiales, el contratista no sólo se compromete a aportar su trabajo a la consecución del resultado al que se obliga por el contrato sino que además aportará los materiales que dicha obra necesite[21]. Por su parte, el contrato de compraventa de cosa futura (que no tiene una regulación específica en nuestro Código Civil, si bien está consolidado en la práctica[22] y admitido por la jurisprudencia) es aquél por el que el vendedor se obliga a *entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar* (STS de 30 de octubre de 1989). En este segundo contrato, las partes pactan sabiendo que la cosa no existe, pero calculando que llegará a tener existencia en el futuro, razón por la cual estipulan anticipadamente el contrato. Pese a no estar acogido de forma expresa por nuestro texto, se entiende que sí lo hace el DCFR en su artículo IV.A.-1: 201, referido a los bienes objeto de compraventa cuando afirma que *el término "bienes" incluye los bienes que todavía no existen en el momento de celebración del contrato*.

Intentaremos delimitar ambas figuras contractuales atendiendo a tres criterios centrados en tres elementos fundamentales del contrato: la actividad a que se compromete la parte vendedora-contratista, el objeto (el proceso lógico de su creación) y la parte compradora-comitente (el grado de implicación que toma en la producción del bien).

Si nos damos cuenta, en el contrato de compraventa de cosa futura el objeto es un bien que llegará a tener existencia en el futuro. Nótese que en este caso el vendedor también contrae una obligación de hacer (*desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar*); sin embargo, no se compromete a fabricar o elaborar la cosa por sí mismo, sino tan sólo a favorecer o asegurar que ésta llegue a existir en el futuro. Independientemente de las consecuencias jurídicas que comporte la inexistencia futura de la cosa objeto de compraventa, el vendedor no se obliga a que su actividad *produzca* el resultado, sino tan sólo que ésta *sea la necesaria* para que dicho resultado, la cosa, exista. Esta diferencia de matiz parace acercarnos más a una obligación de diligencia o de mera actividad que a una obligación de resultado, y, en cualquier caso, podría acoger tanto la producción del resultado a manos del propio vendedor como su mera actividad vigilante o favorecedora de que la cosa llegue a existir conforme al cálculo que las partes han hecho de dicha futura existencia. De no existir el contrato de obra sin suministro de materiales, entendemos que sería perfectamente razonable entender que ambas posibilidades quedan contempladas en la modalidad contractual "compraventa de cosa futura"; no obstante, en la medida en que existe también la posibilidad de un contrato de obra sin suministro de materiales creemos que, por específico, debe extraerse el supuesto en que el vendedor (ahora contratista) se obliga a producir él mismo el resultado, siendo en este caso un contrato de obra sin suministro de materiales y no una compraventa de cosa futura[23].

Un segundo criterio delimitador que puede resultar bastante ilustrativo a la hora de diferenciar ambos tipos contractuales es el íter lógico en que se desarrolle el contrato. Si hablamos de compraventa de cosa futura, estaremos ante un contrato en que el vendedor ya ha creado la idea de lo que quiere vender, o esto existe o existirá *per sé* sin necesidad de manufactura (por ejemplo, unos pisos que están a medio construir o una cosecha futura de patatas como es el caso de las SSTS de 30 de octubre de 1989 o de 31 de diciembre de 1999 respectivamente). La diferencia con el contrato de obra estaría, según este criterio, en el hecho de que en el contrato de obra la iniciativa no parte del vendedor, sino del comitente, quien encarga al contratista que elabore para él una obra con unas características determinadas, independientemente de quién aporte el material. En el contrato de compraventa de cosa futura el vendedor se obliga a *entregar al comprador la cosa vendida una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar* (STS de 30 de octubre de 1989), pero ello no implica que se obligue a fabricarla por sí mismo ni menos que deba hacerlo conforme a unas exigencias del cliente, que no tienen por qué (o mejor dicho, no deben) existir. Precisamente el caso del bien a medio fabricar puede sernos útil a efectos explicativos. Queda claro que la compraventa de una cosecha antes de que ésta llegue a tener existencia es una compraventa de cosa futura; es más, en este caso vemos de manera muy gráfica la diferencia entre *desplegar una actividad* tendente a que la cosa futura llegue a tener existencia y *fabricar la cosa* por parte del vendedor. No obstante, esta diferencia se diluye en el caso de que la fabricación ya haya sido iniciada por el vendedor (incluso si ha sido meramente ideada o cabe pensar que lo fuera dado que se dedica a la producción en serie de dicha clase de bienes; por ejemplo, una empresa dedicada a la producción en serie de páginas web tipo). Podría pensarse que, acorde con el criterio que acabamos de expresar, estaríamos ante un contrato de obra ya que el vendedor está obligado a construir la cosa. No obstante, en este caso, las directrices que dicha cosa deberá tener no han sido aportadas por el cliente-comprador, sino por el propio vendedor, pudiendo darse el caso de que la cosa esté a medio construir (no gozando, por tanto, de existencia actual en el momento de celebración del contrato, pero siendo posible que las partes calculen el momento en que dicha existencia llegará a producirse).

Con estas consideraciones llegamos al tercer criterio delimitador, que puede servir de cierre en caso de que los dos anteriores no aportaran una solución clara. Se trata del grado de implicación que el cliente (llamémoslo así para considerar tanto la posición del comprador como la del comitente) tenga en el proceso productivo del bien futuro. En el caso de la compraventa de cosa futura su grado de implicación es mínimo ya que solamente *elige* la cosa, pero no la diseña (al menos en sus trazos básicos) previamente, llegando a ser posibles objetos de compraventa de cosa futura las cosechas que vendrán (en las que ni vendedor ni comprador pueden incidir en su fabricación o "diseño", si bien el primero se compromete a desplegar la actividad necesaria para que lleguen a existir). En el contrato de obra, incluso cuando éste es sin suministro de materiales, el comitente toma partido en el proceso productivo del bien. En primer lugar, la iniciativa de su creación parte del comitente, que es quien primero lo imagina y se lo explica al contratista, que será el encargado de llevar a cabo su elaboración. Seguidamente, dará al contratista las instrucciones necesarias para que sepa en qué consiste el resultado que se compromete a obtener. Interesa detenerse en este punto en lo que se refiere al contrato de desarrollo de página web, pues las instrucciones que aporta el comitente irán referidas a los requisitos funcionales de la misma, no a sus requisitos técnicos. Por lo tanto, el cumplimiento o incumplimiento atendiendo a la producción del resultado deberá analizarse a la luz de dichos requisitos funcionales y no de los requisitos técnicos de dicha página web por mucho que unos y otros estén contenidos en el contrato[24]. Como podemos ver, el grado de implicación del comitente es independiente de que aporte o no los materiales, pues se trata de ver si condiciona las características que tendrá ese objeto futuro. Evidentemente, si aporta los materiales está condicionando en grado sumo dichas características; pero el hecho de que no los aporte no quiere decir que no lo haga o no pueda hacerlo, debiendo calificarse en este caso el contrato como de obra y no como compraventa.

Hay que tener presente igualmente que al tratarse de un objeto informático de primer grado es posible (y de hecho así ocurre) su clonación. Es decir, la página web que en un momento determinado solicita el cliente no existe como tal en dicho momento (pues de lo contrario hablaríamos simplemente de compraventa o de licencia de uso), pero cuando exista será idéntica (salvo que el cliente solicite ciertas modificaciones adaptativas o menores) a aquella en

que se fijó para comprarla de una empresa y no de otra. Podría considerarse que se trata de una creación, ya que la página web nueva llega a existir tras determinadas actuaciones del informático; sin embargo, más que de una creación se trata de una clonación en la medida en que se limita a reproducir un objeto informático con idénticas características al existente. Esta labor creativa menor puede considerarse a efectos de su calificación jurídica como *actividad tendente* a que la existencia de la página web tenga lugar, más que a una creación propiamente dicha típica de un contrato de obra; sin perjuicio de que ambas actividades constituyen una obligación de hacer.

CONCLUSIONES

Todo lo examinado hasta este momento nos lleva a diversas conclusiones. En primer lugar, resulta acertado decir que en el plano teórico y a priori, la creación de una página web debe ser asemejada al contrato de obra (dicha calificación sería adecuada en el caso de contratación entre particulares – en igualdad de condiciones – en el caso de la elaboración de una página web con gran trabajo de elaboración individualizado). Pese a ello, la dinámica en la contratación electrónica y de objetos informáticos obliga a que nos preguntemos sobre su calificación teniendo en cuenta cómo suelen contratarse estos bienes, la posición que ocupan las partes, los conocimientos de cada una, etcétera.

Todo ello lleva a plantear la distinción entre la creación de una página web (entendida como contrato de obra) y la compraventa de una página web futura. En la medida en que no puede decirse que las páginas web "florezcan" o lleguen a existir sin que las partes deban producirlas (sin perjuicio de la actividad desplegada tendente a garantizar la existencia futura), no podremos hablar de compraventa de cosa futura de la misma forma que ocurre con la venta de cosechas. No obstante, podría existir una compraventa de página web futura cuando: (1) la empresa se dedica a la producción de objetos informáticos y/o específicamente a la creación de páginas web tipo y (2) el cliente pide una página web tipo de las que produce dicha empresa sin condicionar individualizadamente las características que ésta tendrá o haciéndolo en grado mínimo o adaptativo, (3) partiendo en todo momento de la iniciativa del vendedor en cuanto a dichas características e incluso a la existencia de la página y (4) limitándose su actividad a *elegir* entre el abanico de posibilidades que ofrece el mercado en general y el catálogo del desarrollador en particular.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

1. Núñez H, “El contrato de Página Web”. *Ekonomíaz.* 2002; 3er cuatrimestre (51): 74-87
2. Pantaleón Prieto F, Soler Presas A. “La protección jurídica de las páginas web”. *Anuario de Derecho Civil.* 2001. Fascículo II (Tomo LIV). 1051-1103.
3. Davara Rodríguez M A. *Manual de Derecho Informático*. 10ª Edición. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi; 2009. p. 260.

Distingue entre contratación electrónica y contratación informática, entendiendo por la primera aquella que se realiza a través de medios electrónicos cuando ello tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo, mientras que la segunda corresponde a la que tiene por objeto bienes o servicios informáticos.

4. Corripio Gil-Delgado M R. Diversidad de contratos sobre bienes y servicios informáticos. En: *Los contratos informáticos: el deber de información precontractual*. 1ª Edición. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas; 1999. p. 23-93.

Ofrece un estudio sistemático y muy completo sobre estos contratos.

5. Disponible en: http://www.domestika.org/recursos/225-modelos_de_contratos_web
6. En este sentido, son de interés textos legales que analizaremos como el Anexo 1 a la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (en adelante, Anexo), la Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CVIM), o el propio artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).
7. Díez Picazo L, Gullón Ballesteros A, *Sistema de Derecho Civil* vol. II, 9ª Edición. Madrid: Tecnos. 2001. p. 380-381.

La STS de 7/2/1982 se pronuncia a favor de la consideración de un contrato mixto de obra y compraventa.

8. Busch C. “La influencia del Derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el 651 BGB”. *Anuario de Derecho Civil*. 2012; Fascículo II (Tomo LXV). p. 717-739.

Contrasta el autor los artículos 5.2 y 2.6 de la Directiva 1011/83/UE del Parlamento y del Consejo, referido el primero al contrato de venta y el segundo a todo contrato en general (salvo el de venta) en el que el comerciante se comprometa a proveer un servicio al consumidor y éste a pagar su precio.

9. Llamas Pombo E. Comentario al artículo 1088 CC. En: Pascuau Liaño M. *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición. Granada: Comares; 2009. p. 1803.
10. García Garrido M J. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Dikinson; 1989. p. 412.
11. Ribalta Haro J. La formación de la tripartición locativa. Desde el Derecho Romano hasta la Codificación Civil. En: Vaquer Aloy A, Bosch Capdevila E, Sánchez González M P. *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia.* Tomo II. Madrid: Atelier; 2012. p. 1095-1135.
12. La STS Cont.-Advo. De 24 de noviembre de 1982, condena *por mora en la retirada de las mercancías*.
13. La STS de 12 de diciembre de 1988 fue de las primeras en tratar el contrato de obra informática.
14. Díez-Picazo L, Gullón Ballesteros A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 2 (Tomo II). Madrid: Tecnos; 2010. p. 28.
15. Díez-Picazo L, Gullón Ballesteros A. op. cit. (2010) p. 26-27
    - Sánchez González M P. op. cit. (2012) p. 776. Considera esta autora como posibles objetos de compraventa *los contratos onerosos que otorgan los derechos sobre información o datos, incluidos los programas informáticos y las bases de datos.*
    - Davara Rodríguez M A. op. cit. (2008) p. 269. En igual sentido que la anterior.
16. Bercovitz Álvarez G, Peña López F. Comentario al artículo 1464 CC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano R. 3ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; 2009. p. 1719.

En el artículo 94.1 del Anexo - apartados a) y c) – se contiene una regla similar, refiriéndose el apartado a) a contratos con consumidores y el c), por exclusión, a contratos entre particulares cuando no se deba incluir en ninguno de los dos apartados anteriores. En este caso, se adelanta el momento de la entrega a cuando el vendedor pone a disposición del comprador los contenidos digitales, independientemente del uso efectivo que haga de ellos.

17. Citada en: Sánchez González M P, Mondéjar Peña M I. Comentario al artículo 1464 CC. En: Pascuau Liaño M. op. cit. p. 2986-2987.
18. Marín López M J es partidario de aplicar por entero los remedios de la compraventa al contrato de obra.
19. Llama la atención que el Código no defina específicamente en qué consiste el contrato de obra, cosa que sí ocurre con el arrendamiento de fincas, que goza incluso de una sección dedicada a disposiciones generales (arts. 1546 a 1553 CC).
20. Rodríguez Morata F. Comentario al artículo 1588 CC. En: Bercovitz Rodríguez-Cano. op. cit. p. 1837-1841. Comillas añadidas.
21. En la práctica poco importa quién se obligue a aportar los materiales pues acabará reconduciéndose a una cuestión de ajuste del precio de la obra. Si es el contratista quien los aporta es de esperar que incremente el precio de la obra para que el coste de los mismos no suponga merma en sus beneficios en comparación con el supuesto en que los aportara el comitente. No obstante, jurídicamente aporta ciertos problemas de delimitación en la medida en que el comitente que no aporta los materiales con los que habrá de ejecutarse su obra no tiene una implicación tan cercana en el proceso productivo como el que sí los aporta. Un criterio diferente al expuesto ofrece STS de 27 de julio de 2011, que considera como venta de cosa futura la reparcelación por parte de una Junta de Compensación. Sánchez González M P (op. cit. 2012. p. 775) sostiene que puede considerarse compraventa de cosa futura el contrato cuyo objeto sea elaborado por el vendedor.
22. Tanto en el Código Civil español (art. 1271), como en el italiano (arts. 1348 y 1472), francés (art. 1130) o el portugués (art. 880).

23. En el mismo sentido, el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, citado por Sánchez González M P. op. cit. (2012) p. 775-776 (nota 20 a pie de página).
24. Davara Rodríguez M. op. cit. 2008. p. 266-267. Alerta el autor sobre el desequilibrio en la contratación informática debido al desconocimiento del usuario sobre las técnicas informáticas y los detalles de funcionamiento e implementación de los objetos informáticos.

“LA APORTACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO A LAS TESIS DOCTORALES SOBRE CONTRATOS”

María Asunción Cebrián Salvat

Universidad de Murcia

Resumen: Los trabajos de dogmática jurídica que versan sobre contratos en ocasiones no ofrecen soluciones satisfactorias a los problemas que suelen surgir a los contratantes. Una de las razones de que ocurra lo anterior es que los autores se pierden en disquisiciones teóricas pero no se plantean en sus estudios qué soluciones serían las más eficientes para las partes. En esta comunicación se pretende trasladar al foro la conveniencia de realizar este estudio desde el punto de vista de la eficiencia, y por lo tanto, desde la Economía. En primer lugar se expondrán las razones por las que conviene realizar este análisis económico en los trabajos sobre derecho privado contractual, explicando posteriormente las distintas perspectivas que puede adoptar el mismo, y centrándose especialmente en la perspectiva de la “Nueva Economía Institucional”. Se termina por advertir qué limitaciones han de tenerse en cuenta a la hora de realizarlo así como los resultados concretos alcanzados por la autora al realizar este análisis en su Tesis Doctoral.

Palabras clave: *Law and Economics*, Nueva Economía Institucional, Derecho contractual, eficiencia, metodología jurídica.

Abstract: The legal doctrine works that deal with contracts sometimes do not provide satisfactory solutions to the problems which arise to the contracting parties. This mainly occurs because the authors use to get lost in theoretical discussions but do not arise in studying what would be the most efficient solutions for the parties. This communication seeks to transfer to the forum the desirability of a study from the point of view of efficiency, and therefore, of Economics. This paper firstly analizes the reasons why you should perform this economic analysis in a study regarding Private Law Contracts. Then, it explains the different perspectives that this analysis can addopt, with a particular focus on the perspective of the "New Institutional Economics". It ends by noting what limitations should be taken into account and exposing the concrete results which were achieved by the author when conducting this econmical analysis in her Doctoral Thesis.

Key words: Law and Economics, New Institutional Economics, Contract Law, Eficiency, methodology of legal investigation.

Sumario: 1. Presentación. 2. La Perspectiva de la Nueva Economía Institucional (“NIE”). 3. Utilidades de la aplicación de la perspectiva de la Nueva Economía Institucional a la argumentación jurídica. 4. Limitaciones. 5. Conclusiones

1. Presentación.

Buenas tardes, mi nombre es María Asunción Cebrián Salvat y soy parte del departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia.

Mi tesis se titula “Los contratos internacionales de distribución y de franquicia: Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable”, y su objeto, como ya se deduce de dicho título, es intentar dar respuesta a las dificultades que se presentan en Derecho

Internacional Privado en relación a estos contratos, que son fundamentalmente dos, y que surgen cuando no hay pacto de las partes: (i) la de determinar qué jueces son competentes para conocer de los litigios derivados de estos contratos; (ii) la de establecer qué ley ha de aplicarse a los mismos.

Para poder contestar a estas dos preguntas, ha de partirse de realizarse un análisis material de los contratos de distribución y de franquicia, los cuales tienen una naturaleza y una finalidad distinta, y muy característica.

Y el primer paso que he seguido para ese análisis es el estudio de la realidad por y para la que nacen estos contratos: es decir, el estudio de su realidad económica.

Hemos de tener en cuenta que se trata de contratos mercantiles, cuya regulación responde a una realidad cambiante, así que sólo prestando atención a esta realidad se podrá dar una solución adecuada a los problemas que estos contratos vienen planteando tanto en el ámbito interno como en el internacional[1].

En esta brevísima intervención les voy a intentar acercar a mi experiencia concreta en este campo, poniéndoles de manifiesto las utilidades que este estudio económico ha aportado a mi tesis, que han sido muchas, por si les sirvieran a alguno de ustedes de ayuda en su investigación, fundamentalmente si éstas versan sobre otros contratos mercantiles.

2. La Perspectiva de la Nueva Economía Institucional ("NIE"[2])

Este estudio económico puede abordarse desde muchísimas perspectivas, tantas como escuelas han surgido en los últimos años en el estudio de la Economía.

Es necesario poner en antecedentes a todos aquellos que, como yo, somos legos en el campo de la Economía. Hasta comienzos del siglo XX, la realidad económica se venía estudiando desde un planteamiento neoclásico. Este planteamiento se limitaba a estudiar las interacciones de los agentes en el mercado basándose en el estudio de la oferta y la demanda, y en el análisis de los precios. Para ello partía de la base de que las transacciones tenían todas ellas el mismo coste (y que éste era cero), y que todos los agentes gozaban de la misma información, siendo las únicas imperfecciones posibles lo que ellos denominaban "externalidades" o "fallos de mercado".

Con el tiempo, algunos autores comenzaron a poner de manifiesto que los modelos económicos desarrollados por los neoclásicos no eran válidos para todo tipo de economías, sino únicamente para la de algunos países desarrollados, y que ni siquiera en éstos partía de presupuestos reales, puesto que no tenía en cuenta que los costes de una determinada transacción siempre son distintos, y nunca son igual a cero y que los individuos parten de un nivel asimétrico e imperfecto de información[3]. A lo anterior se suma la falta de estudio de las que podríamos denominar "reglas del juego", o instituciones, que influyen en el comportamiento económico de los agentes y que varían en el tiempo y en el espacio (por ejemplo, los derechos de propiedad, las instituciones de gobierno, las leyes, y, en un nivel muy relevante, los contratos…).

---

[1] J. FONTCUBERTA LLANES, en *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 41, señala esta falta de consideración de la realidad económica como una de las causas por las que los estudios sobre los contratos de distribución existentes hasta el momento no terminan de ser concluyentes.

[2] Las siglas se corresponden con la expresión inglesa que da nombre a esta corriente: *"New Institutional Economics*".

[3] E. BROUSSEAU Y J-M. GLACHANT, New Institutional Economics: a guidebook, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. xxiii.

Así, fueron surgiendo nuevas escuelas "hermanas", que se dedicaron a redireccionar el estudio de la economía teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente: *law and economics*, *political economy*, *behavioral economics*, *organizational economics, evolutionary economics, the economics of contracts, and new institutional economics* (NIE). Si de esta comunicación han de retener una única palabra, ésta habría de ser esta última, NIE o "Nueva Economía Institucional". Esta es la escuela que, desde mi humilde opinión, más puede aportar a un estudio jurídico sobre una figura contractual.

Esta perspectiva comienza a considerar los contratos como un condicionante importante de la economía en los años 70, aunque su origen es muy anterior (comienza ya en los años 30, con el estudio de otra de las instituciones que más puede influir en la Economía, que es la empresa -*theories of the firm*-)[4].

Como imaginarán, la aparición de una "nueva" Economía Institucional requiere de una predecesora: la Economía Institucional nació en oposición al mencionado paradigma neoclásico de la asignación de los recursos. La Nueva Economía Institucional es el resurgimiento de la corriente anterior, que se "hundió en la arena" por falta de un programa concreto de investigación.

Este modelo económico analiza los contratos desde dos puntos de vista:

- Como instrumentos de análisis de la Economía
- También como objeto de ese análisis.

Les sorprenderá que esté hablando de Nueva Economía Institucional, y que no hable de *Law and Economics*, la escuela que parece haber tenido mayor difusión en el estudio económico de las relaciones jurídicas, y en concreto de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual. La razón es la siguiente: si bien el *Law and Economics* es una de estas escuelas hermanas, que surgen con el ánimo de tener en cuenta en el estudio económico toda una serie de variables y de instituciones que antes no se tenían en cuenta (en este caso el Derecho), su visión resulta en mi opinión un tanto parcial, pues únicamente se dedica a analizar en términos económicos los contratos (esto es, los contratos como objeto de análisis), pero no se dedica a analizar la influencia de esos contratos en la economía (esto, es no trata los contratos como instrumento de análisis)[5]. Digamos que le falta la otra cara de la moneda.

He escogido por lo tanto la Nueva Economía Institucional, que nos permite no sólo estudiar el contrato desde la perspectiva económica de la eficiencia, sino también entender qué función cumple ese contrato en la cadena económica, y cuál es la finalidad para la que el mismo se ha llevado a cabo.

La NIE sostiene que los actores económicos contratan por razones de eficiencia, pero que el contrato no es un acuerdo cerrado, que contenga todas las claves para dirimir una controversia sobre el mismo en el futuro, sino que necesitará acuerdos *ex post*[6]. Éste más bien ha de ser capaz de articular un mecanismo que sea capaz de hacerlo en el momento en que se produzca el incumplimiento, pues supone que en el momento en que los agentes contratantes toman una decisión, la solución eficiente puede ser una distinta a aquella que lo sería en el momento en que surge la "crisis" del contrato.

---

[4] E. BROUSSEAU Y J-M. GLACHANT, The Economics of Contracts: Theories and Applications, Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 36.

[5] D. FRIEDMAN, ''Law and Economics'' in The New Palgrave: A Dictionary in Economics, Macmillan, Londres, 1998, pp 144–147.

[6] Esto la diferencia de otras teorías nacidas dentro del marco del *Law and Economics,* como la "teoría de incentivos", que parte de suponer que el contrato es un acuerdo perfecto.

Se trata pues de analizar qué opciones, interpretaciones o decisiones son las más eficientes para ambas partes, no sólo en el momento de la contratación, sino también en el momento en que se produzca la ruptura o el incumplimiento contractual. Todo lo anterior parte de un concepto común básico en economía, que es el concepto de eficiencia: una opción será eficiente si (i) le permite obtener su objetivo y (ii) le permite obtenerlo al menor coste posible.

Lo interesante aquí es que esta tesis general ha sido aplicada al estudio del comportamiento de los distintos agentes contratantes en muchísimos tipos de contratos, sobre todo mercantiles, pero también civiles, y tanto internos como internacionales: así existen estudios que aplican la perspectiva de la Nueva Economía Institucional a los contratos de distribución, de agencia, de franquicia, de suministro…

Estas aplicaciones a los distintos contratos nos dan datos que nos van a permitir dilucidar en cada caso muchísimas cuestiones en relación a los mismos. Principalmente te permiten identificar las razones concretas por las que las partes han llegado a contratar.

Poniendo un ejemplo concreto, en relación a la franquicia, me ha permitido identificar qué razones llevan al franquiciador (una menor inversión que la distribución directa) y al franquiciado (un mayor poder de gestión que si fueran empleados) a entrar en esta relación.

En relación al campo al que yo he aplicado esta perspectiva, el Derecho Internacional Privado, este enfoque tiene especial interés, pues supone partir del punto de que las partes intentarán regir su contrato por la ley del país que les resulte más eficiente, y que intentarán sujetarlo a los tribunales del país ante los que les resulte menos costoso contratar, lo que nos va a servir tanto para estudiar la *lege lata* como para hacer consideraciones de *lege ferenda.*

3. Utilidades de la aplicación de la perspectiva de la Nueva Economía Institucional a la argumentación jurídica

Tener presente este enfoque económico nos va a dar solución a muchos problemas que se plantean en relación a la figura objeto de estudio de la tesis:

En el caso concreto de mi estudio, que creo que es extrapolable a otros muchos casos, la aplicación de la perspectiva de la Nueva Economía Institucional me ha ayudado a dilucidar las siguientes cuestiones:

> (i) Determinación de la causa de los contratos: Ésta se encuentra muy relacionada con lo que se conoce como “finalidad económica del contrato”, un concepto muy utilizado en Derecho pero que es necesario que la Ciencia Económica llene de contenido. La f.e. del contrato de distribución es la prestación de servicios y la de franquicia, la transmisión de la propiedad inmaterial.
>
> (ii) Interpretación de cláusulas concretas de estos contratos: Tener en cuenta qué es lo más eficiente para las partes, el por qué han entrado en esa relación, encaja perfectamente en el criterio finalista del art. 1281 del CC (el de la intención de los contratantes).
>
> (iii) Estudio de las relaciones de poder presentes en las distintas relaciones contractuales: La economía nos permite “medir” variables jurídicas, sobre las que antes únicamente podríamos hacer conjeturas. Así, se puede determinar con certeza cuál es la parte débil de una relación jurídica.

En relación al tema sobre el que versa mi Tesis doctoral, esto es, los contratos de distribución, la utilidad de un estudio económico va más allá de lo expuesto. Una tesis sobre estos contratos requiere una comprensión del papel que los mismos juegan en el mercado, que no es otro que el de la organización vertical de éste. De esta cuestión se ha ocupado también muy especialmente la NIE, realizando grandes aportaciones que servirán también para entender también por qué contratan las partes.

También es especialmente interesante la realización de un estudio económico cuando el tema del trabajo a realizar tiene relación con el Derecho Internacional Privado, como es mi caso. En este campo, una de las aplicaciones más importantes sería la de la determinación de la parte débil de la relación, ya que en materia de ley aplicable, en muchas ocasiones se aplica a un contrato la ley de la parte que el legislador considera "débil" directamente, sin entrar a considerar si lo anterior es así en todo caso, o si esa parte débil puede cambiar caso por caso. También ha de tenerse en especial consideración el estudio que realiza la NIE sobre los costes del "*enforcement*" de un contrato, dentro de los cuales se estudian los costes de acudir a juicio, y las diferencias entre acudir a un tribunal o a otro.

4. Limitaciones

Hemos de tener en cuenta que la Nueva Economía Institucional no es una teoría "infalible", es decir, que no puede guiarnos a ciegas en el estudio o la investigación de las figuras contractuales. Ésta nos puede ser de gran ayuda, pero no nos puede hacer perder nuestro sentido jurídico.

Ha de tenerse en cuenta que en ocasiones esta teoría funciona como un "todo", es decir, que el contrato en general sirva para maximizar la eficiencia de sus partes no significa que todas y cada una de sus cláusulas por separado sean la más eficiente para ambas. En ocasiones, las partes de una negociación contractual ceden en algunas cuestiones para conseguir otras. De este modo, no todas las cláusulas son la solución más eficiente para las dos partes, pero sí puede que sea la "mejor solución" en relación con el resto del contrato.

5. Conclusiones

Una vez dicho lo anterior, queda patente que la aportación de la Nueva Economía Institucional al estudio de las relaciones contractuales es un gran valor, por lo que animo a todos los presentes a que dediquen al menos algún momento de su investigación a la lectura de aquellos estudios que analizan los contratos sobre los que versa el trabajo en que estén inmersos en términos de eficiencia.

Muchas gracias por su atención, y quedo a su disposición para cualquier cuestión que quieran plantearme.

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN RELACIÓN A LAS PENAS MUY LARGAS DE PRISIÓN EN DERECHO PENAL ESPAÑOL[1].

Noelia Corral Maraver

RESUMEN.

El presente artículo expone someramente la metodología seguida para el análisis de los delitos castigados con pena muy larga de prisión a lo largo de la reciente historia de España, desde el código penal de 1848 hasta la actualidad. Se trata de ubicar cada reforma dentro de su contexto histórico-político para comprobar si es cierto que bajo gobiernos de ideología conservadora tiende a producirse un endurecimiento de las leyes penales mientras que bajo regímenes progresistas la tendencia es la contraria. Finalmente, se extraen una serie de conclusiones respecto a la diferencia entre la política criminal histórica y la actual.

PALABRAS CLAVE.

Penas muy largas de prisión. Prisión perpetua. Reforma penal. Política criminal. Política legislativa.

ABSTRACT.

This paper explains superficially the methodology used in the analysis of crimes punished by long prison sentences in Spanish Contemporary History, since the Criminal Code of 1948 up to now. We place each reform in its historical and political context to check whether or not it is correct that Governments of conservative ideology always tend to the toughening of Criminal Law while the progressives Governments have the opposite trend. Finally, we draw some conclusions about the difference between our historical and current criminal politics.

KEY WORDS.

Long prison sentences. Life imprisonment. Criminal law reform. Criminal politics. Legislative politics.

1. BREVE INTRODUCCIÓN.

Pese a lo que en un primer momento pudiera parecer al tratar un tema sobre derecho histórico, no existen muchos estudios en profundidad sobre la evolución de la legislación criminal en nuestro país[2]. Son muy frecuentes las referencias en obras generales –especialmente manuales de Derecho penal, Parte General[3]- a los diversos Códigos penales o leyes históricas,

[1] El presente trabajo es una breve exposición del objeto y metodología seguida en la investigación que fue objeto de mi trabajo fin de Máster para el Máster de Derecho penal y Política criminal de la Universidad de Málaga, defendido en marzo de 2013 bajo el título: *La evolución de las penas muy largas de prisión en España. Análisis político criminal de las reformas del Código penal en esta materia desde 1848 hasta la actualidad, con especial referencia a la pena de prisión perpetua*.

[2] Como excepción, debemos citar la extensa y completa obra de Lasso Gaite, que hace un repaso por la historia de la codificación penal.

[3] Cabe citar, por la clara y bastante completa exposición de los diversos códigos, su procedimiento legislativo y vigencia, a Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. *Tomo I, Introducción*; Rodríguez Devesa, J.M./ Serrano Gómez, A. *Derecho penal español. Parte general; y* Tomás y Valiente, F., *Manual de Historia del Derecho Español.*

si bien normalmente dichas menciones se hacen con intenciones meramente anecdóticas, sin un mayor interés en examinar en detalle una legislación ya derogada[4].

Lo mismo cabe afirmar de los estudios sobre política criminal, los cuales usualmente se centran en examinar las actuales tendencias, sin prestar la más mínima atención a cómo fue la política criminal de nuestras leyes pasadas. Así, en la actualidad podemos leer innumerables críticas –justificadas, sin duda- a la actual estrategia político criminal de los diferentes gobiernos que, habiendo caído en brazos del denominado *populismo punitivo* no hacen sino promover numerosas reformas del vigente Código penal encaminadas casi exclusivamente a castigar más duramente ciertas conductas delictivas. Se habla por ello a menudo de una involución de nuestro Derecho penal. Pero para extraer tan tajante conclusión no debe bastar con su mera afirmación, sino que debemos preguntarnos cómo ha sido históricamente nuestra legislación criminal y observar su desarrollo para poder así comprobar su evolución hasta nuestros días. De esa forma podremos comprobar si han existido en nuestro Derecho histórico reciente líneas político criminales fijas o eran tan solo meras improvisaciones de los gobiernos de turno.

Como sabemos, el Derecho penal ha sido siempre la rama del ordenamiento jurídico más vinculada al modelo de sociedad en el que se inserta y, por tanto, la más influenciada por los cambios en los sistemas políticos. Ello se debe a que es la parte del Derecho que se encarga de sancionar los comportamientos que atentan más gravemente contra la convivencia social, recogiendo las conductas que son consideradas más reprobables de acuerdo con el modelo de sociedad que se pretende proteger.

El Derecho penal, para combatir el incumplimiento de sus preceptos, hace uso del único medio a su disposición: la pena. Históricamente las penas principales han sido la pena de muerte, las corporales y las penas infamantes, careciendo la privación de libertad de autonomía hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX. En la actualidad, ante la desaparición en nuestra legislación de todas esas penas antiguas[5], la que incide en mayor medida en el sujeto y, por lo tanto, es más aflictiva es la pena de privación de libertad. Pero, dado que dicha pena puede tener una duración diversa, hay que precisar que en el presente estudio solo debemos centrarnos en las penas de prisión de larga duración. Las penas muy largas de prisión son en la actualidad la sanción más grave que puede imponerse a un individuo que incumpla la ley penal. Resulta por ello de especial interés estudiar cómo han evolucionado estas penas a lo largo de nuestro derecho codificado, para ver así los límites hasta donde ha llegado el Estado para mantener el orden social en cada momento histórico.

2. OBJETO Y METODOLOGÍA.

2.1. Objeto del trabajo e interés de la investigación.

El análisis que se plantea en este trabajo debe incluir las penas muy largas de prisión o perpetuas en los diferentes Códigos que han estado vigentes en España desde mediados del

[4] No ocurre así con la evolución histórica de la pena capital, que sí ha sido objeto de gran atenciónpor parte de la doctrina y en la que no nos centraremos en este trabajo. Véanse, entre muchos otros, los trabajos "*La pena de muerte y su abolición en España*", editado por Amnistía Internacional y el capítulo que le dedica Cuello Calón en su obra "*La moderna penología*".

[5] En el primer Código penal español, el de 1822, aún aparecen numerosas penas corporales e infamantes, que serán eliminadas en el Código de 1848, con la excepción de la pena de argolla, que se mantiene como accesoria, hasta la reforma de 1870. La pena de muerte, en cambio, es una constante en nuestros códigos con el breve paréntesis del Código de 1932 que la abole. Vuelve a restablecerse por la ley especial de 11 de octubre de 1934 para ciertos delitos y, posteriormente, es incluida en el Código por el decreto-ley de 5 de julio de 1938 que, además, amplía su uso. Desde ese momento la pena capital se mantiene en vigor ininterrumpidamente hasta su definitiva prohibición por la Constitución de 1978, si bien no es eliminada formalmente del articulado del código penal común hasta la LO 8/1983 de 25 de junio. Finalmente, es erradicada del Código penal militar por la LO 11/1995 de 27 de noviembre, sin bien en base al artículo 10 de la CE cabría su reintroducción en éste último en tiempos de guerra. Vid. AA.VV, *La pena de muerte y su abolición…",* 1995, p. 15-16 y 39-49; Cerezo Mir, 2005, p. 141 y 150.

siglo XIX y las reformas[6] que se han ido haciendo a éstos[7]. Iniciar el estudio en la codificación penal, tardía en nuestro país, es un buen punto de partida pues coincide con el nacimiento de la sociedad moderna[8].

En mi opinión, una indagación sobre los precedentes históricos de la legislación penal puede darnos una idea más completa sobre de donde viene y adónde va la política criminal en España y el que restrinjamos en nuestro objeto de estudio a las penas muy largas de prisión nos muestra el mapa histórico de hasta donde hemos estado y estamos dispuestos a llegar a la hora de imponer los mayores castigos.

Este tema, el de las penas máximas está lamentablemente de gran actualidad, dado que el continuo endurecimiento de las penas del Código penal de 1995 que se ha venido produciendo en los últimos años no hace sino aumentar la preocupación de los expertos ante las elevadas sanciones aun vigentes en nuestro ordenamiento. A ello se añade la nueva reforma del Código anunciada –y que probablemente será aprobada en pocos meses-, que pretende introducir en nuestra legislación una pena de prisión perpetua, lo cual solo contribuirá a agravar la situación.

2.2. Breve apunte metodológico.

Como ya se ha señalado en el subepígrafe anterior, el objeto de análisis se centra en los delitos castigados con pena muy larga de privación de libertad en los diversos códigos penales españoles de los siglos XIX y XX[9], así como en todas aquellas normas que de algún modo afecten a los delitos de que nos ocupamos e incidan en la pena.

Debemos pues delimitar qué queremos decir cuando hablamos de *pena muy larga de prisión* y para ello debemos partir de un concepto contemporáneo de la misma. En la actualidad, en nuestra legislación, podemos hablar de pena de muy larga duración cuando ésta tiene como límite máximo una duración de 10 años o superior. Por debajo de ese límite difícilmente puede extraerse la conclusión de estar ante una pena muy larga[10]. También debe tenerse en cuenta el límite mínimo del marco penal, que no deberá ser inferior a 5 años. Establecer un límite máximo más elevado podría dejar fuera algunos delitos con penas bastante altas y que conviene analizar desde una perspectiva político criminal. Del mismo modo, bajar en exceso este límite nos haría incluir ciertos delitos de interés en el estudio- especialmente en los códigos penales más recientes- pero desvirtuaría el objeto del trabajo, al borrar la diferencia entre penas largas y penas muy largas de prisión. Este marco penal de referencia también ayuda a poder hacer una comparación homogénea entre penas históricas, establecidas generalmente en la parte general de cada código, y las actuales, cuyo marco penal viene regulado en cada delito, sin perjuicio de que deba también acudirse a la parte general para su completa determinación.

Puesto que históricamente los distintos códigos penales han tenido una diferente estructura en su sistema de penas y diversas denominaciones para las penas privativas de libertad atendiendo a los diversos regímenes de ejecución –cadena, reclusión, prisión, presidio, etc.-, se hace conveniente, para facilitar el entendimiento al lector, citar las penas concretas que son objeto de estudio:

---

[6] Todos los textos están disponibles y pueden ser consultados en la colección histórica de La Gaceta en http://www.boe.es.

[7] Queda fuera del objeto de estudio la abundante legislación especial, no por su falta interés sino porque, dado su volumen, merecería un estudio exclusivo y pormenorizado.

[8] El código penal de 1822, pese a ser el primero en la Historia de España, no resulta tan interesante a este respecto puesto que aún mantiene numerosas penas arcaicas y su importancia fue escasa, dado que su periodo de vigencia fue excesivamente breve.

[9] En España en realidad sólo ha habido cuatro códigos penales diferentes (los de 1822, 1844, 1928 y 1995), siendo el resto (los de 1850, 1870, 1932, 1944 y 1973) simplemente amplias reformas del de 1848.

[10] Sobra explicar que las penas actuales son en general mucho más cortas que las históricas, por lo que se aprecia un gran salto cuantitativo entre las penas de mediados del siglo XIX y las actuales.

- En el Código penal de 1848 se analizan las penas de cadena perpetua y cadena temporal (de 12 años a 20 años), las de reclusión perpetua y reclusión temporal (de 12 años a 20 años), la pena de presidio mayor y la pena de prisión mayor (ambas con una duración de 7 a 12 años).

- En la versión reformada de 1870 nos ocupamos de las penas de cadena perpetua y cadena temporal (de 12 años y un día a 20 años), las penas de reclusión perpetua y reclusión temporal (de 12 años y un día a 20 años), la pena de presidio mayor y la pena de prisión mayor (ambas con una duración de 6 años y un día a 12 años).

- En los Códigos de 1932 y 1944 (ambos, versiones reformadas del Código de 1848) se produce una simplificación del catálogo de penas, al desaparecer las penas perpetuas y un cambio en la nomenclatura de algunas otras. Estudiaremos aquí pues, los delitos sancionados con penas de reclusión mayor (de 20 años y un día a 30 años), de reclusión menor (de 12 años y un día a 20 años) y de presidio mayor y prisión mayor (ambas con una duración de 6 años y un día a 12 años).

- Por último, debemos señalar las penas que nos serán de interés en los Códigos penales de 1928 y 1995, cuya estructuración del sistema de penas difiere bastante del resto. Estos Códigos atribuyen una pena numérica a cada delito, con un marco penal que impone un límite mínimo y un límite máximo, no siendo en principio necesario acudir a la parte general para conocer la duración de la pena. En ambos textos legales, vamos a centrarnos en los delitos castigados con pena privativa de libertad que alcance los 10 años de privación de libertad como límite máximo, siempre que el límite mínimo establecido no sea inferior a 5 años. No obstante, no conviene respetar tal previsión en aquellos casos en que los marcos sean extraordinariamente amplios, aunque el límite mínimo esté por debajo de lo señalado[11].

En cuanto a la metodología seguida, al inicio de la investigación se formula la siguiente hipótesis: bajo sistemas políticos más conservadores las penas de privación de libertad tienden a aumentar o a ampliarse a un mayor número de delitos, mientras que bajo sistemas más progresistas la tendencia suele ser la inversa. Esta tendencia también se debe ver reflejada en las penas de muy larga duración.

Para tratar de confirmar o falsar dicha hipótesis, se han analizado los delitos para los que se prevén penas muy largas según el criterio arriba señalado, así como las reformas que han afectado a éstos, aumentando o disminuyendo la penalidad. También debe atenderse a otros aspectos relevantes como, por ejemplo, las eventuales despenalizaciones, la ampliación de tipos delictivos cuando ésta sea reseñable, algunas reformas en la parte general de los códigos que de algún modo incidan notablemente en la duración de las sanciones (indultos preceptivos a partir de cierto tiempo de cumplimiento, beneficios, libertad condicional…), reglas de los concursos de delitos, grado de discrecionalidad judicial, etc. [12]

3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

[11] Existen textos que prevén penas excesivamente indeterminadas con una duración que puede ir desde seis meses o un año a veinte años –así ocurre en algunos preceptos del Código penal de 1928 y del de 1932-, por lo que en estos casos se debe hacer una excepción al marco teórico aquí previsto para no dejar fuera del estudio interesantes preceptos que podían llegar a prever sanciones de gran dureza si se aplicaban en su grado máximo.

[12] El grueso de este trabajo de investigación consiste en la recopilación de las diferentes normas de las que se habla en el epígrafe segundo, para proceder al análisis de las penas privativas de libertad de una gran duración, viendo su evolución en el tiempo y la relación entre esta y los cambios en los gobiernos y sistemas políticos a lo largo de los siglos XIX y XX. Por motivos de espacio, no es posible incluir aquí el cuerpo de un trabajo tan extenso, y conviene pasar directamente a exponer algunas de las conclusiones y notas relevantes que han podido extraerse del estudio.

Del estudio de todos esos textos se pueden extraer una serie de conclusiones, si bien provisionales y que seguramente requieran de una mayor profundización. Se puede afirmar que la hipótesis planteada, a saber, que bajo sistemas de gobierno conservadores las penas muy largas tienden a aumentar o expandirse a un mayor número de tipos penales mientras que bajo sistemas progresistas la tendencia es la contraria, se cumple en gran cantidad de ocasiones. Así, en determinadas épocas históricas regidas por gobiernos conservadores suelen endurecerse los delitos sancionados con penas muy largas. Esto puede observarse en el Código penal de 1848, la reforma de 1850 y el Código de 1944, entre otros textos de menor entidad, siendo especialmente duros en relación a los delitos políticos. Por otra parte, bajo regímenes de características más progresistas, estas penas han tendido tradicionalmente a suavizarse (Códigos penales de 1870, 1932 y 1995).

No obstante, también observamos a lo largo de nuestra legislación histórica que la hipótesis no se cumple en numerosas ocasiones debido a factores ajenos a la ideología política gobierno de turno[13]. Cabe citar, a modo de ejemplo algunas reformas penales dictadas durante la Restauración borbónica y Código penal de 1928, que en algunos supuestos es más benévolo que su predecesor pese al régimen político en el que nace.

Centrándonos ahora en el análisis de la legislación criminal de los últimos años de nuestra historia, ya bajo un régimen plenamente democrático, se puede apreciar una quiebra de nuestra hipótesis que relaciona ideología política y endurecimiento penal, al desdibujarse las diferencias ideológicas entre la izquierda y la derecha política a la hora de afrontar las reformas penales[14]. Efectivamente, tras la aprobación del Código penal de 1995, la mayor parte de las numerosísimas reformas hechas al mismo han ido encaminadas bien a aumentar la duración de las sanciones, bien a ampliar los tipos o penalizar nuevas conductas. De todas estas reformas, las que han incidido de forma notable en delitos sancionados con penas muy largas de prisión las LLOO 7/2003, 11/2003, 15/2003 y 5/2010. Sin duda alguna, la reforma más grave de cuantas se han producido es la de la LO 7/2003, que amplía el límite máximo de duración de la pena hasta los 40 años en algunos casos de concurso real de delitos[15]. Las LLOO 11/2003 y 15/2003 elevan la pena de gran cantidad de delitos, como el tráfico ilegal de personas o algunos supuestos de tráfico de drogas. También introducen nuevos tipos, como el delito de lesa humanidad o la mutilación genital sancionados con unas penas muy elevadas. Dichas normas fueron dictadas estando en el gobierno un partido conservador, el PP. En cuanto a la reforma introducida por la LO 5/2010, aprobada estando en el gobierno el PSOE, también agrava las penas –ya de por sí bastante largas- de algunos tipos, como el abuso sexual a menores, la trata de seres humanos, tráfico ilegal de personas o proxenetismo. Además, se crean los delitos de tráfico de órganos y se reintroduce el del piratería.

A pesar de que la tendencia al endurecimiento continuado de nuestra legislación criminal es innegable y de que en ella han caído los dos partidos mayoritarios, en mi opinión, aún pueden observarse ciertas diferencias entre ambos. La reforma más grave llevada a cabo hasta la fecha en lo que respecta a penas muy largas de prisión la llevó a cabo el Partido Popular a través de la LO 7/2003. Este partido, que ha asumido sin pudor el discurso de ley y orden importado desde EEUU, se propone ahora llevar a cabo una nueva reforma en la que se pretende introducir en nuestro ordenamiento una nueva sanción, la denominada *prisión permanente revisable*[16] y aumentar la duración de la pena de prisión para algunos delitos muy

[13] En estos casos suelen influir otro tipo de factores como la inestabilidad política imperante, que impide el deseado desarrollo de la legislación, o el surgimiento de nuevas escuelas o corrientes científicas.

[14] En este sentido, véase un análisis de las reformas penales realizadas al Código penal de 1995 en Díez Ripollés, J.L., *Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011).*

[15] Con esta norma se modifica el artículo 76, previéndose que la duración máxima de la pena impuesta por concurso real pueda alcanzar los 40 años cuando: 1) se cometan dos o más delitos de terrorismo estando alguno de ellos castigado con pena superior a 20 años; 2) se cometan dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados con pena superior a 20 años. Esta norma también modifica el artículo 78 para hacer preceptivo que el cómputo de los periodos necesarios para acceder a los beneficios penitenciarios, tercer grado y libertad condicional se haga sobre la totalidad de la pena impuesta en la sentencia.

[16] Consiste ésta en una pena de privación de libertad indeterminada sujeta a revisión pasado un periodo mínimo de cumplimiento, tras el cual se podrá conceder la libertad condicional siempre que concurran el resto de requisitos que prevé el anteproyecto. Dicho periodo obligatorio de cumplimiento podrá ir desde

graves, como es el caso de del delito de detención ilegal cuando no se dé razón del paradero de la víctima o de los delitos de incendios. También se pretenden introducir nuevas agravantes que cualifican el homicidio[17]. Por su parte, el PSOE no ha llegado nunca tan lejos en esta carrera por el endurecimiento penal, pese a haber podido aprovecharse de los réditos electorales que ello siempre conlleva y ha venido manteniendo un discurso un tanto ambiguo en este tema. El arraigo del discurso de la inseguridad ciudadana ha calado de tal modo en la ciudadanía, que tampoco la izquierda se resiste a adoptar medidas más duras contra cierta criminalidad para no disgustar a un electorado muy preocupado por el supuesto aumento de la delincuencia[18].

En definitiva, mientras que normalmente la trayectoria de la legislación penal histórica oscilaba en función del sistema de gobierno y el partido en el poder, en la actualidad vemos cómo las diferencias ideológicas han perdido relevancia, frente al auge del modelo penal de la seguridad ciudadana, también conocido como del *populismo punitivo*[19]. Se está conformando así una política criminal que tiende a la exclusión social, especialmente de ciertos individuos considerados enemigos de la sociedad y para los que se reservan las mayores sanciones[20].

Lo cierto es que estamos asistiendo en nuestros días a una clara involución de nuestro derecho punitivo en algunos aspectos. En lo que a las penas muy largas respecta, pueden ahora llegar a ser superiores -en cuanto a sus límites máximos- que en épocas anteriores en las que el sistema político no podía jactarse de ser ni democrático ni de Derecho. Así, los límites máximos a las penas privativas de libertad previstos en el actual Código penal pueden llegar a ser de 40 años mientras que en el Código de 1944 (y en el Texto Refundido de 1973) no podían superar los 30 años[21] y existía la institución de redención de penas por el trabajo, que reducía en la práctica las condenas hasta en un tercio. A ello se suma que el anteproyecto de Código penal en marcha planea la reintroducción de un tipo de prisión perpetua, pena que no ha estado vigente en nuestro ordenamiento desde 1928[22]. Todo esto nos ha de llevar a reflexionar sobre a dónde nos está llevando este modelo político criminal y también sobre si, dado que el sistema penal está tan íntimamente ligado al sistema político, no estaremos ante una tendencia más amplia y preocupante de degradación del sistema democrático en nuestra sociedad actual[23].

4. BIBLIOGRAFÍA.

AA. VV., *La pena de muerte y su abolición en España*, Ed. Amnistía Internacional, Madrid, 1995

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tomo I, Introducción. 6ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2005

---

los 25 a los 32 años, según los supuestos. La mayor parte de la doctrina es contraria es esta nueva sanción. Vid., entre otros, Cuerda Riezu, A. "*La cadena perpetua y …"*

[17] Todas estas proyectadas reformas se recogen en el anteproyecto de reforma del Código penal de 2012 (modificado en abril de 2013) y está disponible en http://www.mjusticia.gob.es Estas propuestas de modificación están alentadas por las presiones populares ante la exorbitada atención mediática a algunos casos de especial gravedad, como los de Marta del Castillo, Mari Luz Cortés o José Bretón.

[18] Véase Diez Ripollés, 2007, pp. 4-26

[19] Ibíd., pp. 69-100

[20] Me refiero especialmente a los autores de delitos de terrorismo, los delitos cometidos mediante una organización criminal o los delitos sexuales. Sobre el concepto de enemigo, famosa es la exposición de Jakobs, quién llega incluso a defender la necesidad de dicho concepto. Vid. Jakobs/Cancio Meliá, 2003, págs. 33-56. Sobre los peligros del concepto de enemigo en el Derecho penal, vid. Zaffaroni, 2006, pp. 18-21, 142-150 y 159-164

[21] Sólo podía aplicarse la una pena de 40 años en un caso: cuando la pena a imponer fuese la pena superior en grado a la de reclusión mayor –que era de 20 a 30 años-.

[22] En la práctica dejó de usarse con la reforma penal de 1870, al preverse el indulto preceptivo de los reos pasados 30 años de cumplimiento.

[23] El profesor Ferrajoli señala en un interesante estudio cómo se está produciendo en Italia un proceso de destrucción del sistema constitucional impulsado tanto por el poder político –desde arriba- como por la sociedad civil –desde abajo-. Dicho fenómeno está teniendo lugar también en otros países occidentales, entre ellos España. Vid. Ferrajoli, "*Poderes Salvajes. La crisis…*", 2010.

COBO DEL ROSAL, G. *Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal*, en Anuario de Historia del Derecho Español. Núm. LXXXI, Enero 2011. Págs 921-972.

CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*), Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

CUERDA RIEZU, A. *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Editorial Atelier. Barcelona 2011

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003*. Estudios penales y de política criminal. Idemsa, Lima, 2007. Págs. 875-903.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011).Parte I y II.* Boletín Criminológico, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, nº 142-143, marzo y abril, 2013.

FERRAJOLI, L. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez), Ed. Minima Trotta, Madrid, 2011.

JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M. Derecho penal del enemigo. Cuadernos Civitas, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Codificación española*. Volumen I. Ministerio de Justicia, Comisión general de publicaciones, Madrid, 1970.

LLOBET ANGLÍ, M. *La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias*, en Revista Indret, Barcelona, enero, 2007.

MUÑOZ CONDE, F. *Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado*. En León Villalba, F. J. (coor), Derecho y Prisiones hoy. 2003, pp. 13-24

NISTAL BURÓN, J. *¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de "cadena perpetua" como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?* La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Nº 68, 2010. Págs 31-37.

PALACIOS BAÑUELOS, L. *España, del liberalismo a la democracia* (1808-2004). Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2004.

POZUELO PÉREZ/ DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Los medios y las penas*, publicado en El diario.es con fecha de 29 de agosto de 2012.

REDONDO HERMIDA, A. *La cadena perpetua en el derecho penal español*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Nº 62, 2009, pp. 81-86.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Constituciones y códigos (1808-1978)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Ed. Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1986.

ZAFFARONI, E. *El enemigo en el Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

HACIA UN *JUS COMMUNE* EN MATERIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL.

La incidencia del voto particular en la jurisprudencia del TEDH

Jonatan Cruz Ángeles[1]

RESUMEN: En el presente artículo mostraremos la labor del voto particular (disidente o concurrente) en el *iter jurisprudencial* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de no discriminación por razón de orientación sexual. Trataremos de analizar cómo en las últimas décadas, el voto particular ha influido en la labor del Tribunal, llegando a transformarse en parte de la postura mayoritaria actual. Para ello, nos serviremos de varios casos/sentencias tipo, que han supuesto todo un hito en lo que se refiere a adquisición de derechos y conformación del estatuto jurídico del ciudadano europeo homosexual. (tocando temas tan controvertidos como: la exclusión de las fuerzas armadas por razón de orientación sexual, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la adopción homoparental, o el derecho a ser beneficio del seguro de vida del *partner* homosexual)

ABSTRACT: In this article, we will show how the particular dissenting opinion impacts on the jurisprudence of the European Court of human rights. We will try to analyze how a particular vote may become settled case law. To that end, we serve of several test case which have been a milestone in reference to the acquisition of rights and creation of the legal status of homosexual European citizen.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, orientación sexual, no discriminación, derechos humanos, voto particular.

Key words: European Court of Human Rights, sexual orientation, non-discrimination, human rights, dissenting vote.

Introducción

El tratamiento que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *(en adelante, el Tribunal)* ha reservado para la orientación sexual puede leerse como una "tímida evolución" que va de la justificación de la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia. Pasando por un periodo de transición marcado, en un primer momento, por la tolerancia y luego por una igualdad restringida. "Si ciertos derechos fundamentales como el matrimonio o la filiación son aún denegados a las parejas del mismo sexo, el individuo homosexual se encuentra en la actualidad plenamente protegido inclusive, aunque parcialmente, en su vida familiar".[2]

---

[1] Doctorando en Derecho Internacional Público, en cotutela internacional entre la Universidad de Jaén (España) y la Universidad de París X, Ouest Nanterre. Email de contacto: 3618@icajaen.es

[2] BORRILLO, DANIEL., "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 11/2011 (Segunda Época), p. 2

En este contexto, el control del juez internacional sobre el margen de apreciación nacional en materia de no discriminación por razón de orientación sexual se realiza de forma supletiva. En caso de que el Estado no cumpla de forma satisfactoria su función de respeto del individuo, el demandante o peticionario tendrá la posibilidad de acudir a una institución supraestatal para hacer valer sus derechos. Esta estructura piramidal se sustenta de tal manera que el Estado tenga un amplio margen de apreciación para resolver sus asuntos, siempre y cuando lo haga conforme a las obligaciones generales y específicas, así como a los límites intrínsecos del denominado margen nacional de apreciación, contemplados en principio, dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos[3], *(en adelante, el Convenio)* e interpretado por los Miembros del Tribunal.[4]

En este sentido, una vez emitida la Sentencia, la utilidad del voto particular no es inmediata. Cuando la mayoría de los Magistrados han emitido una resolución sobre un asunto, el voto particular no afecta en ningún sentido a esta decisión. Sin embargo, un voto particular puede sentar las bases de nuevas interpretaciones y aplicaciones de la ley. Cada vez que un Magistrado presenta su voto particular, está sugiriendo que existen líneas diferentes a las seguidas para la resolución del asunto. Con el tiempo, y a través de la constancia con la que se sostienen dichos argumentos, los votos particulares pueden ser materia doctrinal para explorar nuevas formas de interpretación y aplicación. Así pues, "los votos particulares de hoy pueden ser las tesis más sólidas de la jurisprudencia del mañana"[5]

1.- El Caso Smith & Grady c. Reino Unido (33985/96 y 33986/96), de 27 de septiembre de 1999[6]

En este caso, los actores Jeanette Smith y Graeme Grady tratarán de hacer valer su derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual frente al Estado de Reino Unido, al considerar que han sido suspendidos de su cargo en las Fuerzas Armadas, violando el derecho al respeto de la vida privada y familiar, contemplado en el artículo 8 del Convenio.

La Sra. Jeanette Smith (primera actora) enfermera en las fuerzas armadas de Reino Unido. Tras ser amenazada, a través de su contestador telefónico, por una mujer llamada Prévôté es interrogada por dos oficiales acerca de su orientación sexual, siendo finalmente expulsada del cuerpo. No obstante, según un documento interno del ejército de 17 de octubre de 1996, la evaluación de competencias profesionales y conveniencia personal de la solicitante es "muy buena", y el comportamiento general de la interesada es "ejemplar".

El Sr. Graeme Grady (segundo actor), destinado a Washington, enlace de defensa del servicio británico. En mayo de 1993, anuncia a su esposa su homosexualidad. Dicha información llega a oídos de su jefe, a través de su niñera. El actor es interrogado por dos oficiales, que redactaron un informe, en el que se le describe como un soldado leal y un concienzudo y trabajador que podía alcanzar la excelencia profesional. Pero, finalmente es suspendido de su cargo.

---

[3] BARBOSA DELGADO, FRANCISCO., *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de Derechos Humanos.* Xpress Studio Grafico y Digital S.A. Colombia. 2012, p. 277

[4] En la línea de pensamiento de la obra de JOHNSON, PAUL., *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. Routledge, 2012

[5] GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL., "Prólogo", en GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS., *Controversia sobre controversia,* Editorial Porrúa, 3ª edición, México, 2004

[6] Información extraída de la Sentencia original del motor de búsqueda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (HUDOC): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408

En el presente caso, se observa violación del art. 8 (respeto a la vida privada y familiar). Así como se observa violación del artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) por parte del Tribunal.

En este caso, podemos observar cómo parte de la Sala se niega a apreciar que se haya vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Véase como ejemplo el voto particular del Magistrado Loucaides, en el que se expone que aunque está de acuerdo con la mayoría de los puntos, no está de acuerdo con lo que respecta a la conclusión de que la revocación de los solicitantes del ejército debido a su homosexualidad represente una violación del art. 8 del Convenio. En este sentido, el Magistrado atiende a la exposición de motivos del Estado, que apunta la dificultad en la convivencia colectiva en el ejército. "Los solicitantes deben compartir con sus compañeros de armas heterosexuales alojamiento y otros servicios (duchas, aseos, etc.) destinados a las personas del mismo sexo."

En su opinión, las dificultades en cuestión serían similares a las que se derivan del hecho de estar en las mismas instalaciones de miembros de ambos sexos. La necesidad de vivienda y servicios para mujeres y hombres vienen determinados por la diferencia de su orientación sexual. El enfoque adoptado por el Estado no sería por tanto desproporcionado. Por lo que concluye que sería razonable adoptar una política de cierre de las fuerzas armadas a los homosexuales. Esta condición ha sido explicada a los solicitantes con carácter previo a su contratación.

En estos términos, se justifica la revocación de los aspirantes debido a su homosexualidad, en aplicación de la política del Ministerio de defensa, bajo el artículo 8 § 2 de la Convención, "siendo necesario, en una sociedad democrática, por la seguridad nacional y la defensa del orden."

En este caso, como podemos observar, se llega incluso a debatir la cuestión en torno a la conveniencia de una política de "puertas cerradas" en las Fuerzas Armadas por razón de orientación sexual, postura que será descartada rotundamente a través del propio iter jurisprudencial del Tribunal *(véase Caso Lustig-Prean & Beckett c. Reino Unido (31417/96 y 32377/96), de 27 de septiembre de 1999)*

2.-El Caso Fretté c. Francia (36515/97), de 26 de febrero de 2002[7]

En esta ocasión, el solicitante (homosexual) alega que la decisión de rechazar su solicitud de autorización para adoptar equivale a una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, protegida en el artículo 8 del Convenio.

En octubre de 1991, el actor comienza con la tramitación de un proceso de adopción. El departamento de servicios sociales y de la infancia de París abre una "investigación social" o expediente. El 18 de diciembre de 1991 se le realiza una entrevista inicial ante un psicólogo, en la que se revela su homosexualidad. Se le invita a no proseguir con el proceso. Finalmente, el 3 de mayo de 1993, se le niega al solicitante el "certificado de aptitud" de la dirección de servicios sociales. La decisión se basa en la "falta de referencia materna".

Por cuatro votos contra tres, el Tribunal determina que no existe una violación del artículo 14 del Convenio (prohibición de la discriminación) en concurrencia con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar). No obstante, por unanimidad, se determina que ha habido una violación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo)

[7] Información extraída de la Sentencia original del motor de búsqueda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (HUDOC): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60168

Se trata de un tema complejo, pues tal y como podemos leer en el voto particular de los Magistrados Costa, Jungwiert y Traja, se apunta que "la Corte debe resolver sobre el campo de aplicación material del Convenio y el margen de apreciación de los Estados." Llegando a la conclusión de que no se da una violación concurrente de los arts. 8 y 14 (como la mayoría de la sala), pero por razones totalmente distintas al resto, quieren manifestar que no es suficiente decir que la orientación sexual de una persona parte de su vida privada, como recuerda el solicitante (apartado 28 de la Sentencia). Apuntan que es un caso mucho más complejo que el de homosexuales expulsados de las fuerzas armadas por su orientación sexual. Debido a que no existe un derecho a la adopción, al no proteger el Convenio el derecho a formar una familia, por lo que no hay una injerencia del Estado en la vida privada de M. Fretté. Argumentan su exposición alegando que el art. 14 por tanto, no es aplicable (y no aplicable y no violado, como argumentan la mayoría de Magistrados) El concepto de margen de apreciación, resulta constreñido por la falta de denominador común en Europa en este ámbito (párrafos 40 y 41 de la sentencia) y el interés superior del niño. Encontramos una falta de consenso de la comunidad científica sobre el impacto en una adopción por una sola persona o una pareja de homosexuales (párrafo 42 del juicio). De hecho, la mayoría de Estados, ni que decir tiene, de alguna manera se basan en el principio de precaución.

En la misma Sentencia, en el voto particular de los Magistrados Nicolas Bratza, Fuhrmann y Tulkens, se considera que el art. 8 del Convenio no puede proteger el deseo a formar una familiar. Se tiene en cuenta dos principios importantes: no hay una existencia independiente al margen de la formulación genérica del art. 14 (Prohibición de la discriminación) y se cuestiona la existencia de la interferencia directa de autoridades nacionales. (La denegación de la adopción por homosexual). En cuanto al art. 14 analiza los elementos constitutivos de la discriminación: a) Existencia de diferencia en el trato; b) Se cuestiona si se funda sobre una meta legítima; c) El elemento de proporcionalidad. Respecto a la proporcionalidad, "podrían admitir, un cierto margen de apreciación en el ámbito de la adopción por parte de personas homosexuales". De hecho, el Tribunal no puede suplir el juicio (juicio moral) en un campo de debate en muchos países del Consejo de Europa. La Corte no se pronuncia a favor de ningún modo de familia. Por otra parte, la referencia en el presente juicio de la falta de "común denominador" de los Estados contratantes o "principios uniformes" con respecto a la adopción por parte de homosexuales (párrafo 41 de la Sentencia), puede causar una regresión en la protección de los derechos fundamentales.

La tarea de la corte es implementar los derechos garantizados por la Convención. Se debe ejercer control sobre las condiciones de aplicación del artículo 14 de la Convención y por lo tanto considerar si existe, en este caso, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados – exclusión absoluta de cualquier padre adoptivo homosexual - y el objetivo - la protección de los niños. Se llega a la conclusión de que en Francia, se deniega de forma absoluta la posibilidad de que un homosexual adopte, siendo incompatible con ese principio de proporcionalidad. Se trata de un avance complicado (incluso se habla de cierta regresión en la protección de los derechos fundamentales) en el proceso de conformación del "estándar mínimo de derechos" del ciudadano homosexual, en la esfera del derecho a "formar una familiar", pero como hemos podido observar, sumamente matizado y argumentado en los votos particulares.

3.- El Caso Enhorn c. Suecia (56529/00) de 25 de enero de 2005[8]

Nos encontramos ante un caso controvertido en el que se debate si resulta apropiado el aislamiento involuntario del paciente homosexual, ante el peligro de que pueda propagar el

[8] Información extraída de la Sentencia original del motor de búsqueda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (HUDOC): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68077

virus del VIH. El demandante nació en 1947 y es homosexual. En 1994 se detecta que está infectado con el virus del SIDA. Por lo que el médico del condado prescribe que al solicitante no le está permitido tener relaciones sexuales, sin informar previamente a su compañero acerca de su infección por VIH. Así como se considera que es necesario que utilice preservativo. A lo que se añade que debe abstenerse de consumir alcohol hasta el punto que pueda nublar su juicio, resultar dañado o pueda poner en peligro a terceros frente a su enfermedad.

El 2 de febrero de 1995 el médico del condado pidió al tribunal administrativo del condado una orden judicial para que el solicitante fuese mantenido en aislamiento obligatorio por un periodo de 3 meses, ante el incumplimiento de sus recomendaciones. Según constata el doctor, el demandante ingería alcohol, contraviniendo sus recomendaciones. En virtud del artículo 38 de la ley de 1988, se concedieron varias prórrogas al aislamiento, hasta el 12 de diciembre de 2001. Fecha en que se rechaza una petición de prórroga de aislamiento, alegando que se desconocía el paradero del solicitante y que por tanto, no se tenía información respecto a su comportamiento y estado de salud.

Por unanimidad, se condena al Estado de Suecia por haber mantenido aislado al solicitante durante 6 años y 10 meses. Se sostiene que ha habido una violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contempla el derecho a la libertad y a la seguridad.

No obstante, si nos atenemos a lo expuesto en los votos particulares de la Sentencia, en la opinión del Juez Costa podemos leer: “Es cierto que la libertad es en general la regla y la privación de la libertad la excepción. Por esa razón, la corte siempre ha tenido la visión de que las excepciones enumeradas en el artículo 5 § 1 (a) a (f) son exhaustivas y no puramente ilustrativas y que tales condiciones deben interpretarse estrictamente. El demandante, que tiene el virus de inmunodeficiencia humana, es indiscutiblemente capaz de "difundir" esta enfermedad de transmisión sexual, y que este caso no se contempla en el artículo 5 § 1 (e). El SIDA era desconocido cuando el Convenio entró en vigor, pero el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Lo que presenta la dificultad de poner en la balanza el derecho a la libertad, frente la “protección de la sociedad” y tal vez un grado de duda en la jurisprudencia del artículo 5 entre los criterios de protección contra la arbitrariedad, necesidad y proporcionalidad.”

De este modo, el Juez Costa trata de ilustrar cómo el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe interpretarse y tratar de aplicarse ante violaciones de derechos, en este caso relacionados con la orientación sexual, que no se contemplaban en el momento de su redacción, allá por el año 1950.

No obstante, si vamos más allá, en la misma Sentencia, en el voto particular del Juez Cabral Barreto, se expone: “Los hechos del caso se refieren a una privación de libertad en el contexto de las medidas que los Estados están llamados a tomar a fin de proteger a la sociedad de los actos potenciales de las personas que han contraído una enfermedad infecciosa como el virus del SIDA. El objetivo evidente de tales medidas es prevenir la propagación de una enfermedad cuyas consecuencias son excepcionalmente graves”. Está de acuerdo por tanto, con que las medidas adoptadas respecto al solicitante no eran “pertinentes y suficientes”. Sin embargo, se distancia del razonamiento relativo a la revisión de la proporcionalidad de la medida, argumentando que se hace necesario el equilibrio justo entre derechos individuales y necesidades de la comunidad.

Encontramos por tanto, en esta sentencia de 2005 la duda entre los Magistrados sobre si resulta pertinente el aislamiento involuntario de un paciente infectado con el virus del VIH, justificado por “las necesidades de la sociedad” (orden público).

4.-El Caso Schalk y Kopf c. Austria (30141/04) de 24 de junio de 2010[9]

En el presente caso, el Tribunal deberá determinar si el Convenio obliga o no a los Estados Miembros del Consejo de Europa a legalizar o reconocer legalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Los demandantes nacieron en 1962 y 1960, respectivamente. Son pareja y viven en Viena. El 10 de septiembre de 2002 solicitaron a la oficina de asuntos del Estatuto Personal (Standesamt) iniciar el procedimiento para poder contraer matrimonio. Por decisión del 20 de diciembre la Oficina Municipal rechazó su solicitud. Alegando el artículo 44 del Código Civil, que sostiene que sólo pueden contraer matrimonio dos personas de sexo opuesto. Según jurisprudencia asentada, un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo es nulo y carece de valor. Por lo que los solicitantes interponen recurso ante el Gobernador Regional de Viena, sin resultado. Acto seguido, interponen denuncia ante el Tribunal Constitucional alegando que la imposibilidad legal de poder contraer matrimonio constituye una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar y del principio de no discriminación. El 12 de diciembre de 2003 el Tribunal Constitucional desestima la demanda de los demandantes

Por unanimidad, se sostiene que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio, de forma aislada o en concurrencia con el artículo 14. Así como consideran que no existe violación entorno al art. 12 del Convenio (derecho a contraer matrimonio). Por lo que entendemos que se determina que en materia de margen de apreciación nacional. El Estado no se encuentra obligado a regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, en la opinión disidente de los Magistrados Rozakis, Spielmann y Jebens, podemos leer que no están de acuerdo con la mayoría en lo referente a la inexistencia de una violación del artículo 14 en concurrencia con el artículo 8. En este caso tan transcendente, la Corte, después de un examen cuidadoso de su jurisprudencia, ha dado un gran paso mediante la ampliación de la noción de "vida familiar" a las parejas del mismo sexo. Sirviéndose para ello del material de trabajo de Derecho de la Unión Europea (véase las directivas 200386EC de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reunificación familiar y 200438EC sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

El Tribunal ha identificado en el párrafo 93 "una creciente tendencia a incluir a las parejas del mismo sexo en la noción de familia". La Corte afirma en el párrafo 94 de la Sentencia: "En vista de esta evolución la corte considera artificial mantener el punto de vista de que, en contraste con una pareja de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de vida familiar que consagra el artículo 8. Por lo tanto, la relación de los aspirantes, una pareja de homosexuales que cohabitaban viviendo en una sociedad estable de facto, entra dentro de la noción de la vida familiar, como pasaría en el caso de una relación de una pareja de diferente sexo en la misma situación". La pareja denuncia no sólo que han sido discriminados por no poder contraer matrimonio, sino que además hasta la entrada en vigor de la ley que reconoce las uniones de parejas de hecho de diferente sexo en 2010, no tenían ninguna posibilidad de poder legalizar su situación. Se identifica una "situación relevante similar" (párrafo 99) y se destaca que "las diferencias basadas en la orientación sexual requieren argumentos de peso a modo de justificación" (párrafo 97), por lo que se considera que el Tribunal debería haber

[9]Información extraída de la Sentencia original del motor de búsqueda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (HUDOC): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605

contemplado una violación del artículo 14 conjuntamente con una violación del artículo 8 de la Convención, porque el gobierno demandado no aportó ningún argumento con el fin de justificar la diferencia de tratamiento, alegando exclusivamente el área de actuación de su margen de apreciación (párr. 80). Sin embargo, ante la ausencia de cualquier razón convincente ofrecida por el gobierno demandado para justificar la diferencia de trato, no debe haber espacio para aplicar el margen de apreciación. En consecuencia, "la existencia o inexistencia de terreno común entre las legislaciones de los Estados contratantes" (párrafo 98) es irrelevante como ya que tales consideraciones son sólo una base subordinada para la aplicación del concepto del margen de apreciación.

Por lo que podemos concluir que, aunque el Estado sirviéndose de su margen de apreciación nacional puede regular o no el matrimonio entre parejas del mismo sexo, las parejas formadas por miembros del mismo sexo entran dentro de la noción de "vida familiar", reconocido expresamente por el Tribunal en esta Sentencia.

5.-El Caso de P.B y J.S c. Austria (18984/02) de 22 de julio de 2010[10]

En el caso P.B. y J.S. contra Austria el Tribunal deberá determinar si existe o no una violación de la vida privada cuando la legislación del Estado no reconoce a la pareja homosexual del asegurado la cobertura de un seguro de salud.

Los demandantes nacieron en 1963 y 1959 respectivamente y viven en Viena. Viven juntos y mantienen una relación homosexual. El segundo solicitante es funcionario público, y contrata un seguro con Insurance Corporation (CSIC), (Versicherungsanstalt Öffentlicher Bediensteter). Solicita que se reconozca a su pareja y se le ofrezca inclusión en la cobertura del seguro. Se le deniega por no estar incluidas las relaciones homosexuales en la categoría de parientes de la ley de seguros de accidentes. A pesar de la intervención del alcalde de Viena, en su papel de gobernador regional, el CSIC mantiene su postura. Por lo que finalmente, la denuncia llega al Tribunal Constitucional en la que se argumentó que la exclusión de las parejas homosexuales de la cobertura del seguro vulneraba el artículo 8 del Convenio, en concurrencia con el artículo 14 y que por tanto, era inconstitucional. Por petición del primer demandante, el caso pasa a manos del Tribunal Administrativo, que determina que al no haber posibilidad de registro de parejas homosexuales, esa diferencia de la situación fáctica justifica un trato diferente en la ley.

El Tribunal sostiene por cinco votos a dos que ha habido una violación del artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación) en concurrencia con el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) en relación con el periodo anterior a la modificación de la ley de seguros, 1 de agosto de 2006, en la que se introduce el siguiente párrafo: "Una persona que no es pariente de los asegurados y que ha estado viviendo con él o ella en la misma casa por lo menos durante diez meses (…) se considerará como un miembro de la familia común, si (…) (c) él o ella está realizando trabajo de enfermería para el asegurado que tenga derecho a beneficios (por lo menos nivel 4) para el pago de la atención en virtud de la Ley Federal de enfermería de beneficios de atención, o conforme a las disposiciones de la ley de prestaciones de enfermería Regional cuidados de enfermería."

Aunque, dicha postura, será rebatida en el voto particular de los Magistrados Vajijc y Malinyerni, que no están de acuerdo con la opinión de que ha habido una violación del artículo

[10] Información extraída de la Sentencia original del motor de búsqueda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (HUDOC): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100042

8, en concurrencia con el artículo 14 del Convenio, durante el "primer período", de 01 de julio de 1997 al 01 de agosto de 2006, fecha de entrada en vigor del artículo 56 (6a) de la CSSAIA (véanse los párrafos 36 a 38 de la sentencia).Debido a que el 1 de julio de 1997 el primer solicitante pidió al CSIC que lo reconociera como un beneficiario del seguro de accidente del difunto (véase el párrafo 7 de la sentencia). Por lo que les resulta comprensible que, en el momento, las autoridades austriacas le denegaran la primera solicitud tomando como base el artículo 56 (6) de la CSSAIA. Sin duda, en aquel momento muy pocos Estados europeos habían promulgado legislación sobre asociaciones inscritas (como el PACS francés), y también existía un número muy pequeño de Estados que trataban de forma igualitaria, en el sistema de la seguridad social, a relaciones homosexuales, respecto de las heterosexuales. En el presente (2010), aparte de los seis Estados miembros que conceden a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse, a saber: Bélgica, Holanda, Noruega, Portugal, España y Suecia (véase el caso de Schalk y Kopf v. Austria, Nº 3014104, 24 de junio de 2010, § 27), sólo trece países han promulgado una ley sobre inscripción de parejas. La mayoría de los que sólo lo ha hecho desde el año 2000: Bélgica, Luxemburgo, Suiza y el Reino Unido en 2004, Estonia en el año 2005 y la República Checa en 2006. Sólo Dinamarca, Noruega y Suecia han promulgado dicha legislación en la década de 1990.

Por lo tanto se puede decir ateniéndonos al tiempo que no hubo *consenso europeo* en cuanto a si las parejas homosexuales debían ser tratadas en igualdad de condiciones con respecto a las parejas heterosexuales, que en estas condiciones nos resulta difícil aceptar que las decisiones tomadas por las autoridades austríacas competentes rechazando a los demandantes, entre 1997 y 2001 (véanse los párrafos 8 a 14), puedan ser consideradas como contrarias a los artículos 8 y 14 en concurrencia.

Conclusiones y propuestas

En definitiva, en los últimos treinta años, en el Sistema Regional Europeo, hemos asistido a un proceso de despatologización de la homosexualidad, de conquista de derechos civiles y políticos (libertad de expresión, manifestación y reunión, etc.). Así como a un proceso de conquista de derechos económicos, sociales y culturales (derecho de sucesión de la pareja, derecho de tributación igualitaria frente a parejas heterosexuales, etc.). Un crisol de esferas que han venido a configurar una nueva realidad europea, un estándar mínimo de derechos, que vemos, paso a paso, cómo se va extendiendo por el resto del Globo, conformando el denominado *Jus Commune*.[11]

De este modo, si observamos el *iter jurisprudencial* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegamos a la conclusión de que a través de los preceptos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: art. 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar), art. 12 (derecho a contraer matrimonio) y art. 14 (principio de no discriminación), hemos asistido a dos procesos paralelos.

[11] ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA., *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008, p. 11

1. La conquista de la vida privada y la reivindicación de los espacios públicos, en tanto que zonas o esferas en las que poder manifestar la diversidad afectivo-sexual, sin miedo a ser discriminado[12].

2. La protección del individuo homosexual en tanto que sujeto (vida privada y familiar), la reivindicación de la protección de la familia ya constituida previamente a la relación homosexual (Caso Salgueiro Da Silva) y el deseo de poder formar una familia homoparental, como tal. (Proceso todavía en vías de desarrollo)

Y por último, en cuanto al margen de apreciación nacional, observamos alusiones constantes al mismo en los votos particulares de las Sentencias:

1.- En materia de discriminación en las fuerzas armadas, en los votos particulares se llega incluso a plantear la posibilidad de adoptar una "política de puertas cerradas" a los ciudadanos homosexuales.

2.- En materia de procesos de adopción, delimita dicho margen, al servir en Francia como pretexto para descartar de forma absoluta a cualquier solicitante homosexual a iniciar un procedimiento, amparándose en el interés del menor.

3.- En materia de privación de libertad, argumentando peligro para el "orden público", por exponencial contagio de SIDA. El Tribunal constriñe dicho margen nacional de apreciación, castigando dicha conducta. No obstante, en el voto particular, se observa la duda de parte del *quórum* sobre la conveniencia o no de dicha medida.

4.- En materia de derecho a contraer matrimonio. Se confirma la libertad del Estado para decidir si regula o no el matrimonio inter parejas del mismo sexo. El margen de apreciación nacional faculta al Estado para no reconocer dichas uniones, aunque sí se requiere la regulación de las parejas de hecho.

5.- En materia de reconocimiento del *partner homosexual* como beneficiario del seguro de vida. A partir del año 2006 nos encontramos con un *consenso europeo* en materia de reconocimiento, que requiere la actuación por parte del Estado para evitar la discriminación.

Entendamos a través de este análisis el papel del voto disidente. Se trata de la herramienta a través de la cual la voz minoritaria de la Sala se hace escuchar; ya sea argumentando una restricción de derechos del ciudadano homosexual o exigiendo el reconocimiento de los

[12] BORRILLO, DANIEL., "De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual", *op. cit.*, nota 2, p. 2 ss.

mismos. Una herramienta hermenéutica, que a través del Convenio, interpreta el Consenso Europeo y modela el margen de apreciación nacional.[13]

[13] BARBOSA DELGADO, FRANCISCO., *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión. Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de Derechos Humanos.* Xpress Studio Grafico y Digital S.A. Colombia. 2012, p. 19

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Sergio del Valle Montes de Oca

Resumen

El blanqueo de dinero ha sido objeto de constantes análisis en la historia reciente y, sobre todo, en estos últimos años debido a la actual crisis económica. En esta investigación procederemos a ofrecer una aproximación del marco teórico, por un lado, desde un punto de vista dogmático, observando su tratamiento tanto a nivel nacional como internacional, así como los diferentes pronunciamientos de la doctrina acerca de la configuración de este delito.

Al mismo tiempo se ofrece una definición criminológica de blanqueo, para ello hemos decidido acudir a las distintas teorías de la criminalidad para evaluar cuál de ellas se adecua más a explicar este ilícito.

Pretendemos realizar un breve análisis de los distintos factores facilitadores del tipo de blanqueo de capitales. Éstos estarán divididos en dos grupos: por un lado, los sistémicos de la estructura económica y, por otro lado, los que provienen de la organización delictiva.

Dentro de los primeros cabe destacar la globalización, en cuanto a favorecedora del movimiento internacional de activos y del desarrollo del crimen organizado; también los paraísos fiscales, que son aquellos países que disponen de leyes que permiten el pago de menos impuestos y que se convierten en el lugar de depósito del dinero conseguido de forma ilícita. Finalmente, consideraremos la amnistía fiscal.

Por último, las causas que provienen de la organización y estructura delictiva, como es la profesionalización de los autores de este tipo de delitos, y los delitos previos, que han sido tratados de diferente forma según el país en cuanto a su consideración como requisito para que se produzca el blanqueo de capitales.

1. Una breve introducción al concepto de blanqueo

El blanqueo de capitales origina una gran preocupación tanto en el ámbito internacional como en el nacional, que se ve acrecentada en situaciones de grave crisis financiera. Esta actividad ha sido asociada de forma clásica a las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas[1], debido a que da lugar a grandes beneficios, los cuales requerían ser blanqueados para su introducción en la economía legal; esto provocó un gran interés a los Estados, los cuales se vieron obligados a coordinarse para tomar medidas que fueran eficaces[2].

---

[1] BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2012, p. 53.

[2] Sin embargo, también se ha utilizado para lavar los activos procedentes de otras actividades igualmente ilícitas como actualmente como el tráfico de armas, la trata de personas y otras formas de criminalidad organizada, además el lavado de activos ya no es una actividad exclusiva de las organizaciones criminales. DEL CID GÓMEZ, J.M., "Fútbol de evasión", en *El País*, 2007, http://elpais.com/diario/2007/12/16/domingo/1197780758_850215.html. Este artículo explica la situación actual del fútbol, en el que los clubes realizan traspasos de jugadores a precios desorbitados o contratos con jugadores a los que se les paga un sobresueldo con el objetivo de blanquear el dinero. Aunque también se puede ver en otros ámbitos como la industria pornográfica, donde el actor Nacho Vidal colaboró en el "Caso Emperador", relacionada con las mafias chinas de Gao Ping, EL PAÍS, "La red de Gao Ping usó la productora

En el ámbito comunitario, se pretende ofrecer un marco normativo que brinde una protección eficaz de esta actividad, por ello la Directiva 2005/60/CE[3], nos ofrece a modo de definición una serie de actividades que se encuadrarían en el concepto de blanqueo. En primer lugar, cita la conversión o transferencia de bienes, exigiendo que la misma se realice "*a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludirlas consecuencias jurídicas de su acto*"[4]. En segundo lugar, se incluye "*la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva de la participación en ese tipo de actividad*"[5].

También se incorpora a estas conductas las de adquirir, poseer y utilizar estos bienes, incidiendo de nuevo en que se realice "*a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad".* Y por último, se equipara a las conductas anteriores y, por tanto, se considera igualmente blanqueo de capitales "*la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución"*, de tal forma que se aprecia como la legislación equipara la conducta del mero partícipe a la del autor[6].

En el ámbito nacional el legislador español traslada las mismas conductas típicas al art. 301 CP, indicando que *"el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva…",* además se tipifica en el apartado tercero de ese mismo precepto que estos hechos pueden realizarse por imprudencia grave, con lo que amplía lo que dicta la citada Directiva, que exige que estos hechos se hayan cometido intencionadamente[7].

En este sentido, BLANCO CORDERO, define el blanqueo de capitales como el *"proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*"[8]. Esta conducta se divide en dos vertientes, desde un punto de vista amplio hace referencia "*al proceso de legitimación de los bienes que podemos considerar*

---

de Nacho Vidal para blanquear 14 millones", en *El País*, 2012, http://politica.elpais.com/politica/2012/12/04/actualidad/1354657687_769712.html.

[3] Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005. En adelante Directiva 60.

[4] Artículo 1.2.a de la Directiva.

[5] Artículo 1.2.b de la Directiva.

[6] En este sentido se postula FERNÁNDEZ ROS, J.F., "Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales", en http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201103-8257512545215963.html, 2011 (sin paginar), al expresar que debe entenderse como partícipe a aquel que adquiera beneficios o lucro y éste "*podría consistir incluso en la mera posesión de un bien, sin que tenga que redundar en perjuicio de otra persona concreta.*"

[7] Esta Directiva requiere conocimiento del origen ilícito de los bienes por lo que podemos interpretar que se limita a las conductas dolosas en la medida que incluye el término "intencionadamente". De esta forma, estamos ante un dolo reforzado, debido a las expresiones utilizadas por el legislador "sabiendo" o "a sabiendas", que excluye la imprudencia, restringiéndolo a los sujetos obligados especialmente según la normativa administrativa.

La STS núm. 16/2009 de 27 de enero, se postula exigiendo que la imprudencia "*sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectivo del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectivo. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida*".

[8] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…"*, cit. pp. 87 y 88.

manchados (dinero negro) debido a que en su origen es de carácter ilegal, y fundamentalmente originados fuera del control de las instituciones tributarias"[9]; por otro lado, desde una visión estricta alude "*exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo*"[10].

Asimismo, definimos el marco teórico del delito objeto de estudio como un "*proceso más o menos complejo (dependiendo de las circunstancias) que trata con bienes de origen delictivo y que tiene la finalidad de incorporar dichos bienes en la economía legal para transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito*"[11]; de esta forma se entenderá el "poder de adquisición potencial" como los bienes que se obtienen de forma ilícita, y el "poder de adquisición efectivo" como aquellos a los que se les ha ocultado su origen delictivo.

Un análisis criminológico precisa del uso de las distintas teorías criminológicas de las que disponemos para conseguir una mejor concreción del fenómeno criminal objeto de estudio. En este sentido, y dado que previamente hemos partido de un concepto de blanqueo vinculado a las distintas organizaciones criminales con diferentes objetivos, nos resultarán útiles para encontrar la causalidad o una explicación racional de este tipo de delincuencia la teoría de la elección racional.

Se parte de la teoría de la elección racional, según la cual los delitos son elegidos y cometidos debido tanto a las características del tipo delictivo como a las del autor; éste hace un análisis de los costes y beneficios que le otorga el delito[12]. Esta teoría es la que posee un mayor consenso en su explicación de los delitos económicos y en el crimen organizado, debido a que es un tipo de criminalidad que está dirigida a la consecución y maximización de ganancias[13].

De tal forma, el objetivo del blanqueo de capitales es el efectivo disfrute de las ganancias obtenidas por el ilícito previo, es decir, el fin es introducirlas en la economía legal, con lo que dejan de ser res*extra commercium* para convertirse en *res intra commercium*. Así, GERMÁN BERMEJO rechaza la teoría de que simplemente se oculten físicamente los beneficios obtenidos con esta actividad, puesto que ni nos ofrece una explicación racional ni se enfoca en el disfrute de los

---

[9] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…"*, cit., p. 88. En esta línea también se postula BAJO FERNÁNDEZ, M., "Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor K. Tiedemann,* Edit. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 74 y 75, al hablar de "*dinero sustraído al control de las Haciendas Públicas*", como objeto del blanqueo de dinero.

[10] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…"*, cit., p. 88.

[11] GERMÁN BERMEJO, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009, p. 147.

[12] GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P., y REDONDO ILLESCAS, S., "*Principios de Criminología*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 187 y 188. Estos autores remarcan en esta teoría la mentalidad de los delincuentes, que tienen la capacidad de ver que pueden obtener beneficios de determinadas circunstancias ilícitas, aún conociendo los riesgos que pudieran afectarle. Asimismo, McCARTHY, B., "New Economics of Sociological Criminology", en *Annual Review of Sociology*, núm. 28, 2002, pp. 417-442, comenta que "*la perspectiva criminológica de la elección racional asume que el delito puede ser comprendido considerando que las personas eligen delinquir utilizando los mismos principios de análisis coste-beneficio que usan al seleccionar conductas legales […]. Es decir, la decisión de delinquir es influida por las preferencias de las personas, sus actitudes hacia el riesgo y ahorro de tiempo, y sus estimaciones sobre las oportunidades delictivas disponibles y sus costes y beneficios, frente a la disponibilidad de oportunidades legítimas, y los costes y potenciales con los que cuentan para lograr beneficios iguales o comparables*".

[13]CLARKE, R., y CORNISH, D., "Rational choice", en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Paternoster/Bachman (Eds.), Roxbury Publishing, Los Ángeles, 2001, p. 38. También hace referencia a la teoría de la elección racional a la hora de dar una visión criminológica de este delito BLANCO CORDERO, I., "Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica", en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, pp. 118 y 119.

bienes. Aunque obviamente otro objetivo, si bien no es el fin principal, sería la ocultación de estos bienes ilícitos para evitar ser perseguidos penalmente, enmascarando así las pruebas del delito[14].

2. Factores del blanqueo de capitales

Es necesario hacer un análisis de los factores intervinientes en el delito de blanqueo de capitales, a fin de ofrecer una visión más amplia de este fenómeno y conocer la causa del delito. Asimismo, nos servirá para proponer mecanismos de control idóneos para la lucha contra el blanqueo.

Por un lado, analizaremos aquellos factores concernientes a la estructura económica, como la globalización y las diferentes políticas económicas de los Estados. Por otro lado, estudiaremos las circunstancias referentes a las características de las organizaciones criminales y la actividad delictiva previa.

2.1 Sistémicos de la estructura económica

2.1.1 Globalización

La globalización se introduce dentro de los factores sistémicos del sistema económico debido a que supone un gran aumento de la circulación de capitales. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO comenta que multiplica en gran medida "*no sólo la rentabilidad del delito, sino también las posibilidades de actuación organizada supranacional, con la consiguiente capacidad para eludir la acción de la justicia.*"[15]

El término globalización comprende "*un proceso de creciente internacionalización o mundialización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y la aparición de la empresa transnacional que a su vez produjo —como respuesta a las constantes necesidades de reacomodo del sistema capitalista de producción— nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo deslocalizados geográficamente, una expansión y uso intensivo de la tecnología sin precedentes. De cierta manera el movimiento es antagonista al comercio internacional*"[16].

En sus inicios los defensores de la globalización le atribuyeron a la misma una serie de beneficios, como el aumento del comercio internacional, el favorecimiento del intercambio cultural y la supresión de las barreras políticas y económicas[17]. A pesar de ello, no han supuesto los beneficios que se le presumían, y, además, con el tiempo hemos podido comprobar una sucesión de aspectos negativos vinculados a la seguridad económica y al orden público, la abolición de las fronteras, que ha ayudado al desarrollo de la delincuencia organizada transfronteriza, como puede

---

[14] GERMÁN BERMEJO, M., "*Prevención y castigo…*", cit., pp. 146 y 147.

[15] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. y ACALE SÁNCHEZ, M., *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2008, p.22.

[16] Por todos, RAMIRO MATEUS, J., y WILLIAM BRASSET, D., "La globalización: sus efectos y bondades", en *Economía y desarrollo*, vol. 1, núm. 1, 2002, p. 67.

[17] En este sentido, como comenta BRATOS MARTÍN, M., "Movimiento Antiglobalización. Espontaneidad y crecimiento", en *Destiempos. Revista de curiosidad cultural*, núm. 23, 2010, pp. 67-77, estos posibles beneficios son puestos en duda por los movimientos antiglobalización, que critican el hecho de que este fenómeno favorece a las grandes multinacionales y a los países en un gran momento económico, lo que hace que la diferencia con los países menos favorecidos se vea acrecentada. Estos movimientos pretenden el fomento de la utilización de los recursos originarios de cada lugar, la supresión de los paraísos fiscales y la anulación de la deuda externa. Igualmente, siguiendo a MONTOYA CERIO, F., SAMBEAT VICIÉN, A., FABRA RODRÍGUEZ, O., "La Tasa Tobin europea. Un impuesto sobre las transacciones financieras.", en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, p. 5, también solicitan la aplicación de la llamada Tasa Tobin, cuyo creador es el economista estadounidense James Tobin, y consiste en la aplicación de un pequeño impuesto en la transacción de divisas, a fin de paliar la especulación.

ser el tráfico de drogas y de armas, trata de blancas, inmigración ilegal y también del blanqueo de dinero[18].

Hay que precisar que los citados delitos ya existían con anterioridad, ya que, como comenta TERADILLOS BASOCO, con la globalización "*florecen delitos que, en sus estructuras esenciales, ya eran conocidos con anterioridad, y afrontados, más o menos acertadamente, por los Códigos penales del último cuarto del siglo XX*".[19] Por ello, se puede decir que la globalización no ha supuesto la aparición de los citados delitos, sino su expansión, así como la de las bandas de crimen organizado[20]. Actualmente, con la crisis económica este tipo de criminalidad ha ido aumentando[21], lo que no solo afecta directamente a un país, sino que además perjudica a toda la región geográfica, conduciendo a una recesión económica, la disminución de las tasas de interés y un bajo presupuesto de los países, que favorece el crecimiento de la economía subterránea y de los delitos como el de blanqueo de capitales[22].

Así pues, el fenómeno de la globalización ha ofrecido una serie de ventajas a los blanqueadores, entre las que BLANCO CORDERO considera: evitar "*la aplicación de normativas muy estrictas […] de Estados que mantienen políticas duras de control del blanqueo de capitales*"[23], también se aprovecha de las dificultades de colaboración "*judicial internacional y de intercambio de información entre países que tienen normativas diferentes, sistemas penales diferentes y también distintas culturas administrativas*"[24], beneficiándose de ésta última situación para desviar "*los bienes objeto de blanqueo a aquellos países con sistemas más débiles de control y persecución del blanqueo de capitales*"[25].

Resulta necesario el establecimiento o mejora de la normativa que haga más efectivo el control de los activos que circulen entre distintos países, así como una mayor cooperación internacional. En este sentido, nos permitirá descubrir la posible relación entre un delito cometido en un determinado Estado y los beneficios que éste produce, que pueden tener lugar en otro, debido al carácter transnacional del crimen organizado.

2.1.2 Las diferentes políticas económicas internas: paraísos fiscales y amnistía fiscal

---

[18] POPA, G. D., "Globalization and Money Laundering", en *The European Integration - Realities and Perspectives.*", vol. 7, 2012, p. 202. Por otra parte, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual.", en *Revista Xuridica Galega*, núm. 37, 2002, p. 38, y ARANBERRI ARESTI, G., "Globalización y delincuencia: un reto para la administración vasca de seguridad", en AAVV, *XV Congreso de Estudios Vascos: Donostia-Baiona, 2001. Ciencia y cultura vasca, y redes telemáticas*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2002, p. 398, establecen como aspectos negativos de la globalización las desigualdades, marginación e injusticias, que puede conducir a acciones violentas.

[19] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Sistema penal y empresa", cit., p. 22.

[20] POPA, G. D., "Globalization and Money…", cit., p. 203.

[21] En las estadísticas del Ministerio del Interior del año 2010 se puede ver un progresivo aumento de los delitos perseguidos de blanqueo de capitales desde 2008, con un gran salto de 60 puntos en 2010.

[22] POPA, G. D., "Globalization and Money…", cit., p. 203.Esto para SCHROEDER, W.R., "Money laundering. A Global Threat and the International Community's Response", en *FBI Law Enforcement Bulletin*, vol. 70, núm. 5, 2001, p. 5, provoca una corrupción que debilitaría a las instituciones democráticas y complicaría la correcta dirección de las empresas.

[23] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…*", cit., p. 58.

[24] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…*", cit., p. 58. A esta ventaja, ARANBERRI ARESTI, G., "Globalización y delincuencia…", cit., p. 403, le añade el hecho de la implantación de una moneda única (el euro), que favorece la afectación del blanqueo de capitales a más de un Estado. En este sentido, GARCÍA NORIEGA, A., "*Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado.*", Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, p. 21, indica que "*simplifican las transacciones, las abaratan y contribuyen así al lavado de fondos.*"

[25] BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…*", cit., p. 58. También está de acuerdo con esta utilidad MARTÍN BARBERO, I., "Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera", en *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2808, 2004, p. 27.

En lo referente a las políticas económicas de los Estados, estudiaremos las medidas que éstos adoptaron para contrarrestar el blanqueo de capitales y los factores que lo favorecen. Especialmente, atenderemos, por una parte, a la presencia de paraísos fiscales y cómo los países tratan de evitar que sigan actuando y, por otra parte, la amnistía fiscal intento de recuperar el dinero defraudado.

A la hora de analizar las diferentes políticas económicas, podemos decir que la existencia de paraísos fiscales incide directamente en la proliferación de los delitos económicos. En este sentido, ROSENBERG los define como aquellos "*países con leyes fiscales muy favorables para el establecimiento de la residencia legal de las personas físicas o jurídicas que quieren pagar menos impuestos*"[26]. Las nuevas tecnologías, sobre todo internet, han facilitado el acceso a los paraísos fiscales a un número mayor de personas con respecto a su origen, donde solo una cantidad muy limitada de personas tenía conocimiento de ellos[27].

No hay que confundir a los paraísos fiscales con los llamados "Estados fallidos", que son aquellos que carecen de leyes, y con los países que adaptan sus leyes a unas situaciones específicas, llevando a cabo "*técnicas de baja tributación*"[28]. Lo que distingue a los paraísos fiscales de los Estados que emplean algunas de estas técnicas es que éstos últimos solo las aplican a unos organismos determinados y en términos muy precisos, mientras que los primeros lo hacen a toda su economía; además, los paraísos fiscales amparan la no transparencia tanto de los sujetos como de sus actuaciones, al contrario que los demás Estados que no favorecen el secretismo, con lo que no entra en disputa con la cooperación internacional[29].

MASCIANDARO, por su parte, comenta que los paraísos fiscales muestran tres rasgos: tienen pocos recursos tangibles para exportar, capacidad para desplegar prestaciones financieras, y están preparados para eludir los costes sociales relacionados con el blanqueo[30]. Respecto a esta última característica, el Estado paraíso fiscal hace una evaluación de costes y beneficios que le otorgaría una legislación flexible en cuanto al blanqueo de capitales. El resultado de ese análisis dependerá de si ese país recibe pocos ingresos y depende en gran medida de los procedentes del sistema financiero, lo que le hará ser un Estado proclive al blanqueo[31]. Sin embargo, la evaluación puede resultar en unos altos costes consecuencia del daño a la reputación del país, que puede tener consecuencias negativas en las relaciones internacionales. Asimismo puede posibilitar el crecimiento de la delincuencia en el Estado con el objetivo de aprovecharse de la facilidad en el blanqueo. Por último, las posibles sanciones internacionales que organismos como la Organización

---

[26] ROSENBERG, J. M., "*Diccionario de Administración y Finanzas*", Océano/Centrum, Barcelona, 2003. Una definición similar es la que da GERMÁN BERMEJO, M., "*Prevención y castigo…*", cit., p. 156, y añade que "*a la vez proveen oportunidades para el blanqueo*".

[27] GARCÍA NORIEGA, N., "Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales…", cit., pp. 143 y 144.

[28] GARCÍA NORIEGA, N., "Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales…", cit., p. 140. Pone como ejemplo a Irlanda, donde los artistas y profesionales tienen ventajas fiscales, o a los Países Bajos, "*respecto del tratamiento fiscal de las filiales de las grandes compañías, si se configuran las filiales holandesas como supuestas cabezas del grupo internacional*; o en algunos estados de EEUU, que otorgan ventajas a "*las compañías offshore o que han instituido fundaciones de derecho privado a imitación y con los mismos objetivos tributarios que las moduladas en los propios paraísos*".

[29] GARCÍA NORIEGA, N., "Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales…", cit., pp. 140 y 141. Respecto a la ocultación bancaria, BLUM, J.; LEVI, M.; NAYLOR, R.T.; y WILLIAMS, P.; "Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero", en *Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal Nº 34 y 35, Número 8 de la Serie Técnica del PNUFID*, 1998. pp. 23 y 28, dicen que es uno de los principales sustentos económicos de algunos países, ya que la evasión de capitales genera un riesgo más imperioso que el blanqueo, lo que provoca que se decanten por éste para solucionar el problema.

[30] MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries", en *European Journal of Law and Economics*, núm. 20, 2005, pp. 18, 19 y 24.

[31] MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends?...", cit., p. 19.

Mundial del Comercio o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos pueden imponer[32].

En definitiva, el balance que realiza el Estado debe comprender tanto los factores positivos como los negativos. "*Si la ponderación entre los beneficios esperados del blanqueo y los costes esperados del mismo (en forma de costes reputacionales internacionales, costes del daño social del blanqueo de capitales y costes de las sanciones) da lugar a beneficios netos, el territorio se dedicará a esta actividad*"[33]. En este sentido, a los países que cumplían estas características, la comunidad internacional los denominó "territorios no cooperadores", y los incluyeron en una especie de lista negra, a fin de que mejoraran su respuesta frente al blanqueo debido a la "mala fama" que le daba el hecho de formar parte de ese listado[34]. No obstante, MASCIANDARO reseña dos problemas que podrían surgir a raíz de ese ataque a la reputación de los territorios no cooperadores: a) da conocimiento de que en el país reprendido se puede realizar blanqueo de capitales; b) hace que estos países modifiquen sus legislaciones para adecuarlas a evitar el blanqueo pero no lo aplican, con lo que dan una apariencia de cooperación[35].

Por otro lado está la amnistía fiscal, que se incluye en este estudio porque es una política económica que influye en el blanqueo y que se relaciona con los paraísos fiscales con la diferencia de su temporalidad. Es definida como una medida dirigida a indultar las penas o sanciones a los que admitan no haber pagado los impuestos correspondientes[36].

La amnistía fiscal española se introduce por medio del Real Decreto-Ley 12/2012[37], a través de la cual los contribuyentes podrán los contribuyentes podrán regularizar la situación tributaria de los bienes que no hubiesen declarado en el último periodo de declaración, siempre y cuando sean los titulares de aquellos[38], es decir, según la exposición de motivos, es una "*declaración tributaria especial*"[39].

Esta medida ha sido muy criticada desde diversos sectores políticos y económicos. En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN describe esta decisión como una "recompensa" que se le otorga a quien logre defraudar a Hacienda.

Además, este autor califica de inconstitucional esta norma, pues violaría el artículo 14 de la Constitución ya que se suprime la punibilidad de los delitos cometidos en un periodo de tiempo determinado, lo que supondría un trato desigual[40]. Al mismo tiempo, la doctrina indica que la

---

[32]MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends?...", cit., pp. 20 y 21.

[33] MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends?...", cit., pp. 21 y 23.

[34]MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends?...", cit., p. 18.

[35]MASCIANDARO, D.; "False and Reluctant Friends?...", cit., p. 26.

[36] LÓPEZ LABORDA, J. y RODRIGO SAUCO, F. "El análisis económico de las amnistías fiscales: ¿Qué hemos aprendido hasta ahora?", en *Hacienda Pública Española*, núm. 163, 2002, p. 123.

[37] Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

[38] ARNAL, M., "El Gobierno aprueba la amnistía fiscal a través del Real Decreto-Ley 12/2012" [en línea], Abril 2012, [06 de julio de 2013]. Disponible en la web: www.iureabogados.com/amnistia-fiscal-medidas-tributarias-para-reducir-el-deficit-publico-real-decreto.html

[39] Real Decreto-Ley 12/2012. "[…] *con el fin de reducir el déficit público, se establece una declaración tributaria especial para determinadas rentas y se adoptan medidas de carácter administrativo que contribuyan a generar ahorros en la gestión del patrimonio inmobiliario del sector público.*"

[40] PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa", en *XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, (Alcalá de Henares (Madrid), 7 y 8 de junio de 2012), 2012. También tilda de vulnerar el texto fundamental la Organización Nacional de Inspectores de Hacienda del Estado, que opina que el artículo 31 del mismo, que trata sobre la contribución a los gastos públicos de manera igualitaria, se ve afectado por esta amnistía fiscal en el sentido de que el artículo 86 impide que un real Decreto-Ley atañe a los derechos y deberes de los ciudadanos. En

anteriormente mencionada exoneración de responsabilidad criminal no debería haberse establecido por medio de un Real Decreto-Ley, sino de una Ley Orgánica[41].

Como se ha analizado anteriormente en los paraísos fiscales, la adopción de una amnistía suele ser utilizada por los gobiernos de los países con necesidades económicas, aunque esto suponga que los blanqueadores legalicen sus activos[42]. Ante esto se ha pronunciado el GAFI[43] a través de cuatro principios a cumplir en el caso del establecimiento de una amnistía fiscal. El primero se refiere a que se aplique de forma efectiva una normativa anti-blanqueo[44]; el segundo prohíbe la exención total o parcial de las recomendaciones del GAFI, ya que podría producirse un abuso de la amnistía fiscal. Para ello, sería recomendable identificar a los beneficiarios y conocer el origen de los bienes, sin que se permita el acogimiento a esta medida a no ser que se obtenga esta información[45]; en tercer lugar se alude a la intervención de las autoridades nacionales en la lucha contra el blanqueo[46]; por último, refuerza la cooperación internacional en cuanto al intercambio de información y recuperación de bienes que afectan a más de un país[47].

2.2 Procedentes de la organización delictiva

2.2.1 Profesionalización

Este factor es tenido en cuenta en este trabajo debido a la necesidad de los blanqueadores de sortear las medidas interpuestas por los Estados para evitar el lavado de dinero, así como para agilizar su proceso a través de las nuevas tecnologías.

La profesionalización en la comisión del delito de blanqueo de capitales ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Los autores debían adaptarse a las normativas y medidas de prevención a fin de "*minimizar riesgos de persecución penal y de maximizar oportunidades*"[48].

Inicialmente, el blanqueo de capitales se realizaba con procedimientos sencillos, sin lavar grandes cantidades de dinero y en el ámbito nacional, pero ha ido perfeccionándose hasta llegar a mover enormes cantidades y a gran escala, aprovechándose del incremento de nuevas tecnologías que facilitaban su desarrollo, por lo que requiere de ciertos conocimientos y capacidades[49]. Esta última

---

esta línea, la prensa también critica la amnistía fiscal. Entre otros, SANJUÁN, P., "La amnistía fiscal permite el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro" [en línea], Abril 2012, [06 de julio de 2013]. Disponible en la web: http://www.lexdiario.es/noticias/120092/la-amnistia-fiscal-permite-el-blanqueo-de-capitales-pagando-el-10-por-ciento-del-dinero-negro, que considera esta medida como una "*exoneración de sanciones, intereses y recargos tributarios*", además de una "*exoneración de la responsabilidad criminal*"

[41] PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Amnistía fiscal: injusta…", cit. En este sentido, se hace eco la prensa a través de PEREZ ROYO, F., "¿Amnistía fiscal mediante decreto ley y sin control judicial?", en *El País*, 2012, http://elpais.com/elpais/2012/05/02/opinion/1335954418_297652.html.

[42] ABEL SOUTO, M., "Blanqueo, innovaciones tecnológicas…", cit., p. 21.

[43] *Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux* o también nombrado como *Financial Action Task Force on Money Laundering*. En adelante GAFI.

[44] Financial Action Task Force, *International best practices. Managing the anti-money laundering and counter-terrorist financing policy implications of voluntary tax compliance programmes*, 2010, p.4.

[45] Financial Action Task Force, "International best practices…", cit., p. 5.

[46] Financial Action Task Force, "International best practices…", cit., p. 6.

[47] Financial Action Task Force, "International best practices…", cit., p. 6.

[48]BLANCO CORDERO, I., "*El delito de blanqueo…*", cit., p. 58. En el mismo sentido se encuentra lo que manifiesta NEWBURN, T., "*Criminology*", Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 285, quien alude también a una concienzuda elección de los objetivos e indagar acerca de la actuación de la policía y los jueces.

[49] FUENTES GONZÁLEZ, G., "El Proceso Económico del Tráfico de Drogas", en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 28, Madrid, 2000, p. 34. También PIETH, M., "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 4, 1997, p. 756 vaticinó que las nuevas tecnologías serían un medio facilitador de la internacionalización.

situación es la que ha desembocado en una profesionalización tanto de este tipo delictivo, como de su prevención, en el sentido de que mientras los países se especializan en estos delitos, las organizaciones criminales hacen lo mismo o busca la colaboración externa[50].

La aparición de los nuevos métodos, como el pago a través de internet[51], ha supuesto un incremento del blanqueo, el cual se ha agravado debido a las dificultades planteadas por el anonimato que, a su vez, complica su persecución[52]. Esta nueva forma de pago tiene como ventajas la transacción de grandes cantidades de dinero en poco tiempo, e incluso el uso de una falsa identidad que no comporte riesgo para el capital[53].

Otras dificultades se plantean por la falta de recursos para hacer frente a estos métodos, la más que probable distancia geográfica y la falta de coordinación policial[54]. Por ello, en España se creó en 2007 una Brigada de Blanqueo de Capitales en la Policía Nacional, compuesta por cinco grupos operativos. El GAFI por su parte recomendaba compartir información entre todas las unidades competentes y que cada una de ellas tenga capacidad de realizar sus propias investigaciones[55].

Cabe mencionar en este apartado los delitos de cuello blanco, definidos por SUTHERLAND como asociados a "*la pertenencia social del sujeto activo (persona respetable de elevada condición social) y el ámbito en donde se enmarca la actividad delictiva (delito que se comete en ejercicio de la profesión de aquél)*"[56]. En este sentido podemos encontrarnos con personas que ven oportunidades para conseguir algún beneficio, ya sea por el propio trabajo que desempeña o por los contactos que pueda tener gracias a su condición laboral[57]. Por ello, la criminalidad organizada puede encontrar en profesionales cuyo trabajo esté relacionado con el mundo económico una puerta hacia el blanqueo de capitales.

2.2.2 Delitos previos

Resulta necesario que, antes de desarrollar la problemática respecto a los delitos previos, se clarifique que el blanqueo de capitales puede provenir también de un acto que no sea delito, como una infracción administrativa o prácticas incluidas en la economía sumergida, como la evasión fiscal.

---

[50] GARCÍA CAVERO, P.; "*Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*", Grijley, Lima, 2007, pp. 454 y 455. Puntualiza FABIÁN CAPARRÓS, E.; "*El Delito de Blanqueo de Capitales*", Colex, Madrid, 1998, pp. 71 y 72, que la propia organización puede instaurar una sección dentro de la misma dirigida al blanqueo o tantear la asistencia de una entidad dedicada exclusivamente al mismo. Conforme a esto, SMITH. G.; "Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering", en *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 13:1, 1992, p. 128, señala que para blanquear también están a su disposición empresas totalmente legales que emplea su labor para ello, debido a que le proporciona beneficios.

[51] Financial Action Task Force (FATF) Report, *Money laundering using new payment methods*, 2010, Paris, pp. 7 y 9.

[52] GLESS, S., "Strafverfolgung im Internet", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 130, nº 1, 2012, pp. 3-22

[53] Financial Action Task Force (FATF) Report, "Money laundering…", cit., p. 21.

[54] DE LA MATA BARRANCO, N.J., "Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.), *Derecho penal informático*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 19, 20, 26 y 28.

[55] Financial Action Task Force, "International best practices…", cit., p. 6.

[56] TÉLLEZ AGUILERA, A., Criminología, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 415-417.

[57] GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., REQUENA ESPADA, L. y DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., "¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm. 13-03, p. 8.

A la hora de analizar este factor, debemos partir evitando la confusión entre dinero negro y dinero sucio[58]. El primero hace referencia al "*que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude las obligaciones fiscales*"[59], y el segundo al "*que procede de negocios delictivos, tales como el contrabando, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de niños, etc*"[60].

BLANCO CORDERO muestra la presencia de dos modelos que cataloga a los delitos previos al blanqueo. El primero es el de listado de ilícitos, mientras que el segundo señala un rango determinado de delitos o todos ellos en general[61].

En el primer modelo, se realiza un catálogo de delitos cuya comisión es necesaria para que pueda llevarse a cabo el blanqueo de capitales. Esto plantea el problema de que una organización criminal cometa un delito no incluido en la lista y acabe exento de pena[62] y requiera de una ampliación del catálogo[63]. Este método es el utilizado por los EEUU[64], Alemania[65], Canadá[66], Dinamarca, Italia, y Grecia[67].

El segundo se utiliza en Suiza[68] y Austria[69] que establecen como requisito para que se produzca blanqueo de capitales la comisión de un delito grave[70]. Sin embargo, como en el anterior modelo, quedarían impunes aquellos delitos no considerados como graves. No obstante, también existen normativas que engloban los bienes procedentes de cualquier delito[71].

En España, incluida en el primer modelo, el artículo 301 CP indica que los delitos previos al blanqueo son los de naturaleza grave[72], aunque algunos autores consideran que esta definición es

---

[58] Entramos aquí en el proceso, que, siguiendo a BARTON, no debe darse entre acción y resultado sino entre el delito previo y los bienes, puesto que un bien surge del hecho anterior cuando, eliminándolo mentalmente, el bien desaparece. Este autor pone como ejemplo que el dinero conseguido de forma ilícita sufre cuatro transformaciones: la primera es cuando el sujeto mezcla el dinero sucio con el suyo; la segunda cuando compra un bien con todo ese dinero; la tercera cuando vende el bien, con lo que tanto este como el dinero ganado con el son considerados provenientes de un delito; y la cuarta en el que el que le ha comprado el bien al delincuente lo vende de nuevo. Todo lo que ha "tocado" ese dinero sucio se mancharía también, con lo que si alguien tuviera conocimiento de su origen ilegal estaría cometiendo blanqueo de capitales. En este sentido, BARTON señala una interrupción a ese nexo causal cuando la nueva cadena que es "manchada" por el dinero sucio no continúa la anterior.

[59] BLANCO CORDERO, I. El delito de blanqueo…", cit., p. 93.

[60] BLANCO CORDERO, I. El delito de blanqueo…", cit., p. 93.

[61] BLANCO CORDERO, I. El delito de blanqueo…", cit., p. 277.

[62] ACKERMANN, J. B., "*Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Schweizer Schriften zum Bankrecht*", Band 12, Zürich 1992, p. 214.

[63] Como ocurrió en EEUU en 1988 y 1990 o en Alemania en 1994 con la "Ley de lucha contra la criminalidad" (Verbrechensbekämpfungsgesetz).

[64] United States Code (USC), título 18, parte 1, capítulo 56, sección 1956. 18 U.S.C. § 1956: actividades que constituyan delito grave.

[65] La lista se amplió con la Ley de lucha contra la criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) a la malversación, estafa, estafa de subvenciones, infidelidad, falsificación de documentos, corrupción y cohecho y a delitos cometidos por profesionales y bandas.

[66] Su listado contempla el tráfico de estupefacientes, extorsión, contrabando y delitos contra la propiedad.

[67] Establece un catálogo con el tráfico de estupefacientes, la extorsión, el secuestro, el tráfico ilegal de armas y el tráfico de órganos y tejidos humanos.

[68] Art. 305 del Código Penal Suizo.

[69] Art. 165 del Código Penal Austríaco.

[70] El Código Penal suizo constituye como graves aquellos delitos penados con prisión, mientras que en Austria son aquellos sancionados con prisión superior a 3 años.

[71] Es el caso de Inglaterra con su *Criminal Justice Act*.

[72] Los cuales son, según el artículo 13.1 CP los castigados con pena grave. Las penas graves se establecen en el artículo 33.2 CP, y son: "*a) la prisión superior a tres años; b) la inhabilitación absoluta; c) las*

amplia e imprecisa, y prefiere un catálogo de infracciones previas[73]. La doctrina no abogaba por una acotación del objeto de blanqueo[74], sino que se adapte a la normativa internacional al incrementar el rango de delitos previos y sobre todo "*referirse exclusivamente a bienes de origen delictivo*"[75]. RUIZ VADILLO plantea el requisito de la "*previa perpetración de un delito, cualquiera que sea su naturaleza*"[76], que ha sido seguido, entre otros autores, por ARIAS HOLGUÍN, que menciona "*la creación de unos tipos penales dirigidos a impedir cualquier uso o goce de los beneficios del delito mediante su inclusión en el tráfico económico*", ampliando "*el catálogo de delitos de referencia o delitos subyacentes a este ilícito*"[77].

Sin embargo, no habría que detenerse en ese catálogo, puesto que existen otros delitos que podrían ser utilizados para el lavado de activos y que no tengan la consideración de delito grave. En este sentido, ULRICH hace referencia al robo de coches o de cheques, si bien no hay que excederse en el criterio de procedencia[78].

3. Conclusiones

En esta investigación, hemos analizado el delito de blanqueo de capitales con el objetivo de descubrir los factores que intervienen en su origen y desarrollo, ofrecer una dimensión más amplia de su concepto, así como para conocer las claves para una mayor efectividad normativa, en cuanto a la propuesta de mecanismos de control idóneos para la lucha contra este delito.

La globalización ha posibilitado que los grupos criminales organizados amplíen geográficamente su campo de actuación, lo que hace necesario un mayor control de los mismos.

En el blanqueo de capitales se puede observar el uso que hacen los blanqueadores de los paraísos fiscales[79], lo que, por un lado, debería concienciar a los Estados sobre el mayor control a nivel nacional de las transferencias y promover, por otra parte, una estrecha cooperación internacional a la hora de elaborar una legislación que regule la situación de los denominados "territorios no cooperadores". Por su parte, la amnistía fiscal de España supone unos ingresos a las

---

inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años; d) la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años; e) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años; f) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años; g) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años."

[73] GÓMEZ INIESTA, D. J., "Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español", en ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., (eds.) *Estudios de Derecho Penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 156.

[74] FABIÁN CAPARRÓS, E. A., "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 81/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, 1993, pp. 614 y 615.

[75] BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo…", cit., p. 278.

[76] RUIZ VADILLO, E., "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura", en *boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, pp. 4283, 490 y 491.

[77] ARIAS HOLGUÍN, D.P., *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, p.69. Posición seguida también por FABIÁN CAPARRÓS, E. A., "Consideraciones de urgencia…", cit., p. 613, y añade también "*cualquier ventaja patrimonial procedente de una infracción penal*"; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", en *Actualidad penal*, núm. 32, 1994, pp. 610 y ss.

[78] ULLRICH, P., "Harte Zeiten für Geldwäscher?", en *Schweizerischer Anwaltsverband, Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Zurich, 1991, pp. 30 y 31.

[79] ROMERA, J. y SEMPRÚN, A., "Bárcenas controlaba también una firma en el paraíso fiscal de la Isla de Man", en *El Economista*, 2013, http://ecodiario.eleconomista.es/interstitial/volver/acierto-julio/politica/noticias/4628919/02/13/Barcenas-controlaba-tambien-una-firma-en-el-paraiso-fiscal-de-la-Isla-de-Man.html

arcas del Estado que de otra forma no se obtendrían (puesto que esos bienes seguirían estando ocultos), pero esto no debería suponer un camino libre al blanqueo de dinero.

El análisis de la evolución tecnológica nos indica que los delincuentes parecen ir un paso por delante de los Estados en el uso de nuevas técnicas de blanqueo, lo que provoca que éstos deban responder lo más ágilmente posible. En cuanto a los delitos previos, el blanqueo de capitales habría de abarcar a los bienes de origen delictivo, cualquiera que sea la naturaleza de la infracción y sin prestar toda la atención en una lista de hechos penales, ya que esto puede dejar una puerta abierta al crimen organizado para que realicen actividades ilícitas no consideradas como graves pero que generan grandes ganancias. En relación a los delitos de cuello blanco, conviene mencionar la teoría de la elección racional, puesto que en este tipo de ilícitos parece haber una mayor conexión entre el delito y la decisión de cometerlo. Como dice OGUS, "*aun cuando no todo infractor potencial llevará a cabo una transacción entre los beneficios y costes en este sentido, muchos lo harán intuitivamente, particularmente en relación con los así llamados delitos de cuello blanco (White collar crime) y en la delincuencia empresarial (business crime)*"[80].

4. Bibliografía

ACKERMANN, J. B., "*Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Schweizer Schriften zum Bankrecht*", Band 12, Zürich 1992.

ARANBERRI ARESTI, G., "Globalización y delincuencia: un reto para la administración vasca de seguridad", en AAVV, *XV Congreso de Estudios Vascos: Donostia-Baiona, 2001. Ciencia y cultura vasca, y redes telemáticas*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2002.

ARIAS HOLGUÍN, D.P., *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011.

ARNAL, M., "El Gobierno aprueba la amnistía fiscal a través del Real Decreto-Ley 12/2012" [en línea], Abril 2012, [06 de julio de 2013]. Disponible en la web: www.iureabogados.com/amnistia-fiscal-medidas-tributarias-para-reducir-el-deficit-publico-real-decreto.html

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales", en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor K. Tiedemann,* Edit. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2012.

[80] OGUS, A., *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Legal theory Today, Oxford, 2006, p. 15.

BLANCO CORDERO, I., “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”, en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009.

BLUM, J.; LEVI, M.; NAYLOR, R.T.; y WILLIAMS, P.; “Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero”, en *Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal Nº 34 y 35*, *Número 8 de la Serie Técnica del PNUFID*, 1998.

BRATOS MARTÍN, M., “Movimiento Antiglobalización. Espontaneidad y crecimiento”, en *Destiempos. Revista de curiosidad cultural*, núm. 23, 2010.

CLARKE, R., y CORNISH, D., “Rational choice”, en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Paternoster/Bachman (Eds.), Roxbury Publishing, Los Ángeles, 2001.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.), *Derecho penal informático*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

DEL CID GÓMEZ, J.M., “Fútbol de evasión”, en *El País*, 2007, http://elpais.com/diario/2007/12/16/domingo/1197780758_850215.html.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Actualidad penal*, núm. 32, 1994

FABIÁN CAPARRÓS, E.; “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”, Colex, Madrid, 1998.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 81/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, 1993.

FERNÁNDEZ ROS, J.F., “Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales”, en http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201103-8257512545215963.html, 2011.

Financial Action Task Force, *International best practices. Managing the anti-money laundering and counter-terrorist financing policy implications of voluntary tax compliance programmes*, 2010.

Financial Action Task Force (FATF) Report*, Money laundering using new payment methods*, 2010, Paris

FUENTES GONZÁLEZ, G., “El Proceso Económico del Tráfico de Drogas”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 28, Madrid, 2000.

GARCÍA CAVERO, P.; “*Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*”, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA NORIEGA, A., “*Blanqueo y Antiblanqueo de Capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado.*”, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010.

GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P., y REDONDO ILLESCAS, S., “*Principios de Criminología*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GERMÁN BERMEJO, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., REQUENA ESPADA, L. y DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm. 13-03.

GLESS, S., “Strafverfolgung im Internet”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 130, nº 1, 2012.

GÓMEZ INIESTA, D. J., “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., (eds.) *Estudios de Derecho Penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

LÓPEZ LABORDA, J. y RODRIGO SAUCO, F. “El análisis económico de las amnistías fiscales: ¿Qué hemos aprendido hasta ahora?”, en *Hacienda Pública Española*, núm. 163, 2002.

MARTÍN BARBERO, I., “Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera”, en *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2808, 2004.

MASCIANDARO, D.; “False and Reluctant Friends? National Money Laundering Regulation, International Compliance and Non-Cooperative Countries”, en *European Journal of Law and Economics*, núm. 20, 2005.

MONTOYA CERIO, F., SAMBEAT VICIÉN, A., FABRA RODRÍGUEZ, O., “La Tasa Tobin europea. Un impuesto sobre las transacciones financieras.”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013.

NEWBURN, T., “*Criminology*”, Willan Publishing, Cullompton, 2007.

OGUS, A., *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law*, Legal theory Today, Oxford, 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa”, en *XV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, (Alcalá de Henares (Madrid), 7 y 8 de junio de 2012), 2012.

PEREZ ROYO, F., “¿Amnistía fiscal mediante decreto ley y sin control judicial?”, en *El País*, 2012, http://elpais.com/elpais/2012/05/02/opinion/1335954418_297652.html.

PIETH, M., “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, nº 4, 1997.

POPA, G. D., “Globalization and Money Laundering”, en *The European Integration - Realities and Perspectives.*”, vol. 7, 2012.

RAMIRO MATEUS, J., y WILLIAM BRASSET, D., “La globalización: sus efectos y bondades”, en *Economía y desarrollo*, vol. 1, núm. 1, 2002.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual.”, en *Revista Xuridica Galega*, núm. 37, 2002.

ROMERA, J. y SEMPRÚN, A., “Bárcenas controlaba también una firma en el paraíso fiscal de la Isla de Man”, en *El Economista*, 2013, http://ecodiario.eleconomista.es/interstitial/volver/acierto-julio/politica/noticias/4628919/02/13/Barcenas-controlaba-tambien-una-firma-en-el-paraiso-fiscal-de-la-Isla-de-Man.html

ROSENBERG, J. M., “*Diccionario de Administración y Finanzas*”, Océano/Centrum, Barcelona, 2003.

RUIZ VADILLO, E., “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura”, en *boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992.

SANJUÁN, P., “La amnistía fiscal permite el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro” [en línea], Abril 2012, [06 de julio de 2013]. Disponible en la web: http://www.lexdiario.es/noticias/120092/la-amnistia-fiscal-permite-el-blanqueo-de-capitales-pagando-el-10-por-ciento-del-dinero-negro, que considera esta medida como una “*exoneración de sanciones, intereses y recargos tributarios*”, además de una “*exoneración de la responsabilidad criminal*”

SCHROEDER, W.R., “Money laundering. A Global Threat and the International Community’s Response”, en *FBI Law Enforcement Bulletin*, vol. 70, núm. 5, 2001.

SMITH. G.; “Competition in the European Financial Services Industry: The Free Movement of Capital Versus the Regulation of Money Laundering”, en *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 13:1, 1992.

TÉLLEZ AGUILERA, A., Criminología, Edisofer, Madrid, 2009.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Sistema penal y empresa”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. y ACALE SÁNCHEZ, M., *Nuevas tendencias en derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2008.

ULLRICH, P., “Harte Zeiten für Geldwäscher?”, en *Schweizerischer Anwaltsverband, Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Zurich, 1991.

Legislación

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005.

Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

LOS LÍMITES DE DERECHO INTERNO AL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA TRAS LA STJUE DE 26 DE FEBRERO DE 2013 (ASUNTO C-399/11, *MELLONI*). ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

Gustavo Manuel Díaz González

Resumen: La STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*) resuelve la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español. En ella, se afirma la imposibilidad de aplicación prevalente del sistema constitucional interno de garantía de los Derechos Fundamentales aun cuando éste introduzca un *standard* de protección superior al de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El objeto de este trabajo es el de contrastar este reciente pronunciamiento con la doctrina *dei controlimiti* aplicada, sin solución de continuidad, por la Corte Constitucional italiana desde la década de 1960.

Abstract: The first preliminary ruling requested by the Spanish Constitutional Court has been resolved by the European Court of Justice through its Jugdement of 26th february 2013 (Case C-399/11, *Melloni*). The European Court of Justice has established the invalidity of a prevailing application of the national system of Fundamental Rights, even if it guarantees a level of protection higher than the European Charter of Fundamental Rights' one. This paper aims to compare this recent judgement with the *controlimiti* theory, which has been constantly applied by the Italian Constitutional Court since the sixties.

Palabras clave: integración europea; primacía del Derecho Europeo; cuestión prejudicial; teoría *dei controlimiti*; protección multinivel de los Derechos Fundamentales.

Introducción

La STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*), presenta una muy singular relevancia jurídica que es debida a motivos diversos, todos ellos caracterizados por su estrecha conexión con la cuestión de la evolución reciente del proceso de integración europea y de su incidencia en la posición institucional de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros y en la articulación de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo. Así, es de destacar, en primer lugar, que la mencionada sentencia resuelve la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español (ATC 86/2011, de 9 de junio), circunstancia que constituye una muestra del compromiso con el sistema jurídico europeo que ha ido adquiriendo progresivamente el máximo intérprete de nuestra Norma

Fundamental[1]. Pero, además, la sentencia entra de lleno a resolver una de las más controvertidas cuestiones suscitadas tras la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales: la precisión del sistema de relaciones introducido por este texto en relación con los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y de la Unión en materia de garantía de Derechos Fundamentales (artículos 51 y ss.), particularmente, la determinación del estándar protector aplicable en los casos de antinomia entre el nivel garantizado por las Constituciones nacionales y por la propia CDFUE y su normativa de desarrollo.

Los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional español son los siguientes: el 1 de octubre de 1996, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto por el que declaraba la procedencia de la extradición a Italia del señor Melloni, para ser juzgado por los hechos detallados en dos órdenes de detención emitidas por el *Tribunale di Ferrara*; sin embargo, el señor Melloni, tras el pago de la fianza, se dio a la fuga, circunstancia que motivó la imposibilidad de ejecución de la entrega a las autoridades italianas. De esta forma, el *Tribunale di Ferrara* declaró mediante resolución de 27 de marzo de 1997 el estado de rebeldía del señor Melloni y adoptó el acuerdo de practicar, con carácter sucesivo, las notificaciones a los abogados que el imputado había nombrado en Italia con anterioridad a su huida. Así, se sucedieron los procedimientos hasta quedar agotada la vía jurisdiccional italiana por virtud de sentencia de 7 de junio de 2004 de la Sección 5ª de lo Penal de la *Corte suprema di cassazione dell'Italia*, que confirmó su condena a la pena de prisión de diez años por la comisión de un delito de quiebra fraudulenta.

El 1 de agosto de 2008 se produjo la detención del señor Melloni por la policía española. Con fecha de 2 de agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 acordó mediante auto la elevación de la orden de detención europea a la Audiencia Nacional, frente al cual el señor Melloni formuló, como motivos de oposición, la designación de otro abogado en fase de apelación al que no le fueron practicadas las notificaciones relativas a su juicio en Italia y la falta de previsión en el ordenamiento italiano de un recurso frente a las sentencias dictadas en rebeldía, circunstancia que determinaría, cuando menos, la subordinación de la orden de detención a la garantía por las autoridades italianas de facilitación de una vía de recurso frente a la sentencia que lo condenaba. La Audiencia Nacional no atendió a los motivos esgrimidos por el señor Melloni, que optó entonces por el planteamiento de un recurso de amparo ante el

[1] Resulta imposible no enmarcar el ATC 86/2011 en la línea de apertura al Derecho Europeo inaugurada por nuestro Tribunal Constitucional con las Sentencias 58/2004, de 19 de abril, 194/2006, de 19 de junio y 145/2012, de 2 de julio. Sobre la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial y de su extensión a los Tribunales Constitucionales, *vid*. L. BURGORGUE-LARSEN, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", en J. I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA y G. JÁUREGUI BERECIARTU (coord.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la ACE*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2011), pp. 57 y ss.; y L. F. MAESO SECO, "Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio", *JA*, 55 (2012), pp. 37-38.

Tribunal Constitucional con base en la jurisprudencia del mismo, que había concedido el amparo en casos similares (SSTC 91/2000, 177/2006 y 199/2009[2]). Así, el TC, una vez constatado el hecho de que, en aplicación de una norma europea (artículo 4 bis, apartado primero, de la Decisión marco 2002/584, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Decisión marco 2009/299), la Audiencia Nacional había dictado un auto de acuerdo de entrega de un ciudadano que resultaba contrario a las garantías procesales impuestas por el artículo 24 CE, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y formuló, mediante el citado auto 86/2011, cuestión prejudicial ante el TJUE, en la que planteaba sus dudas sobre la interpretación del precepto europeo controvertido, sobre su validez a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 47 y 48 CDFUE y sobre la posibilidad de aplicación, por la vía del artículo 53 CDFUE, de un estándar protector mayor del garantizado por el texto citado para salvaguardar el consagrado constitucionalmente, aun cuando ello supusiera desconocimiento de una norma de Derecho derivado de la Unión.

El TJUE, por su parte, respondió a las dudas de interpretación planteadas por el TC, declarando que el sistema europeo de detención y entrega impide que el Estado Miembro requerido subordine la ejecución de la orden a que el Estado Miembro requirente reconozca al condenado en rebeldía la posibilidad de recurrir (apartado 46), que la norma del artículo 4 bis de la Decisión Marco 2002/584 resulta compatible con el sistema de garantías consagrado *ex* artículos 47 y 48 CDFUE (apartado 53) y que no es posible una aplicación del estándar de garantía de los Derechos Fundamentales en un Estado Miembro que suponga una disminución de la eficacia de las normas de Derecho Europeo, pues la remisión contenida en el artículo 53 CDFUE a los niveles de protección de derechos de los sistemas constitucionales nacionales permite la aplicación de los mismos *sólo* cuando ello no afecte a la primacía, a la unidad o a la efectividad del ordenamiento europeo (apartados 58 a 60).

La perspectiva que hemos decidido adoptar para el estudio de esta resolución conecta la cuestión con el ordenamiento italiano por un motivo esencial: pese a la falta de previsión constitucional de una cláusula de intangibilidad[3] equiparable a la presente en la Ley Fundamental alemana, la *Corte Constituzionale* italiana ha aplicado tradicionalmente la

---

[2] El voto particular del Magistrado Pérez Tremps a esta última sentencia planteaba ya el necesario recurso a la cuestión prejudicial ante el TJUE dada la detección del problema surgido en el caso *Melloni*, propuesta con la que muestra su acuerdo P. MARTÍN RODRÍGUEZ, en "Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11", *RGDE*, 30 (2013), pp. 20-21.

[3] Tan sólo el artículo 139 CI establece la imposibilidad de modificación de la caracterización de Italia como Estado republicano, previsión que no ha dejado de plantear problemas de interpretación, puestos de manifiesto tempranamente por G. LUCATELLO, en "Sull'immutabilità della forma republicana", *RTDP* (1955, II), pp. 745-773. La *Corte costituzionale* italiana, sin embargo, ha acogido la doctrina de la intangibilidad de determinados principios constitucionales que, aun no encontrándose incluidos en la específica cláusula del artículo 139 CI, *pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución Italiana* (sentencia 1.146/1988, de 15-29 de diciembre, FJ 2º).

denominada doctrina *dei controlimiti*, según la cual las cesiones de competencias soberanas a organizaciones internacionales operadas *ex* artículo 11 CI (equivalente funcional del artículo 93 CE, pese a su diferente redacción), aun admitiendo una *deroga* ocasional de la norma constitucional, no puede suponer en ningún caso un menoscabo de los derechos inviolables y de los principios fundamentales de la Constitución, alcanzando conclusiones, de hecho, muy similares a las formuladas por el *Bundesverfassungsgericht* alemán. Es precisamente este punto de partida común a los sistemas español e italiano (la falta de cláusula de intangibilidad constitucional con el alcance de la presente en la *Grundgesetz*) el que nos permite suponer que las aportaciones del estudio del estado de la cuestión en el ordenamiento italiano podrán resultar, siquiera sea *a priori*, más útiles, en cuanto más fácilmente aplicables, al caso español.

I. Evolución de la jurisprudencia constitucional italiana sobre el Derecho Europeo

Con acierto se ha dicho que la gran implicación de la Corte Constitucional italiana en el proceso de integración europea ha sido uno de los principales estímulos del TJUE en su actividad de delimitación de los principios fundamentales de ordenación de las relaciones entre los sistemas nacionales y europeo[4]. Como consecuencia de la pertenencia de la República italiana al grupo de estados fundadores de las Comunidades Europeas, en lo que ahora interesa, la jurisprudencia constitucional ha atravesado una pluralidad de fases en lo relativo a la articulación de los ordenamientos nacional y europeo[5], que pasamos a comentar brevemente.

La primera de estas etapas es inaugurada por la sentencia 14/1964, de 24 de febrero. En ella, la Corte Constitucional aplica el criterio de sucesión entre normas nacionales y europeas para determinar cuál de ellas debe entenderse vigente, sobre la base de una argumentación que considera que el artículo 11 CI es una norma meramente facultativa en relación con las cesiones de soberanía a entes supranacionales que no atribuye a la ley ordinaria de ejecución de los Tratados de Derecho Europeo fuerza especial (léase constitucional) alguna, como en cambio sí hace el artículo 76 CI respecto a la ley de delegación, que actúa como norma interpuesta (categoría equivalente a nuestro bloque de la constitucionalidad) frente al decreto legislativo dictado en aplicación de la misma (FJ 6º).

---

[4] En este sentido, P. PÉREZ TREMPS, "La jurisdicción constitucional y la integración europea", *REDE*, 29 (2009), p. 29.

[5] Una exposición de las cuestiones que aquí se van a abordar de manera en exceso sintética puede consultarse en F. SORRENTINO, "L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana", *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, Giuffrè Editore (1999), pp. 1.637 y ss., o en M. LUCIANI, "La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea", *Pol. dir.*, n. 4/1992, pp. 566 y ss.

El estado de indefinición del Derecho Europeo al respecto en aquel momento favorecía ciertamente la formulación de conclusiones que hoy nos resultan tan insólitas. Sin embargo, la doctrina italiana mayoritaria no apoyaba pronunciamientos de este tipo y se mostraba, en cambio, más receptiva en relación con la necesidad de abordar la cuestión de las relaciones entre los ordenamientos nacional y europeo a partir de premisas diferentes de las que tradicionalmente habían servido para explicar los criterios ordenadores de los sistemas estatales de fuentes[6], sin que dejaran de plantear problemas aspectos tales como la validez genérica de las leyes ordinarias de ejecución de los Tratados[7] o la aptitud modificativa de la Constitución que se reconocía a éstas *ex* artículo 11 CI[8].

La sentencia 98/1965, de 16 de diciembre, fiel a la línea apuntada por la anterior, introdujo un importante y novedoso elemento: la *teoría de los contralímites*. Según esta doctrina, el reconocimiento de valor jurídico al Derecho Europeo, autónomo respecto al ordenamiento nacional, en el interior del Estado italiano, no obsta a la prevalencia absoluta de los principios constitucionales fundamentales y de los derechos inviolables del hombre, cuya hipotética vulneración por el sistema comunitario comporta la activación de las competencias

---

[6] Sin pretensiones de exhaustividad, puede consultarse, en primer lugar, a G. G. STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè Editore (1958). A partir de la afirmación de la coexistencia, en los Tratados constitutivos de las Comunidades, de caracteres típicos de las organizaciones internacionales y de los sistemas federales (p. 13), defendía el autor que la norma legal interna posterior a los Tratados y contraria a los mismos sólo tendría validez y produciría efectos hasta el momento en que actuaran las instituciones comunitarias en la manera prevista en los propios Tratados para casos de este tipo (pp. 50-51).

En una línea similar, A. MIGLIAZZA, en *Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale ed al diritto degli Stati membri*, Milano, Giuffrè Editore (1964), se mostraba crítico con la doctrina afirmada en la Sentencia 14/1964, en tanto que defendía la prevalencia del Derecho Comunitario sobre la ley ordinaria, incluso sucesiva, en atención al valor constitucional del principio de adaptación a las obligaciones contraídas por el Estado italiano en el ámbito internacional (artículo 11 CI), que determinaba que sólo en caso de reforma posterior de la Constitución cabría admitir la validez de una norma legal contraria al ordenamiento europeo (p. 146). La fuerza pasiva de las disposiciones de Derecho Europeo frente a la ley ordinaria condujo a P. BARILE a defender su caracterización como *normas primarias reforzadas* [*vid*. "Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane", *La Comunità internazionale* (1966), pp. 17-19], categoría, sin embargo, rechazada por G. BALLADORE PALLIERI en "Competenza della Corte costituzionale riguardo al diritto delle Comunità europee", *Dir. int. Riv. trim. dott. doc.* (1966), pp. 257-258. También F. DURANTE, finalmente, en "Diritto interno e diritto comunitario", *Riv. dir. int.* (1966), criticaba la aplicación del criterio de sucesión normativa sobre la base de que la ley ordinaria no tenía capacidad abrogatoria respecto a la ley de ejecución de los Tratados (p. 63).

[7] En este sentido, F. LA VALLE, en "La continuità tra l'ordinamento comunitario europeo e l'ordinamento italiano e la gerarchia unitaria delle loro fonti normative", *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1965, I), negaba al artículo 11 CI la consideración de fundamento jurídico válido de las leyes ordinarias de ejecución de los Tratados, operación que exigía, en su opinión, una reforma constitucional (pp. 652-653).

[8] Así, A. CASSESE negaba tal posibilidad a la ley ordinaria de ejecución de los Tratados por insuficiencia de rango ["Art. 11", en G. BRANCA (coord.), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna, Zanichelli, Roma, Società editrice del foro italiano (1975), p. 584. En el mismo sentido, A. MATTIONI, en *La rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè Editore (1971), rechazaba la consideración de que por la vía del artículo 11 CI cupiera la introducción en el ordenamiento italiano de fuentes atípicas sobre la base del carácter taxativo de las mismas (pp. 13 y 179 y ss.).

de fiscalización de la Corte Constitucional frente a las normas europeas en conflicto con aquéllos. Tal tesis, acogida favorablemente por la doctrina italiana del momento[9], se ha mantenido a lo largo de la toda la andadura de la jurisprudencia constitucional en la materia que estudiamos; a la misma, en contraste con el reciente pronunciamiento del TJUE en el asunto *Melloni*, se hará referencia más adelante.

La "intervención" del entonces TJCE, con la sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, *Costa c. ENEL*[10]), en la que se afirmó la primacía del Derecho Comunitario sobre el interno, incidió de forma decisiva en el devenir de la jurisprudencia constitucional al respecto. Se produjo entonces la apertura de una nueva fase en la doctrina de la Corte, que, a partir de la sentencia 183/1973, de 18 de diciembre, y, sobre todo, con las sentencias 232/1975, de 22 de octubre, y 163/1977, de 22 de diciembre, se caracterizó por un radical cambio de orientación con el que se pretendía dar respuesta a las exigencias impuestas por la jurisprudencia europea. De esta forma, pasó a estimarse que, en los casos de conflicto entre ley interna y norma europea, debería declararse la inconstitucionalidad de la primera por vulneración indirecta del artículo 11 CI, con base en el cual había sido incorporado al ordenamiento italiano el principio de primacía del ordenamiento comunitario y el resto de caracteres de las normas integrantes del mismo (efecto directo de los reglamentos, etc.), excluyéndose expresamente que los órganos jurisdiccionales ordinarios pudieran inaplicar la ley interna por su carácter contrario al Derecho Comunitario si no mediaba un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional[11] (especialmente, en este sentido, sentencia 232/1975, FJ 7º).

---

[9] *Vid*., por todos, M. BERRI, "Ordinamento comunitario e ordinamento interno", *Giust. civ.* (1966, II), p. 6.

[10] En relación con esta sentencia del entonces TJCE, no se puede no convenir con G. TESAURO cuando afirma, en *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica (2006), que *no parece que con la misma el tribunal haya actuado al margen de sus competencias, pues no existían ni existen alternativas razonables y coherentes con la decisión de los Estados Miembros de perseguir y realizar los objetivos fijados en el Tratado y, en particular, de garantizar la uniformidad en la interpretación y en la aplicación de las normas comunitarias* (p. 19); *poner en duda la primacía de la norma comunitaria sobre la norma nacional sucesiva conduce inevitablemente a poner en duda la experiencia comunitaria como tal y, en definitiva, presupone una elección diferente de la originaria* (p. 39).

[11] La doctrina italiana recibió, en líneas generales, tal cambio en la orientación jurisprudencial de la Corte Constitucional expresando su sustancial acuerdo con la misma. Cabe, en este sentido, la cita de G. GEMMA, que, en "Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale", *RTDP* (1977, II), si bien calificaba la nueva doctrina constitucional como excesivamente severa en relación con la fiscalización de las normas nacionales y, por oposición, demasiado condescendiente con el legislador europeo (p. 1.182), valoraba positivamente esta jurisprudencia no sólo desde un punto de vista histórico-político, sino también desde la perspectiva estrictamente jurídica (pp. 1.185 y ss.). Por su parte, M. BERRI defendía que las decisiones relativas a la inaplicación de las leyes por su carácter contrario a la normativa comunitaria se encuadraban en un poder *típico de la Corte Constitucional* [*vid*., en este sentido, "Illegittimità costituzionale di norme legislative italiane che trasformano in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili", *Giur. it* (1975, Parte prima, Sez. I), c. 428, y "Legittimità della normativa comunitaria", *Giur. it.* (1974, Parte prima, Sez. I), c. 517].

Esta última precisión partía, en realidad, de presupuestos en parte diversos a los que inspiraban la nueva jurisprudencia: la Corte insistía en que actuaciones de los poderes públicos internos tales como la aprobación de una ley cuyo contenido reproducía literalmente el de un reglamento comunitario producían el pernicioso resultado de retrasar la aplicación de una norma a la que el artículo 189 TCE atribuía eficacia directa[12] (sentencia 232/1975, FJ 8º); resulta obvio, sin embargo, que la negación de la potestad de inaplicación de la ley contraria al juez ordinario en tanto no hubiera recaído pronunciamiento de la propia Corte tenía las mismas consecuencias.

En la misma línea de razonamiento, el TJCE dictó la sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77, *Simmenthal*), en la que se declaró contraria al Derecho Comunitario la subordinación de la facultad de inaplicación de la norma interna incompatible con el ordenamiento europeo a cualquier tipo de procedimiento legislativo, administrativo o judicial de Derecho interno, circunstancia que motivó la inauguración de la tercera fase de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de relaciones entre los sistemas nacional y europeo, con la sentencia 170/1984, de 5 de junio. En ella, la Corte afirma expresamente su intención de proceder a una revisión de su propia doctrina (FJ 3º) y, en atención a las características del Reglamento comunitario, fuente dotada de efecto directo y prevalencia frente a la ley interna, a la que no puede derogar ni modificar, pero sí preceder en su aplicación en todo caso (FFJJ 4º y 5º), declara la improcedencia del planteamiento de las dudas de constitucionalidad por el juez ordinario en el caso de conflicto entre Reglamento europeo y ley nacional (FJ 6º) y el deber de inaplicación de ésta a cargo del mismo (FJ 8º), quedando a salvo la competencia de la Corte para enjuiciar tanto la validez de la ley ordinaria de ejecución del Tratado en los casos de vulneración de los principios fundamentales y derechos inviolables consagrados constitucionalmente como la de la ley ordinaria que ponga en peligro el sistema o núcleo esencial de los principios del Tratado[13] (FJ 7º). Con precisiones de singular importancia[14], ésta es la doctrina que ha permanecido vigente hasta la actualidad.

---

[12] Llama la atención sobre este concreto aspecto, particularmente, P. BARILE en "Il cammino comunitario della Corte", *Giur. cost.* (1973, II), pp. 2.413-2.414.

[13] La nueva etapa de la jurisprudencia constitucional fue aplaudida por la doctrina italiana, que supo ver en ella la voluntad de la Corte Constitucional de ejercitar sus competencias de fiscalización normativa con responsabilidad frente al proceso de integración europea. *Vid*., en este sentido, G. SPERDUTI, "Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario", *Riv. dir. int. priv. proc.* (1984), donde se parte del sustancial acuerdo con la doctrina fijada en la sentencia 170/1984 pero, al mismo tiempo, se critica la concepción dualista de las relaciones entre los ordenamientos europeo e interno adoptada por la Corte (p. 267); idéntica crítica formulaba L. DANIELE, en "Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano", *Dir. com. sc. int.* (1985), p. 468; F. SORRENTINO, "Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?", *Pol. dir.*, n. 2/1994, donde se aprecia un cambio no sólo en las consecuencias jurídicas anudadas a la vulneración del Derecho Europeo por la ley interna, sino en el propio fundamento de análisis de las mismas, que deja de ser el artículo 11 CI para dar paso a la aplicación del artículo 189 TCE (p. 194); A. LA PERGOLA, en "Costituzione ed integrazione europea: il contributo della

El conocimiento del estado de la cuestión actual en la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* nos permite entrar a analizar cuáles habrán de ser las consecuencias de la STJUE de 26 de febrero de 2013 en el sistema italiano, cuyo análisis abordamos a continuación.

II. La teoría *dei controlimiti* tras la STJUE de 26 de febrero de 2013

Como hemos dejado ya apuntado en un momento anterior de la exposición, las mutaciones de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de relaciones entre los ordenamientos europeo y nacional no afectaron a la doctrina de los *contralímites*, que ha mantenido ininterrumpidamente su vigencia a lo largo de los años de funcionamiento de la Corte.

---

giurisprudenza costituzionale", en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, *cit.*, I (p. 840); F. CAPELLI, "Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme CEE e leggi nazionali", *Dir. com. sc. int.* (1984), p. 206; y M. R. DONNARUMMA, "Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario", *Dir. com. sc. int.* (1984), p. 207.

[14] Aplicada sin variaciones sustanciales en resoluciones posteriores, tales como la sentencia 113/1985, de 19 de abril, en la que se declara la inadmisibilidad del planteamiento a la Corte de dudas de constitucionalidad derivadas del conflicto manifestado entre la ley interna y las sentencias del TJCE, en tanto dotadas éstas de inmediata ejecutividad, o la 286/1986, de 19 de diciembre, en la que se entraba a analizar la supuesta vulneración del principio de promoción del desarrollo económico en Europa a partir de la instauración del Mercado Común en tanto elemento fundamental del Derecho de los Tratados (si bien se desestimaban las alegaciones), la doctrina fijada en la sentencia 170/1984 es objeto de importantes matizaciones introducidas por las sentencias 384/1994, de 7-10 de noviembre, y 94/1995, de 20-30 de marzo. En ellas, la Corte Constitucional declara su competencia para fiscalizar la conformidad con el Derecho Europeo de leyes regionales sobre la base de una argumentación doble: de una parte, por el hecho de que se trata de textos aún no promulgados frente a los cuales no cabe reacción de la jurisdicción ordinaria (se había acudido al instrumento del recurso previo de inconstitucionalidad frente a leyes regionales); de otra, porque, en los casos de incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho Europeo, es el Estado el único sujeto responsable frente a las instituciones comunitarias, con independencia de la identidad de la administración incumplidora.

Con acierto ha señalado el prof. A. SAIZ ARNAIZ, en su comentario a las últimas sentencias mencionadas ["El Derecho Comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas? (A propósito de la Sentencia núm. 384 de 1994, de la *Corte Costituzionale* italiana)", *RIE*, 22, 2 (1995)], que, si bien tales pronunciamientos no implican un retorno a la doctrina anterior a la sentencia 170/1984, dada la consistencia de los argumentos expuestos por la Corte, resulta criticable el desigual tratamiento recibido por las leyes nacionales y regionales en aplicación del sistema descrito (pp. 590-591). En la misma línea crítica se sitúa la profa. M. CARTABIA, en "Corte costituzionale e norme comunitarie: ulteriori aspetti problematici", *Giur. cost.* (1995), si bien con referencia a las reglas procesales en materia de legitimación de Estado y Regiones para la interposición del recurso de inconstitucionalidad (p. 4.143).

Otra (nuevamente aparente) vuelta de tuerca viene representada por dos resoluciones recientes, en las que la Corte, tomando en consideración la reforma del Título V de la Constitución Italiana (que ha introducido en su artículo 117, apartado primero, una previsión de sujeción de los poderes legislativos estatal y regionales a las normas constitucionales y a las de Derecho Internacional y Europeo), afirma la posibilidad de fiscalización de la sujeción de la ley interna al ordenamiento europeo en los casos en que la norma contrastante perteneciente a este sistema carezca de efecto directo, por cuanto, en tales casos, el juez ordinario no está legitimado para proceder a la inaplicación de la norma interna (sentencias 284/2007, de 4 de julio, y 28/2010, 25 de enero).

La teoría *dei controlimiti* surgió y se consolidó en Italia como respuesta al carácter expansivo del Derecho Comunitario, de acuerdo con la progresiva delimitación de sus características esenciales por la jurisprudencia del TJUE. Llama la atención sobre su necesidad, implícitamente, M. CARTABIA, cuando, al referirse al carácter sustancialmente económico de las decisiones europeas tradicionales como causa de exclusión, común en la doctrina[15], de cualquier posible influencia de las Comunidades Europeas sobre las Constituciones de los Estados Miembros, rechaza tal conclusión sobre la base de que *muchas Constituciones contemporáneas* (…) *prestan especial atención a las relaciones económicas*, porque no parece que se pueda convenir con la visión fragmentada de la Constitución (es decir, con la individualización de la denominada *Constitución económica*) y porque *se está progresivamente superando la concepción originaria de una Comunidad Europea estrictamente limitada a la vida económica de los Estados*[16]. La apertura de la jurisprudencia del TJUE a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros en materia de protección de Derechos Fundamentales[17], incorporadas como principios generales del Derecho Comunitario a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 1970 (asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*), no obstante, no permitía entender que una doctrina de tales características, introductoria de la potencial sanción de invalidez en el ámbito de los Estados Miembros de las normas europeas por vulneración de los principios constitucionales nacionales[18], fuera plenamente acorde con los caracteres del Derecho Comunitario tal y como

---

[15] En este sentido, *vid*. G. BARILE, "Costituzione e diritto internazionale. Alcune considerazioni generali", *RTDP* (1986, II), donde, partiéndose de la afirmación de la pertenencia del Derecho Comunitario a la más amplia categoría del Derecho Internacional (p. 953), se afirma el carácter hipotético (*difficilmente ipotizzabile*) de un conflicto real entre los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y las normas internacionales (p. 961).

[16] M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè Editore (1995), pp. 16-18. En el mismo sentido, *vid*. A. ANZON, "I tribunal costituzionali nell'era di Maastricht", *Studi in onore di Leopoldo Elia*, *cit*., I, p. 90.

[17] El loable intento del TJUE de incorporar tal tradición común al acervo del Derecho Comunitario no impedía el planteamiento de problemas, relacionados fundamentalmente con la insuficiencia del análisis relativo a las propias tradiciones comunes; en este sentido, *vid*. G. GAJA, "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", *Riv. dir. int.* (1988), p. 578. Idéntica dificultad de delimitación, no obstante, ha sido detectada en relación con la propia doctrina de los *contralímites*, en tanto que los contornos de los aspectos indisponibles en los procesos de reforma constitucional y excluidos, por tanto, del material normativo susceptible de inaplicación en atención a la primacía del Derecho Europeo, no han sido tampoco claramente precisados; *vid*., en este sentido, M. MANETTI, "I principi costituzionali come principi supremi", *Giur. cost.* (1983, Parte I, Tomo II), p. 1.145.

[18] Tal posibilidad ha sido de hecho desarrollada por la Corte Constitucional italiana con su sentencia 232/1989, de 13-21 de abril, en la que se enfrentó a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el *Tribunale de Venezia* por la posible incompatibilidad con el artículo 24 CI, que garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de la ley nacional que atribuía al entonces TJCE competencia para delimitar la eficacia temporal de sus propias sentencias dictadas en resolución de cuestiones prejudiciales. La Corte Constitucional aprovechó la ocasión para afirmar su propia competencia en materia de fiscalización de la conformidad de la ley de ejecución de los Tratados con los principios fundamentales y derechos inviolables reconocidos en la Constitución, pese a la excepción opuesta por el Abogado del Estado, basada en la dificultad de que el TJUE pudiera llegar a interpretar y aplicar el Tratado de una forma lesiva de los referidos principios y derechos (FJ 3º).

habían sido precisados por el propio TJUE a partir de la citada sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, *Costa c. ENEL*). Como con acierto se ha señalado, lo que la jurisprudencia europea traía consigo era la *incorporación* al Derecho Comunitario de los elementos comunes de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros en materia de protección de Derechos Fundamentales, no una primacía de las mismas frente al ordenamiento de las Comunidades[19].

Sustancialmente, en idénticos términos de oposición se planteaba, como hemos tenido ocasión de comprobar en la parte introductoria del trabajo, la cuestión prejudicial promovida por nuestro TC ante el TJUE, pese a la aprobación de la CDFUE, cuyo artículo 53, regulador del nivel de protección, habría introducido elementos de clarificación de la cuestión que convertirían, en opinión del magistrado disidente Pérez Tremps y de parte de la doctrina, las dudas formuladas por el TC en un *acto claro*, de acuerdo con la doctrina *CILFIT* (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81), no susceptible por tanto de consulta prejudicial[20].

La afirmación de que la remisión contenida en el artículo 53 CDFUE a los niveles de protección de derechos de los sistemas constitucionales nacionales permite la aplicación de los mismos *sólo* cuando ello no afecte a la primacía, a la unidad o a la efectividad del ordenamiento europeo (apartados 58 a 60) resulta en todo congruente con la jurisprudencia, tanto histórica como reciente, del TJUE. Parece plenamente justificado, en clave comunitaria, que, frente al sistema general de protección de Derechos Fundamentales introducido en la

---

La declaración de inadmisibilidad por irrelevancia con la que concluye la sentencia, sin embargo, ha generado reacciones contrapuestas en la doctrina italiana. Así, mientras que M. CARTABIA detecta en la resolución un cambio en la consideración de los principios y derechos fundamentales garantizados por la Constitución, que dejan, en su opinión, de ser *condiciones de las limitaciones de soberanía* para convertirse en *limitaciones a la primacía del Derecho Comunitario* (*Principi inviolabili…*, *cit.*, p. 116), V. ANGIOLINI valora el pronunciamiento de la Corte como una *argucia* con la que se pretende afirmar la vigencia de la teoría de los *contralímites* sin acompañarla de todas las consecuencias que se derivan de su propia formulación ["I 'principi fondamentali' della Constituzione italiana corrono (non senza pericoli) sul filo del diritto comunitario", *Riv. it. dir. pubbl. com.* (1991, I), p. 154].

[19] *Vid*., en este sentido, M. CARTABIA, *Principi inviolabili…*, *cit.*, pp. 33-34. Pese a ello, la autora admite la posibilidad, en términos jurídicos, de una declaración de inconstitucionalidad de una norma europea por vulneración de los principios fundamentales y derechos inviolables consagrados constitucionalmente (p. 247), cuya consideración como *contralímites* al proceso de integración europea *permiten al Estado conservar su propia soberanía* a lo largo del referido proceso (p. 250).

[20] *Vid.*, en este sentido, el voto particular del Magistrado P. Pérez Tremps, así como P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, "Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial", *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo*, CGPJ, Madrid (2011), p. 211, y M. REVENGA SÁNCHEZ, "Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)", *REDE*, 41 (2012), p. 148. Los dos profesores insisten particularmente en el hecho de que el Tribunal Constitucional había resuelto un caso en todo idéntico al asunto *Melloni*, una vez entrada en vigor la reforma introducida en 2009 de la Decisión marco 2002/584, otorgando el amparo sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial (STC 199/2009), con lo cual la línea jurisprudencial en la materia había sido ya claramente delimitada. *Vid*., en contra, M. LÓPEZ MANZANO, "El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de Derechos Fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio", *REDC*, 95 (2012), que valora, de hecho, negativamente la entonces hipotética aplicación sin matices del principio de primacía por el TJUE (pp. 332-333).

Carta y desarrollado por otras normas de Derecho Europeo respecto a las cuales el TJUE no estima causa alguna de invalidez, como es el caso, no quepa el recurso por parte de los Estados Miembros a sus normas internas, aun de rango constitucional, si con ello se produce el efecto de obstaculización de la interpretación y aplicación uniformes del ordenamiento europeo. Así, resultan plenamente fundadas las reflexiones desarrolladas por J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, que, planteándose la fundamental cuestión de si, ante Derechos Fundamentales que reciban un tratamiento dispar en las constituciones nacionales, debería o no aplicarse el estándar superior, responde negativamente sobre la base de los principios de unidad y primacía del Derecho de la Unión, con base en una interpretación de la mención de las constituciones de los Estados Miembros como nivel mínimo de protección garantizado por el artículo 53 CDFUE que la identifica con las tradiciones constitucionales comunes a los mismos, y no con cada una de las constituciones individualmente considerada[21].

Más allá de los problemas planteados por el desplazamiento de los principios constitucionales fundamentales por la norma europea[22], llama particularmente nuestra atención un aspecto concreto: deja de ser cierto que la aprobación de la CDFUE no haya conducido a la introducción de un doble estándar de protección de los derechos por los Estados Miembros[23]; a partir de este momento, salvo que nuestro TC decidiera excluir del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva los aspectos analizados sobre el condicionamiento de la entrega, será aplicable *ex* artículo 51 CDFUE un contenido diferente (y, curiosamente, más restringido) de este derecho en el ámbito de cooperación judicial europea respecto al propio de las relaciones con órganos jurisdiccionales de estados no miembros de la Unión.

Por lo que respecta a la cuestión en el ordenamiento italiano, es claro que toda operatividad de la doctrina *dei controlimiti* queda excluida a partir de este momento. La STJUE no deja lugar a dudas en relación con la extensión del principio de primacía del Derecho Europeo frente a la normativa nacional, con independencia de su rango. Habrá que esperar, no obstante, para conocer la respuesta de la jurisdicción constitucional italiana y comprobar qué nuevos caminos se abren a partir de su diálogo con el TJUE.

---

[21] J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "Artículo 53", en A. MANGAS MARTÍN (dir.) y L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao (2008), pp. 857. Concluye el autor sus reflexiones al respecto de forma tajante: *de ninguna manera* [se] *convierte a los derechos recogidos en una Constitución nacional en parámetro automático de fijación del nivel de protección de ese derecho en la Unión* (p. 860).

[22] Imposible no recordar, ante un pronunciamiento como el de la sentencia comentada, los argumentos esgrimidos por los magistrados disidentes de la Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre, relativos a la difícil diferenciación práctica de la primacía (característica del Derecho Europeo) y de la supremacía (propia del texto constitucional).

[23] En contra de lo aquí defendido, A. MANGAS MARTÍN, "Art. 51", en *Carta…*, *cit.*, pp. 814 y ss.

EL DELITO CONTINUADO EN EL CASO DE BIENES EMINENTEMENTE PERSONALES (ARTÍCULO 74.3 CP)[1]

Carmen Rocío Fernández Díaz

RESUMEN: El presente trabajo trata de estudiar la aplicación de la figura del delito continuado a las ofensas contra bienes eminentemente personales, concretamente honor y libertad e indemnidad sexuales. Esta regla especial de determinación de la pena está prevista en el párrafo 3 del artículo 74 CP, el cual excepciona a ambos tipos de ofensa de la regla general de excluir la aplicación de esta figura a las infracciones contra bienes eminentemente personales. Siendo la figura del delito continuado una construcción jurisprudencial, ésta no puede explicarse sin acudir a las decisiones de nuestros tribunales. Por este motivo, se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el año 2000, con el objetivo de identificar cuáles son los requisitos que se exigen para la aplicación del citado artículo y tratar de dilucidar las incoherencias que presenta esta figura al ser aplicada a los citados delitos.

PALABRAS CLAVE: Delito continuado, ofensas contra bienes eminentemente personales, honor, libertad e indemnidad sexuales, concurso real de delitos.

ABSTRACT: This paper studies the application of a special rule to punish two or more offenses committed with similar intention or taking advantage of the same occasion, which are called in the Spanish criminal law 'continued offense'. The study concentrates on the application of this rule in crimes against personal goods, specifically honor and sexual freedom and indemnity. This special rule is settled under paragraph 3 of Article 74 of the Spanish Criminal Code. As the figure is a construction created by judicial decisions, it can't be explained without recourse to the decisions of our courts. For this reason, we analyzed the jurisprudence of the Supreme Court since year 2000, with the aim to identify the requirements that are necessary for the implementation of this article and try to clarify the inconsistencies that presents this figure to be applied to the mentioned crimes.

KEY WORDS: Continued offense, crimes against personal goods, honor, sexual freedom and indemnity, concurrence of offenses.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la comisión de un hecho delictivo tiene lugar con la realización de una única acción u omisión, no plantea problemas a la hora de aplicar la norma penal, en la medida en que se aplicará el precepto en cuestión donde dicha conducta ilícita se encuentra tipificada. Sin embargo, ante la concurrencia de una pluralidad de hechos delictivos, son tres las posibilidades que, penológicamente, pueden tener lugar a la hora de aplicar la ley penal por nuestros tribunales.

En primer lugar, puede darse una unidad natural de acción, que supone la valoración unitaria de dichos hechos, considerando éstos como fracciones de una misma acción que dan lugar a una unidad natural, constituida por un dolo unitario que se engloba en un único delito. La pena

[1] El presente trabajo fue realizado en el año 2011, como proyecto de investigación del primer curso del Título de Experto en Criminalidad y Seguridad Pública, que cursé en la Universidad de Málaga.

a aplicar es la establecida para dicho delito en el Código Penal al ser valorada la pluralidad de hechos de forma unitaria.

En segundo lugar, puede darse el caso de que la pluralidad de acciones u omisiones sean consideradas como autónomas e independientes y, por estar motivadas por un dolo renovado en cada nueva acción u omisión, son valoradas aisladamente por ser constitutivas cada una de ellas de un delito distinto. La consecuencia jurídica de aplicar un concurso real, previsto en el artículo 73 CP, que supone la suma aritmética de las penas de cada delito.

En tercer lugar, podemos encontrarnos con el llamado "delito continuado" que consiste, según el artículo 74.1 CP en actuar "*en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*", realizando "*una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza*", siendo en estos casos el sujeto "*castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado*"[2]. En estos casos las consecuencias punitivas son más graves con respecto a la unidad natural de acción, pero lo son menos respecto al concurso real de delitos, con el que realmente sería comparable, constituyendo un beneficio a favor del reo.

Son estos últimos los casos en los que se centra el presente trabajo y que, a continuación, pasamos a estudiar.

2. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO

El delito continuado es una figura de creación doctrinal nacida en el Antiguo Régimen para evitar la pena de muerte con la que se condenaba el tercer hurto[3]. El delito continuado no es una construcción cuya lógica deba buscarse en la teoría del delito, sino en las reglas de determinación de la pena[4]. Los fundamentos doctrinales con los que se ha justificado la aplicación del delito continuado a lo largo de la historia tienen una doble naturaleza. Por un lado, tienen una naturaleza material, por razones humanitarias que evitaban la acumulación de penas; por otro lado, tienen naturaleza procesal, debido a las dificultades probatorias y la indeterminación de las acciones individualmente consideradas.

Así, se creó esta construcción doctrinal y jurisprudencial[5], que el Código penal prevé en su artículo 74[6] y que consiste en "dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo,

---

[2] Este último inciso - *pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado*- fue introducido por la LO 15/2003.

[3] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, p. 469. 8ª edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010; GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 718. Dykinson S. L. Madrid, 2011.

[4] BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, pág. 579, 4° edición aumentada, corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, 1994.

[5] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, p. 652. 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011; GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal…*, op. cit., p. 718.

pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza"[7]. Se trataría, como aclara la STS 127/1998, de 2 de febrero, de una suma de "acciones u omisiones", no de una suma de "delitos".

Como pone de manifiesto el profesor Díez Ripollés[8], "estamos ante un supuesto de unidad de delito compuesto por una pluralidad de unidades de acción típica, en el que la conexión entre las diversas unidades de acción típica es menos intensa que en las hipótesis de *unidad típica en sentido amplio*".

La doctrina cuestiona la admisibilidad político-criminal de esta figura, en la medida en que consiste en que la "unificación" dogmática de una serie de hechos que cumplen con todos los presupuestos de hechos punibles individuales para ser sancionados según las reglas del concurso real[9]. De ahí que se estimen preferibles posiciones restrictivas de aplicación del delito continuado en supuestos dudosos[10].

La figura del delito continuado constituye una "unidad jurídica de acción"[11] o "unidad de delito" que está compuesta por una seria de requisitos a los que el Tribunal Supremo alude en numerosas ocasiones[12]. Estos requisitos son:

La unidad objetiva: consiste en una pluralidad de acciones u omisiones[13], ontológicamente diferenciables entre sí que, aisladamente consideradas, serían cada una de ellas constitutivas de una infracción delictiva y que se enjuician en un mismo proceso, es decir, no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales[14].

---

[6] El artículo 74 del Código penal, dice así: "*1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*
2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.
3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

[7] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal…*, op. cit., p. 469.

[8] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Manual de Derecho Penal. Parte general en esquemas*. 3ª ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

[9] BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal*. *Parte general.*, pág. 430, 4° ed., Akal Ediciones, Madrid, 1997.

[10] BACIGALUPO, E.: Ibídem, pág. 431.

[11] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*op. cit., p. 652.

[12] En la STS de 11 de diciembre de 2001, la STS 523/2004, de 24 de abril, la 219/2004 (RJ 2004, 5965), la STS 3.12.2004 (RJ 2005, 580) y más recientemente la SSTS de 5 de noviembre de 2008, de 15 de octubre de 2009 y la STS de 10 de febrero de 2010.

[13] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*op. cit., p. 654.

[14] SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al): *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, p. 287. 2ª edición actualizada conforme a lo cambios de la LO 5/2010, de 22 de junio. El Derecho. Madrid, 2011.

La unidad subjetiva: que dichos hechos estén conectados por la ejecución de un plan preconcebido (dolo conjunto) o aprovechamiento de idéntica ocasión (dolo continuado)[15]. El Tribunal Supremo utiliza reiteradamente diversas expresiones para referirse a esta unidad subjetiva, como "dolo unitario", "unidad de designio", "planteamiento único en la acción", "unidad de resolución y propósito criminal", que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones u omisiones comisivas, las cuales, pierden su sustancialidad para convertirse en ejecuciones parciales o fragmentos de una sola infracción compleja[16].

La unidad normativa: que la calificación de dichas acciones u omisiones sea igual o semejante, es decir, que los preceptos violados sean de igual o semejante naturaleza[17]. Se ha dicho que se trata de una "semejanza del tipo", que exteriorice una unidad o semejanza u homogeneidad de bien jurídico lesionado[18].

La unidad de sujetos activo y pasivo: la figura del delito continuado supone, además, como consecuencia de la exigencia de un elemento subjetivo conductor de la continuidad, la presencia de un mismo sujeto activo, en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor; y en cuanto a las ofensas contra bienes eminentemente personales, que son las que constituyen objeto del presente trabajo, el sujeto pasivo también ha de ser el mismo en cada uno de los hechos que conforman el delito continuado pues, en el caso de que sean diferentes daría lugar a un concurso real de delitos[19]. Distinto es el caso del apartado 2 del artículo 74 CP, que recoge la figura del *delito masa* o de *sujeto pasivo masa*[20], en el que se aplica el delito continuado cuando son varios los afectados de un delito contra el patrimonio[21], exigiendo el precepto que la infracción contra el patrimonio haya afectado a una generalidad de personas.

Estos son los requisitos que, objetivamente, exige el Código Penal (hoy en su artículo 74 y anteriormente en el artículo 69 bis) desde la Reforma de 1983 y que articulan hoy el esqueleto de esta figura y que, a nivel punitivo, supone la aplicación de la pena del delito más grave de entre los cometidos, *en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado*, encontrándose la *ratio* del precepto en un beneficio punitivo[22].

---

[15] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*op. cit., p. 654.

[16] Como pone de manifiesto SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al) en *Código Penal. Comentado*…, op. cit. pág. 287. El Derecho. Madrid, 2011, el delito continuado exige la "concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos".

[17] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*op. cit., p. 654.

[18] MIR PUIG, S.: Ibídem, pág. 654; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal…*, op. cit., p. 469.; SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al): *Código Penal. Comentado*, op. cit., p. 287.

[19] Antes de la Reforma del '83, el TS negaba en ocasiones la aplicación del delito continuado cuando se trataba de bienes eminentemente personales y en otras la admitía exigiendo unas veces la unidad de sujeto pasivo y otras no; pero desde la introducción del párrafo tercero del artículo 74 con la Reforma 15/2003, de 25 de noviembre, la exigencia de unidad de sujeto pasivo es clara e indiscutible, pues la aplicación del delito continuado a la excepción de bienes eminentemente personales que se permite en los casos de ofensas contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexual exige la unidad de sujeto pasivo como requisito tipificado. Así también ha sido puesto de manifiesto por numerosa jurisprudencia, entre otras, las SSTS de 9 de febrero de 2004, de 7 de junio de 2005, de 10 de junio de 2005, de 11 de diciembre de 2006 y la 439/2011, de 24 de mayo.

[20] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal….*, op. cit., p. 656.

[21] MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal…*, op. cit., p. 469.

[22] VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, pág. 242, La Ley. Madrid, 2010, citando una sentencia del Tribunal Supremo de 1987, afirma que esto es lo que se pretendía en los orígenes de la institución, pero que actualmente la figura del delito continuado se aplica aunque pueda perjudicar al reo porque no se busca ya beneficiar al mismo.

Además de estos requisitos, el Tribunal Supremo exige en reiterada jurisprudencia, la homogeneidad en el "modus operandi"[23] en lo que se refiere a la utilización de los mismos o parecidos métodos, instrumentos o técnicas operativas para llevar a cabo el fin ilícito, pero este requisito, no viene expresamente establecido en el artículo 74 del Código Penal.

3. APLICACIÓN RESTRINGIDA EN OFENSAS A BIENES EMINENTEMENTE PERSONALES

La figura del delito continuado es de aplicación general en los delitos patrimoniales (artículo 74. 2 CP), pero cuando el delito afecta a bienes eminentemente personales nos encontramos ante algunos problemas. Como apuntan algunos autores, factores de política criminal, de técnica jurídica y de justicia criminal, excluyen la aplicación de la continuidad delictiva a actos delictivos que ofendan a un bien eminentemente personal[24].

Así, el apartado 3 del artículo 74 CP (introducido con la LO 15/2003) excluye la aplicación del delito continuado a las ofensas contra bienes eminentemente personales por la importancia intrínseca y la inequívoca proyección colectiva que estos bienes tienen", según el Tribunal Supremo[25].

Son derechos individuales, que por su máxima importancia, están especialmente protegidos y por ello no pueden ser objeto de aglutinamiento o agrupación procesal[26].

En concreto, hay que hacer referencia a ciertos bienes eminentemente personales que quedan manifiestamente excluidos en las sentencias del Tribunal Supremo. Se excluyen los delitos de determinación coactiva a la prostitución y otros delitos de introducción en España de extranjeros con la finalidad de explotación sexual [27], también se excluyen las amenazas[28], las coacciones[29] y el delito de robo con violencia e intimidación[30], considerando que el hecho de que resulten atacados bienes eminentemente personales junto a los de naturaleza real, veta la

[23] STS de 21 de septiembre de 2004. Así también parte de la doctrina, como SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al): *Código Penal. Comentado*…, op. cit., pp. 287 y 293, quien defiende que debe haber homogeneidad en el *modus operandi* debiendo existir una idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.

[24] QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: *Parte general del Derecho Penal*, p. 814. 4ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2005.

[25] CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*– PPU-El sistema penal -, Barcelona, 1990.

[26] Así, lo pone de manifiesto, entre otras muchas, la STS núm. 1695/2000, de 7 de noviembre (RJ 2000, 753).

[27] Así las SSTS de 3 de diciembre de 2004, 767/2005 de 7 de junio (RJ 2005, 6800) y de 10 de noviembre de 2009. La STS de 7 de junio de 2005 estima que no cabe hablar de delito continuado, por cuanto el tipo penal describe una conducta permanente y no actos aislados.

[28] Así la STS de 14 de junio de 2006.

[29] En este sentido se pronuncia la STS de 1 de julio de 2008.

[30] Así, las SSTS de 31 de enero de 2000 y la de 10 de febrero de 2010. Por otro lado, destacan la STS de 6 de febrero de 2009, que alude a un precedente en sentido opuesto y la STS 490/2007, de 7 de junio (RJ 2007, 5646), en la que se aprecia un delito continuado de robo con violencia en casa habitada, supuesto en el que se ejerció una mínima violencia contra la víctima, pero se aprecia esta figura

aplicación del delito continuado[31]. Esto último se afirmaba con anterioridad a que se tipificara el delito continuado, por Antón Oneca[32].

Sin embargo, el párrafo tercero del artículo 74 CP prevé una excepción a la excepción de excluir los bienes eminentemente personales. Esta excepción consiste en aplicar la figura del delito continuado a las infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, atendiendo *a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*.

Quintero Olivares/Morales Prats afirman que la citada excepción en relación a estos dos bienes jurídicos, se justifica por la diversa sustantividad de estos bienes con referencia a otros bienes personalísimos como la libertad, la seguridad o la intimidad[33]. Choclán Montalvo, por su parte, estima que la única explicación que se encuentra a dicha excepción, se halla en el hecho de que la ley ha regulado la relación de continuidad tratando de acomodar la figura a la casuística de la jurisprudencia que la construyó, la cual no tenía base dogmática alguna y, de ahí, la dificultad de una explicación dogmática de la propia ley[34].

Por lo que respecta a las ofensas contra el honor, hay que poner de relieve la escasa jurisprudencia existente. La STS 49/2006 de 24 de enero (RJ 2006, 2655) afirma que "tan sólo resulta apreciable la continuidad en las expresiones injuriosas cuando claramente se muestren guiadas por una unidad de acción y desenvueltas en idéntica situación temporo-espacial, en cuyo caso no puede hablarse de varias infracciones del mismo precepto, sino de una infracción continuada, y resulta factible graduar la pena en más o en menos según la gravedad objetiva del hecho, dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal". Cerezo estima que el delito continuado no debería aplicarse nunca en las calumnias, apuntando que este delito implica un atentado contra el honor y contra la Administración de Justicia; mientras que en el delito continuado, afirma, debería aplicarse a las injurias siempre que haya unidad de sujeto pasivo[35].

En cuanto a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se guía por admitir, como demuestra, entre otras, la STS de 12 de julio de 2004, que estos supuestos caben dentro de la figura de la continuidad delictiva cuando se trata de "reiterados ataques contra el mismo sujeto pasivo realizados en un mismo marco temporal y espacial..." o "…durante un periodo de tiempo (…) desarrolladas en un ámbito de espacio y circunstancial semejante respecto a lo que no es posible su exacta concreción". Cerezo considera que el delito continuado no debería apreciarse nunca en las agresiones sexuales (arts. 178 y 179), pues en estas aparece en primer plano el ataque a la libertad sexual; mientras que solo debería aplicarse a los delitos de abusos y acoso sexuales, cuando la víctima sea la misma, estimando que en estas aparece en primer plano la infracción de normas de la ética social, y sólo en segundo plano el ataque a la libertad sexual[36].

---

[31] Así, la STS de 20 de enero de 2000.

[32] ANTÓN ONECA, J.: "Delito continuado", pág. 461, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1954.

[33] QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: *Parte general del Derecho Penal*, op. cit., p. 814.

[34] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado*, pág. 278, Marcial Pons, Madrid, 1997.

[35] CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte general*, pág. 300, Vol. III Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2002.

[36] CEREZO MIR, J.: Ibídem, págs. 299-300.

El Tribunal Supremo[37] destaca en múltiples ocasiones la importancia del contenido final del artículo 74 CP, que prevé que en estos casos se atenderá "*a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*".

Antón Oneca aludía a la necesidad de cierta amplitud del arbitrio judicial en el caso del delito continuado para superar los posibles obstáculos existentes a la hora de su aplicación, pues este, decía, no obedece a un patrón fijo[38]. Sin embargo, el último inciso del párrafo tercero, que amplía el arbitrio judicial, es criticado por la doctrina por considerarse demasiado amplio y vago[39], al constituir una fórmula vacía de contenido[40], que da lugar a una considerable inseguridad jurídica[41] e infringiendo claramente el principio de legalidad[42].

En nuestra opinión, el problema del citado inciso, si bien puede ser criticada su amplitud y vaguedad, radica más bien en una falta de coherencia jurisprudencial a la hora de aplicar este precepto. Siendo necesaria cierta discrecionalidad judicial para graduar los diferentes supuestos que pueden tener lugar, se ha llegado a soluciones muy dispares y desproporcionadas que más que suponer una aplicación restringida del precepto, lo que hubiera sido deseable en la medida en que el delito continuado no debería ser aplicable a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, esta se ha ampliado, lo cual no nos parece adecuado.

4. LA CONEXIÓN ESPACIO-TEMPORAL EN EL DELITO CONTINUADO

Por otro lado, es importante destacar otro elemento que ni viene tipificado en el Código Penal ni el Tribunal Supremo incluye en la enumeración de los requisitos aunque sí hace alusión a él en numerosas ocasiones.

Se trata de la conexión espacio-temporal. Este es un requisito que no viene expresamente establecido hasta ahora[43] en el artículo 74 del Código Penal, y que la doctrina consideraba secundario antes de la reforma de 1983[44], pero que parece imprescindible, no tanto por la importancia en sí de estos elementos, sino de cara a valorar si concurre o no el dolo unitario, pues el transcurso de un extenso lapso temporal entre los distintos hechos supondría una dudosa o incierta posibilidad de que los distintos actos sean abarcados por un mismo dolo que los vertebre (conjunto o continuado), siendo más probable la concurrencia de un dolo renovado, que vuelve a nacer cada vez que se produce un acto[45].

---

[37] Entre otras, la STS de 10 de marzo de 2009.

[38] ANTÓN ONECA, J.: "Delito continuado", pág. 460, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1954.

[39] BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Manual de Derecho Penal…*, op. cit., pág. 581.

[40] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado,* op. cit., pág. 280.

[41] BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal*., op. cit., pág. 435.

[42] CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español…*, op. cit., pág. 299.

[43] Actualmente, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, prevé una modificación del precepto, incluyendo el requisito de la cercanía espacial y temporal en su párrafo primero.

[44] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*, op. cit., p. 653.

[45] En este sentido, las SSTS de 15 de febrero de 1997, de 4 de abril de 2000, 1108/2002 de 11 de junio (RJ 2002, 6924), de 9 de febrero de 2004 y de 5 de julio de 2005, a la cual alude la de 11 de diciembre de 2006. Así también sentencias como la de 22 de septiembre de 2005, que literalmente recoge "la separación espacial y temporal de los acometimientos sexuales tan distintos y distantes llevados a cabo (…)" y que "respondieron los yacimientos a impulsos eróticos diferenciados, surgidos de modo autónomo, tras lapsus intermedios de muchas horas, suficientemente individualizados como para aislarles y dotarles de significación propia e independiente"; En el mismo sentido, la STS 1013/2011, de 6 de

Es necesario, por tanto, una conexión espacio-temporal[46] para asegurar la concurrencia del dolo conjunto – aprovechando idéntica ocasión – o continuado – plan preconcebido – pues sólo si existe tal conexión es posible garantizar que el designio criminal del sujeto activo responda a una unidad (designio criminal común), ya que el tiempo es un elemento que actúa de manera negativa en este sentido y el hecho de que éste transcurra, ofrece menos garantías de la presencia del dolo conjunto o continuado.

En este sentido, se ha pronunciado también Castiñeira, quien afirma que la conexión espacio-temporal constituye una exigencia de carácter secundario. En cuanto a la conexión temporal, por un lado, en la medida en que es imposible determinar cuándo deberá considerarse que el transcurso de tiempo es ya demasiado largo para aplicar la continuidad delictiva, argumenta que dicha conexión deberá ser simplemente aquella que permita la subsistencia del elemento subjetivo, que es el determinante[47]. En relación con la conexión espacial, por otro, la estima innecesaria[48].

Por tanto, la proximidad entre los hechos resultará necesaria para valorar la concurrencia del elemento subjetivo que exige, como elemento fundamental, el delito continuado.

A pesar de esto, se ha obviado la necesidad de dicha conexión espacio-temporal cuando no es posible concretar el número exacto de actos que se han llevado a cabo, siendo en este sentido, la jurisprudencia del Supremo contradictoria. De esta forma, se aplica en ocasiones la pena del delito continuado, aun cuando los hechos han tenido lugar durante varios años, por no poder identificar el número concreto de ellos[49].

5. EL DELITO CONTINUADO Y LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN

---

octubre, que castiga por tres delitos de abusos sexuales a un sujeto que durante tres noches consecutivas realiza tocamientos a un menor aprovechando idéntica ocasión. En sentido contrario, la STS 1130/2011, de 2 de noviembre, que sí aplica la pena del delito continuado al sujeto que, aprovechando encuentros familiares, abusa de su sobrina durante tres o cuatro fines de semana del mismo mes; también así la STS 984/2012, de 10 de diciembre, que también castiga por delito continuado dos agresiones sexuales llevadas a cabo aprovechando el sujeto que se quedaba a solas con la menor, una en el mes de noviembre y otra en diciembre de 2010.

[46] Así lo afirman también algunos autores, como SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al): *Código Penal. Comentado*…, op. cit., pp. 287 y 293; En el mismo sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. en *Comentario al Código Penal…*, op. cit., pág. 242, quien afirma, haciéndose eco de jurisprudencia del Tribunal Supremo de finales de los ochenta y principio de los noventa, que "las diversas acciones deben haberse desenvuelto en el mismo o aproximado entorno espacial y dentro de un razonable marco temporal unificador que las aglutina". En sentido contrario se pronuncia también un sector doctrinal, que considera que la no exigencia de una conexión espacial o temporal estrecha es lo que diferencia algunos supuestos de delito continuado de los supuestos de unidad típica en sentido amplio (así, GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal…*, op. cit., p. 719).

[47] CASTIÑEIRA, M. T.: *El delito continuado*, págs. 169-171, Bosch, Barcelona, 1977.

[48] CASTIÑEIRA, M. T.: Ibídem, pág. 171.

[49] Así, la STS 307/2010, de 22 de marzo, en la que se castiga por delito continuado a un profesor que durante cuatro años abusó sexualmente de un alumno; la STS 546/2010, de 10 de junio, que también estimó que concurría un delito continuado de abusos sexuales en el caso de un padrastro que realizó durante años una serie repetida de actos sin poder determinarse cuántos; y la STS 77/2012, de 15 de febrero, por el que se condena por delito continuado a un sujeto que había realizado abusos sexuales continuados a una menor desde los 11 a los 12 años, sin que pudiera concretarse las veces exactas.

No siempre queda claro de forma suficiente cuándo estamos ante un delito continuado y cuando ante una unidad natural de acción. Existen casos en los que el Tribunal Supremo muy similares, en los que se han dado soluciones jurisprudenciales contradictorias.

Así, el TS ha aplicado delito continuado en el caso de tres ofensas contra la libertad sexual espacio-temporalmente conectadas (pues se producen a lo largo de una noche) y objeto, cada una de ellas de diferentes amenazas, valorando las mismas no como delito en sí sino como reproducción externa de la voluntad criminal del sujeto activo, que llevan a considerar la presencia de un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos, no estando ante una unidad natural de acción[50].

La STS de 21 de mayo de 2001 comprende también la producción de tres hechos, pero a diferencia de la STS anterior, estos hechos se producen en un mismo momento y bajo una misma amenaza que no cesa y que llega incluso a hacerse efectiva, de forma que los hechos se producen en una misma situación de violencia, prevaliéndose el autor del clima intimidatorio ya creado con la brutalidad de su comportamiento y dando lugar, por tanto, a una unidad natural de acción, compuesta por una pluralidad de movimientos corporales que están abarcados por un mismo dolo. También han sido estos denominados como "modalidad comisiva de progresión delictiva"[51].

De aquí también se deduce una afirmación, que el TS en reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto y es que el número de penetraciones en un delito contra la libertad e indemnidad sexual, no tiene porqué coincidir con el número de delitos[52].

La frontera a veces en estos casos resulta algo difusa, y se ha recurrido a criterios, por parte del Tribunal Supremo, que no ofrecen muchas garantías, tratándose de una decisión de tal calibre. Así, la STS de 18 de julio de 2000, considera que será natural o jurídica la unidad, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social así lo percibe, es decir, dice la sentencia que, "cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio", se aplicará el delito continuado.

Dado que, como ha afirmado el Tribunal Supremo, en este tipo de ofensas no es relevante el número de penetraciones a los efectos de contabilizar el número de delitos, y puesto que pueden darse casos muy parecidos, como los citados, será determinante a veces la posibilidad de individualizar cada acción, en función del dolo unitario para dilucidar cuándo, ante la presencia de varias acciones, estamos ante un supuesto al que le es de aplicación el delito continuado, y cuando se da sólo una unidad natural de acción.

6. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS HECHOS O CALIFICACIÓN JURÍDICA: EL CONCURSO REAL DE DELITOS.

[50] Así, la STS de 4 de abril de 2000.

[51] Así la STS de 9 de octubre de 2000, aludiendo a la STS de 29 de abril de 1999.

[52] Así, la STS de 20 de septiembre de 2005 subraya, aludiendo a la STS de 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 837), que "el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos". En el mismo sentido, la STS de 24 de septiembre de 2002, volviendo a hacer referencia a la STS de 15 de febrero de 1997, e igualmente en la STS de 23 de junio de 2003, aludiendo a la STS 1560/2002 de 24 de septiembre (RJ 2002, 8352), la STS 949/2001 de 17 de mayo y la STS de 30 de enero de 2009. En sentido contrario, la STS 398/2010, de 19 de abril, que estima que concurre un delito continuado de agresión sexual por llevarse a cabo las diferentes penetraciones antes y después de quedarse dormido el agresor y la STS 994/2011, de 4 de octubre.

El TS exigía tradicionalmente como requisito fundamental para apreciar la figura del delito continuado, el de indeterminación de las diversas acciones u omisiones o imposibilidad de individualizar las mismas, requisito que fue abandonado en los años '70 por el Tribunal Supremo[53].

Podemos decir que en la individualización de los hechos se dan dos supuestos o elementos que han de concurrir.

Sin embargo, una muestra de que aún quedan vestigios de esa exigencia es el hecho de penar la pluralidad de acciones u omisiones con las reglas del concurso real de delitos cuando es posible una individualización de los hechos o éstos son susceptibles de ser determinados. Esto prueba, por tanto, que el citado criterio permanece en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo[54].

Por un lado, el elemento objetivo de la individualización, que consiste en la posibilidad de determinar los hechos aislados unos de otros, es decir, si éstos son objeto de una posible diferenciación con la finalidad de distinguir a cada uno de ellos en su individualidad. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma en la STS de 10 de julio de 2002, aludiendo a la STS núm. 1695/2000, de 7 de noviembre (RJ 2000, 753), que en aquellos casos en que sea posible una "mínima individualización", es decir, "cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles" no se aplicará el delito continuado, sino que será punible cada hecho individualizable.

Por otro lado, el elemento subjetivo de la individualización trata de identificar si, en cada caso concreto y aisladamente considerado, fue necesario llevar a cabo una renovación de la decisión de menoscabar la libertad sexual de la víctima, por ejemplo empleando violencia o intimidación, por parte del sujeto activo para conseguir doblegar su voluntad y conseguir así atentar contra su libertad e indemnidad sexuales. Tal renovación implicaría una nueva voluntad criminal individualmente considerada que formaría parte de una acción, también individual, susceptible por tanto de ser penada en concurso de delitos y no como un delito continuado.

El hecho de que todavía se exija la individualización de los hechos para castigar por concurso real de delitos y, en caso de que esta no se dé, se aplique el delito continuado, resulta sumamente criticable, por cuanto podrá castigarse con mayor pena la concurrencia de unos cuantos hechos aislados susceptibles de individualizarse, mientras que, una multitud de ellos cuya individualidad no pueda identificarse, recibirá el beneficio punitivo del delito continuado.

7. REFLEXIÓN FINAL.

Como hemos visto, si bien los criterios que definen la figura del delito continuado parecen claros, no resulta tan sencillo en la práctica identificar qué casos responden a esta figura, cuáles deben ser objeto de castigo como unidad natural de acción o a cuáles deberá aplicarse el concurso real de delitos.

---

[53] CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español.*, op. cit., pág. 294, GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal…*, op. cit., p. 719; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal…*, op. cit., pp. 653-654.

[54] La STS 1276/2011, de 28 de noviembre, incluye expresamente en su Fundamento de Derecho segundo "la indeterminación de fechas en que se ejecutaron los diversos actos" como requisito concurrente para aplicar el delito continuado, "pese a la singular gravedad de dos de ellos", afirma. De esta forma justifica que todos los abusos probados en la sentencia, estaban en relación de continuidad "a los efectos de aplicación de la pena, sin que la naturaleza del hecho sea objeción al respecto", termina diciendo la sentencia.

La aplicación del delito continuado a las ofensas contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales, como ya se ha dicho, constituye una excepción a la prohibición de aplicar el mismo a delitos contra bienes eminentemente personales y por ello debe ser tratada con especial cautela dada la importancia de los bienes jurídicos que se lesionan en este tipo de delitos.

Por un lado, si antes podía hablarse de excepcionalidad en la aplicación por el Tribunal Supremo del delito continuado en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual[55], ahora no puede decirse lo mismo. Basta que concurran los requisitos exigidos para que este se aplique, sin entrar a valorar otros aspectos y no atendiendo, por tanto, al inciso final del art. 74.3 CP que, como ya hemos apuntado, adolece de una vaguedad que lo hace inútil.

Por otro lado, parece de difícil comprensión la solución a la que llega el Tribunal Supremo en ciertas ocasiones al penar por la regla del delito continuado supuestos en que son identificables dos hechos con un dolo renovado en cada uno de ellos, ya que en caso contrario, supondría penar más levemente al que comete innumerables infracciones (castigadas con la regla del delito continuado), que al que comete sólo dos (castigado con la regla del concurso real de delitos)[56].

Tiene razón el Tribunal Supremo al hacer esta valoración, porque es absolutamente incoherente el hecho de castigar con mayor pena al que comete dos hechos que al que comete más. Sin embargo, este razonamiento no deja sino entrever el problema que subyace en la aplicación de esta figura a este tipo de delitos, y es que hace descender el rigor punitivo que merecerían este tipo de conductas por la importancia del bien jurídico que se lesiona[57].

Que esto sea así, acaba equiparando las ofensas a la libertad sexual con las de carácter patrimonial, no exigiéndose ya que los hechos que puedan ser calificables individualmente sean penados por separado y algo más preocupante, que dos hechos delictivos puntuales sean castigados de igual manera que un número indefinido de los mismos, cometidos en un largo periodo de tiempo.

La aplicación del delito continuado no puede traer consecuencias tan graves como esta, en las que el Tribunal Supremo deja de aplicar un concurso real a sabiendas de que se dan los supuestos para su aplicación, imponiendo la pena del delito continuado para paliar o subsanar un error del precepto, dando lugar con esto a una vulneración de la seguridad jurídica[58].

Todo esto merece una solución que quizás podría pasar por la eliminación de esta figura para el caso de las ofensas a bienes eminentemente personales y buscar otras formas de castigar este tipo de conductas más justa y proporcionada. Esta parece ser la línea que sigue el

---

[55] CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado,* op. cit., pág. 285.

[56]"(…)En efecto, si la interpretación de las normas debe estar presidida por la racionalidad y recto criterio, que excluya la sin razón y el absurdo, se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en que durante casi dos años y medio se mantuvieran de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones, lo que significaría tanto como decirle en este caso al penado que se le condena por dos delitos, con mayor pena, porque han sido sólo dos las acciones delictivas y que para conseguir una condena por un único delito continuado tendría que haber repetido la conducta criminal muchas más veces con suficiente cercanía temporal entre ellas" (STS de 18 de junio de 2007).

[57] BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal*…, op. cit., págs. 434-435.

[58] Resulta significativo a estos efectos uno de los párrafos que recoge la STS 546/2010, de 10 de junio cuando afirma que "resulta indiferente las veces que el acusado introdujo los dedos en la vagina de las menores o en qué otras ocasiones se limitó a acariciar su cuerpo, pues todos esos actos con claro propósito libidinoso integran un conjunto de conductas susceptibles de aglutinarse en un delito continuado, en tanto ninguna de ellas había prescrito y estaba perfectamente determinado el periodo de tiempo en que se produjeron…".

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código penal[59], que modifica el artículo 74 CP excluyendo "*las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor*".

Esta reforma del precepto, que es valorada de forma positiva tanto por el informe del Consejo Fiscal de diciembre de 2012, como por el del Consejo General del Poder Judicial de enero de 2013, en ninguno de ambos informes ni en la Exposición de Motivos recibe justificación alguna. Por ello, se ha pretendido en el presente trabajo argumentar las falencias de dicha previsión legal, cuya eliminación nos parece acertada.

8. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J.: "Delito continuado", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1954.

BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal*. *Parte general.*, 4° ed., Akal Ediciones, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4° edición aumentada, corregida y puesta al día, PPU, Barcelona, 1994.

CANTARERO BANDRÉS, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*– PPU-El sistema penal -, Barcelona, 1990.

CASTIÑEIRA, M. T.: *El delito continuado*, Bosch, Barcelona, 1977.

CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte general*, Vol. III Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito continuado,* Marcial Pons, Madrid, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas*. 3ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson S. L. Madrid, 2011.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: *Parte general del Derecho Penal*, 4ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2005.

SAAVEDRA RUÍZ, J. (et. Al): *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. 2ª edición actualizada conforme a lo cambios de la LO 5/2010, de 22 de junio. El Derecho. Madrid, 2011.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. La Ley. Madrid, 2010.

[59] Actualmente, éste se encuentra aprobado por el Consejo de Ministros, con fecha de 20 de septiembre de 2013.

LA CUSTODIA DE SEGURIDAD DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SU ADECUACIÓN A LO ESTABLECIDO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Marta Fernández

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la incorporación de la custodia de seguridad alemana al ordenamiento jurídico español propuesta por el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma de Código penal. La inclusión de esta figura supone la regulación, por primera vez en nuestra legislación, de una medida de internamiento dirigida a sujetos imputables considerados peligrosos tras el cumplimiento de la pena de prisión. Asimismo, supone un cuestionamiento claro de ciertos presupuestos básicos de un Estado de Derecho que en el caso español carecería de toda justificación empírica. Sin embargo, más allá de la polémica suscitada en la doctrina sobre la legitimidad de legislar medidas de seguridad postdelictuales para imputables, en las siguientes líneas me limitaré a analizar si la medida propuesta por el gobierno español se ajusta a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del TEDH y si cumpliría con lo establecido por éste para la custodia de seguridad alemana y las condenas indeterminadas británicas. Estos pronunciamientos deberán ser tenidos en cuenta por el legislador si quiere evitar una nueva condena por su política criminal punitiva y vulneradora de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: custodia de seguridad, condenas indeterminadas para la protección de la sociedad, *ipp sentences*, internamientos de seguridad, inocuización, internamientos post condena, populismo punitivo, peligrosidad penal.

BREVE CV: Marta Fernández Cabrera es becaria del Campus de Excelencia Andalucía Tech. Es licenciada en Derecho y Máster en Derecho Penal y Política Criminal. Ha recibido el tercer premio “Pedro Dorado Montero” de la Universidad de Salamanca y ha presentado diversas comunicaciones en congresos nacionales e internacionales. Además, ha impartido docencia y realizado una estancia de investigación en la Universidad de Buenos Aires financiada a través del programa de Jóvenes Profesores e Investigadores del Banco Santander. Actualmente, lleva a cabo su tesis doctoral sobre corrupción en el ámbito de la contratación pública en el área de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, concretamente sobre el tipo delictivo de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos. El trabajo que presenta en las siguientes líneas forma parte de su participación en el Proyecto I+D "La evolución de la política criminal occidental en un mundo de progresiva exclusión social"(DER2012-32070), dirigido por José Luis Díez Ripollés.

1. Introducción

Cuando un sujeto comete un hecho delictivo y es condenado a una pena de prisión, una vez cumplida ésta, se ha de entender que ha pagado su deuda con la sociedad y ha de quedar liberado de toda responsabilidad por el hecho cometido. Sin embargo, el problema surge cuando tras la pena de prisión cumplida éste sigue siendo considerado peligroso para la sociedad en la que ha de volver a integrarse.

Garantizar la seguridad de los ciudadanos que han de recibir al individuo que comete reiteradamente hechos delictivos graves incidiendo lo menos posible en sus derechos fundamentales es uno de los retos a los que se enfrenta y se ha enfrentado siempre la política criminal de los estados democráticos. Aunque la cuestión no es nueva, el debate ha adquirido

una nueva dimensión dada las continuas demandas de seguridad ciudadana reclamadas por parte de la sociedad a través de los medios de comunicación. Como consecuencia de las mismas, los estados de nuestro entorno han llevado a cabo intervenciones penales que ponen en entredicho claramente las garantías y libertades propias de un Estado de Derecho.

La tendencia político criminal actual, inserta en el paradigma de la seguridad ciudadana, hace que la búsqueda de soluciones a la peligrosidad de sujetos que han cumplido condena se oriente al margen de la búsqueda del origen de la desviación y de la mejora en el tratamiento ofrecido a los sujetos, optando por llevar a cabo medidas dirigidas a intensificar el control penal y la inocuización del sujeto.

Muestra de esta intensificación penal es la variedad de mecanismos incorporados en el derecho comparado para hacer frente a dicha peligrosidad: alargar cada vez más las penas de prisión, endurecer la reincidencia, condenas indeterminadas, medidas de seguridad post delictuales para sujetos imputables… De entre todos ellos, los más polémicos, por lo restrictivo de derechos fundamentales que resultan, son las *Ipp sentences* británicas (*indeterminate sentence of imprisonment for public protection*) y la custodia de seguridad prevista en el ordenamiento jurídico alemán.

Las *Ipp sentences* son condenas indeterminadas en las que el sujeto, una vez cumplido un periodo mínimo de estancia en prisión (*tariff*), no se pone automáticamente en libertad sino que se abre un periodo de seguridad (*preventive period*), en el que el sujeto continuará cumpliendo condena de manera indefinida hasta que demuestre que ha dejado de ser peligroso para la sociedad en la que ha de reintegrarse. El organismo que ha de revisar la peligrosidad del sujeto de manera periódica es la *Parole Board*. Este sistema, da lugar a que muchos sujetos permanezcan más tiempo de cumplimiento preventivo o de seguridad que de condena propiamente dicha.

La versión continental de las condenas indeterminadas es la custodia de seguridad alemana (*Sicherungsverwahrung*). Ésta se configura como una medida de seguridad privativa de libertad para sujetos imputables que se cumple acumulativamente a la pena. Se prevé en el artículo 66 del CP alemán y tiene carácter obligatorio en casos de delincuencia grave o reiterada, o carácter potestativo en el caso de que no existan condenas anteriores, el infractor presente a una tendencia a la comisión de delitos graves. Sus orígenes se remontan a 1933 pero dejó de ser prácticamente aplicada tras la II GM y la caída del III Reich. Sin embargo, el legislador volvió a retomarla en 1998 tras demandas de seguridad ciudadana que se produjeron como consecuencia de la aparición en prensa de varios delitos sexuales contra menores extremadamente violentos cometidos por delincuentes reincidentes[1].Desde ese momento, se introdujeron diversas reformas encaminadas a relajar los requisitos inicialmente establecidos, hasta el punto de llegar a una regulación de la misma sin límite temporal, imponerla sin que la sentencia lo contemplara y con carácter retroactivo.

Ambas medidas, las *ipp sentences* y la custodia de seguridad, son la modalidad anglosajona y continental de una misma opción político criminal: el derecho penal de la peligrosidad, "que se caracteriza, tanto en su versión predelictiva como postdelictiva, por ser un derecho de estricta seguridad frente al futuro (puramente preventivo) y no de respuesta frente al pasado"[2]. Para satisfacer los altos niveles securitarios que la sociedad demanda y

---

[1] Sobre la evolución de la custodia de seguridad en Alemania y el papel que jugaron los medios de comunicación en la reaparición de la misma, consultar CANO PAÑOS, M.A.: *El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Año XI Número 20/21 (2006).

[2] SILVASÁNCHEZ, J.M.: *El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales y violentos*. Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memorian" / coord.

poder actuar sobre el delincuente una vez que ha cumplido condena, el derecho penal tradicional blindado con una serie de garantías (principio de culpabilidad, de proporcionalidad, de legalidad…), se presenta ineficaz, con lo que el legislador ha optado por una huida hacia el derecho de las medidas de seguridad[3].

España por su parte, había abordado la cuestión de la peligrosidad de sujetos reincidentes hasta 2010 alargando cada vez más las penas privativas de libertad, agravando la reincidencia y endureciendo el régimen de sustitución y suspensión de la pena[4], evitando acudir a medidas de seguridad para sujetos imputables. Sin embargo, eso cambia con la entrada en vigor de la LO 5/2010. Es entonces cuando el legislador español rompe con el sistema vicarial que había sido tradicional hasta el momento para permitir la yuxtaposición de pena y medida de seguridad a sujetos imputables a través de la introducción de la medida de libertad vigilada aplicable tras el cumplimiento de la pena de prisión.

A pesar de las críticas que suscitó por parte de la doctrina la introducción de la medida, éstas fueron bastante limitadas dada la escasa virtualidad práctica que en un primer momento parecía que iba a tener en nuestro ordenamiento[5]. Sin embargo, esta pequeña escisión en el tradicional sistema monista supuso dejar la puerta abierta a ahondar en la posibilidad de hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes a través de medidas de seguridad para sujetos imputables.

No han pasado todavía dos años desde la entrada en vigor de la última reforma del Código penal, la que se produjo a través de la LO 5/2010 de 22 de junio, que modificó numerosos artículos e introdujo la medida de libertad vigilada y la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando el gobierno vuelve a la carga con un anteproyecto de reforma cuantitativa y cualitativamente mayor que el anterior[6]. El mencionado anteproyecto, publicado por el gobierno el 16 de julio de 2012, prevé dos mecanismos para luchar contra los sujetos peligrosos una vez finalizada el cumplimiento de la condena. Por un lado, amplía la libertad vigilada introducida por la LO 5/2010. Asimismo, incorpora como medida estrella la custodia de seguridad extraída literalmente del ordenamiento jurídico alemán. La introducción de forma preliminar de esta medida extrema y extraña al derecho español, pone de manifiesto que estamos ante un cambio de paradigma, pasando de un derecho penal del hecho a un derecho penal de la peligrosidad[7].

En las siguientes líneas voy exponer los motivos y la configuración que el gobierno ha otorgado de forma preliminar a esta figura y cómo encajaría su posible regulación con los recientes pronunciamientos sobre la custodia de seguridad del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH).

2. Regulación de la custodia de seguridad según la Exposición de motivos (EM) del Anteproyecto de reforma Código penal español

---

por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre Árbol académico, Vol. 1, 2001, ISBN 84-8427-139-0 , págs. 699-710

[3] No solo el legislador ha optado por esta opción. Sobre el apoyo que ha recibido esta opción político criminal en la doctrina ver DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado.* Revista de Ciencia Penal y Criminología. 7(2005).

[4]ROBLES PLANAS, R.: *"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad.* Indret (Revista para el análisis del Derecho). 10/2007.

[5] Solo afectaba a delitos de terrorismo y delincuencia sexual y el juez podía imponerla potestativamente.

[6] Así lo pone de manifestó SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: *Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español.* Indret (Revista para el análisis del Derecho) ,4/2013.

[7] Así también BORJA JIMÉNEZ, E.: *Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites*. Revista General de Derecho Penal. 18(2012).

Uno de los argumentos a los que alude el Gobierno español en la EM para la inclusión de la custodia de seguridad es que se trata de una medida regulada en otros países de nuestro entorno (Alemania, Austria, Suiza, Italia, Francia, Dinamarca, Liechtenstein, San Marino, Eslovaquia o Reino Unido). En consecuencia, podemos afirmar que la política criminal española ya no sólo se guía por los estándares marcados por la Unión Europea y los convenios internacionales de los que es firmante, sino también por la política criminal de los países de nuestro entorno. Tomando la experiencia extranjera como una garantía de éxito o un ejemplo de racionalidad legislativa[8].

Asimismo, fundamenta la exigencia de responsabilidad tras el cumplimiento de la condena en el hecho de que la custodia de seguridad se basa en que la pena tiene como fundamento la culpabilidad por el hecho, mientras que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del autor. Por esta razón, todos los delitos tienen o deberían tener como consecuencia una pena ajustada a la culpabilidad por el hecho, mientras que las medidas de seguridad solamente son necesarias cuando exista una peligrosidad relevante. Esta diferenciación entre pena y medida de seguridad permite, según el legislador, que ambas puedan ser impuestas conjuntamente sin que se produzca una infracción del principio non bis in idem.

La modalidad de aplicación por la que se podrá imponer la medida de custodia de seguridad según la EM es a través de dos vías:

En primer lugar, se podrá imponer a los sujetos que cometan algún delito de especial gravedad (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, delitos de tráfico de drogas (¡!), delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, delitos contra la comunidad internacional, de riesgo catastrófico o de terrorismo) y que hayan sido condenados por la comisión de alguno de estos delitos previamente a una pena de más de tres años de prisión.

En segundo lugar, se podrá aplicar la custodia de seguridad a aquellos que sean condenados por primera vez a varios delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, delitos contra la comunidad internacional, o de terrorismo y se le impusiera una pena total superior a cinco años de prisión.

En ambos casos, se tendrá que confirmar la peligrosidad del autor, entendiendo por peligrosidad la posibilidad de comisión de estos delitos en el futuro. Sin embargo, la EM nada establece sobre cómo y quién llevará a cabo ese pronóstico de peligrosidad.

Haciendo un análisis superficial de ambas modalidades, podemos apreciar que lo que en un primer momento se afirma en la EM sobre que "sólo puede ser impuesta por el juez a supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes y peligrosos" no es del todo cierto. Como se deduce de lo anteriormente expuesto y a modo de ejemplo, la custodia de seguridad se podrá imponer a un sujeto que haya sido condenado dos veces por tráfico de drogas a una pena de más de tres años[9] y dadas sus condiciones se prevea un pronóstico de comisión de algún delito considerado grave en el futuro. Es decir, lejos de lo que en principio parece afirmar la propia exposición de motivos, la custodia de seguridad no solo va a ser aplicada a asesinos en serie y depredadores sexuales sino que abarca casos de delincuencia menos grave, como robos callejeros, violencia intrafamiliar, tráfico de drogas sin agravantes…[10].

---

[8] En igual sentido GARCÍA RIVAS, N.: *Libertad vigilada y Derecho penal de la peligrosidad*. Revista General de Derecho Penal. 16(2011).

[9] La pena mínima del tipo básico de tráfico de drogas es de tres años para sustancias que causan grave daño a la salud (artículo 368 del Código penal) así que lo más habitual es que la pena supere este límite.

[10] DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Detengan la custodia de seguridad*.www.eldiario.es.19/04/2013.

La división de estos dos grupos de sujetos, cuya característica común es su capacidad de generar inseguridad ciudadana más allá de cualquier otra característica criminológica[11], resulta criticable por el hecho de que abarque tipos delictivos que no son graves. La inclusión de delitos como el tráfico de drogas sin agravantes hace que la medida difícilmente sobreviva el juicio de proporcionalidad al que ha de ser sometida toda medida penal. Como han puesto de manifiesto algunos autores, una medida tan extrema debería agotarse en tipos delictivos contra las personas[12].

Según la EM del Anteproyecto, la custodia de seguridad tendrá una duración máxima de diez años si bien, deberá ser alzada tan pronto desaparezca la causa que hizo necesaria su imposición (peligrosidad). Este límite temporal, extraído de la regulación germana original (antes de que se reformara hasta quedar como una medida indefinida), fue muy criticado en su momento por la doctrina germana por ser demasiado amplio. A pesar de ello, el TEDH no lo ha declarado contrario al artículo 7.1 del CEDH[13], que dispone que los tipos penales deben estar legalmente circunscritos de un modo suficiente y que los marcos penales deben ser claramente cognoscibles.

Este límite temporal tan amplio, da lugar a que por un hecho delictivo cometido el sujeto pueda estar recluido más tiempo como consecuencia de la imposición de una medida de seguridad que el tiempo de reclusión que le corresponde por la propia pena. Esta situación, que se da también en los ordenamientos británicos y alemán, podría plantearse como vulneradora del principio de proporcionalidad. Sin embargo, como veremos a continuación, no ha sido considerada como tal por parte del TEDH.

Además, la medida deberá ser impuesta por un tribunal, que una vez llegado el momento decidirá si la medida se cumple o no. En el caso de que considere que no es necesario su cumplimiento deberá imponer de manera obligatoria la medida de libertad vigilada La medida será revisada obligatoriamente por un tribunal (no se dice cuál) cada dos años como mínimo.

Una vez repasado el régimen preliminar que el legislador español ha otorgado a esta figura en el Anteproyecto de reforma de Código penal, analizaremos si ésta se adapta a lo establecido por el TEDH en las diversas ocasiones que ha tenido para pronunciarse sobre los internamientos de seguridad previstos para hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes en los ordenamientos británico y alemán.

3. Los pronunciamientos del TEDH

Desde su puesta en funcionamiento, el TEDH ha sido requerido en multitud de ocasiones para pronunciarse sobre sujetos que se encuentran privados de libertad por distintos motivos: condiciones de vida en prisión, comunicaciones con el mundo exterior, régimen disciplinario…Por eso, no es de extrañar, que algunos de los mecanismos de internamiento incorporados a los ordenamientos europeos para luchar contra la peligrosidad de sujetos reincidentes hayan sido cuestionados por la vulneración de derechos humanos y necesiten de una respuesta clara por parte del Tribunal de Estrasburgo.

---

[11] Más que otros motivos como su difícil pronóstico de reinserción, altos fracaso en el tratamiento…

[12] SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: *Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad*. Revista penal. Nº 17(2006), págs. 142-165.

[13] CANO PAÑOS, M. A. Op. Cit. pone de manifiesto como el límite temporal de diez años fue criticado por la doctrina basándose fundamentalmente en los efectos nocivos que esa indeterminación puede tener sobre los sujetos sometidos a dicha medida.

Antes de nada, hay que señalar que el Alto Tribunal europeo ha considerado que las condenas indeterminadas británicas y la yuxtaposición de pena y medida de seguridad impuesta a imputables que se produce con la custodia de seguridad no vulneran el principio non bis in ídem y por tanto, se ajustan a lo establecido en el artículo 7.1 del CEDH (que establece el principio de legalidad).

A pesar de ello, ha dejado clara indirectamente su intención de limitar ambas figuras, siendo muy estricto con sus requisitos y con ciertos aspectos que rodean a las mismas y ha condenado en diversas ocasiones a Reino Unido y a Alemania por la vulneración del artículo 5 CEDH (que establece el derecho a la libertad y a la seguridad). Así, si la medida no es en sí misma contraria al CEDH, su ejecución y su forma de aplicación pueden llegar a serlo si no tiene en cuenta una serie de parámetros. Por ello, de los pronunciamientos del TEDH se pueden extraer varios requisitos que el gobierno debería tener en cuenta antes de incorporar la custodia de seguridad ordenamiento jurídico español.

1. En primer lugar, para considerar que la medida se ajusta al CEDH, de la ejecución de la misma no se ha de inferir que ésta tiene un carácter meramente asegurativo o inocuizador. Es decir, ha de tener como último objetivo devolver al sujeto a la sociedad.

Afirmado esto, el reto del Tribunal radica en deducir características resocializadoras de una medida claramente inocuizadora[14]. Para que se pueda deducir su vocación resocializadora, según el TEDH durante el tiempo que dura la misma la Administración ha de poner a disposición del sujeto una serie de medios, especialmente referidos al tratamiento, que le permitan remover la presunción de peligrosidad que sobre él mismo pesa. Así, en la sentencia del caso James, Wells and Lee c. Reino Unido, el Tribunal condenó por no facilitar los recursos suficientes para ofrecer a los sujetos sometidos a la misma la posibilidad de demostrar que han dejado de ser peligrosos para la sociedad. La condena a Reino Unido tiene como origen el colapso del sistema que se produjo en 2003 cuando las *ipp sentences* fueron implementadas. Su incorporación al ordenamiento jurídico, hizo que la medida fuera aplicada a un gran número de sujetos, lo que provocó el colapso del sistema, haciendo que los centros de cumplimiento y las plazas en los tratamientos se acabasen. No pudiendo ofrecer el tratamiento adecuado en el lugar de cumplimiento previsto a todos los condenados. Por este motivo, por implementar las IPP *sentences* sin un plan y sin una consideración de su impacto, así como no disponer de una estructura que ofrezca a los internos un tratamiento que les permita reducir el nivel de peligrosidad o demostrar el cese del riesgo, ha dado lugar a que el TEDH considere que la privación de libertad de los mismos es arbitraria y por tanto, contraria al artículo 5 del CEDH[15]. Este argumento también ha sido utilizado por el Tribunal para la custodia de seguridad en el caso M c Alemania, en el que se consideró que no había prevista ninguna medida especial, instrumento o institución que no sean los que están dispuestos para los presos comunes, encaminado a reducir el riesgo que el sujeto representa para la sociedad y por tanto eliminar la duración de su detención.

Teniendo en cuenta lo expuesto, para España sería difícil a día de hoy evitar una condena por este motivo parte del TEDH. Desde hace tiempo se viene cuestionando la ausencia de infraestructura del Estado y su falta de capacidad para ofrecer tratamiento a sujetos que se hallan privados de libertad[16]. Son muchos los que han puesto de manifiesto que

---

[14] Así lo ha considerado la mayor parte de la doctrina como por ejemplo SILVA SÁNCHEZ, J.M. *El retorno a la inocuización*...Op. Cit.

[15] Ha sido tan exigente en este sentido, que el Tribunal de Estrasburgo no ha considerado suficiente los tratamientos de desintoxicación y de control de impulsos recibidos por uno de los internos para demostrar ante la *Parole Board* que había reducido el riesgo que supone para el resto de la comunidad.

[16] Ver CID MOLINÉ, J.: *El sistema penitenciario en España*. Jueces para la democracia. Nº 45(2002), págs. 15-27.

España no cumple en el ámbito penitenciario con su compromiso, establecido en los convenios internacionales y en el propio artículo 25.2 de la Constitución española. Por ello, si la regulación de la custodia de seguridad quiere salvar su ya de por si dudosa constitucionalidad, su incorporación al ordenamiento jurídico español ha de ir acompañada por una decidida apuesta por parte de la Administración pública en este sentido. El extremo contenido aflictivo y restrictivo de derechos fundamentales que supone esta medida de seguridad impuesta a imputables, hace que se acentúe la necesidad de llevar a cabo un tratamiento diferenciado e incluso mejorado del que se ofrece actualmente por parte del sistema penitenciario a sujetos condenados a una pena de prisión.

Otro de los indicios de que estamos ante una sanción cuyo fin es exclusivamente inocuizador -y por tanto contrario al CEDH- es que el lugar del cumplimiento de la misma se lleve a cabo en un centro penitenciario incluso cuando ésta se lleva a cabo en módulos separados del resto de los internos. En el caso M c Alemania, el TEDH establece que el hecho de que la medida se lleve a cabo en un centro penitenciario pone de manifiesto que nos encontramos ante una prolongación de la condena que hace que la detención carezca de fundamento y devenga en arbitraria. Esta exigencia de que el tratamiento a estos sujetos se lleve a cabo extramuros del centro penitenciario resulta lógica, pues tratándose de sujetos que ya han cumplido condena, son las necesidades de un tratamiento específico derivado de la peligrosidad del sujeto y diferenciado al llevado a cabo en prisión lo que motiva la privación de libertad. Así, como ha establecido el propio Tribunal, que los sujetos estén en módulos separados o puedan vestir sus ropas no enmascara el hecho de que no hay diferencias sustanciales entre la pena de prisión y la custodia de seguridad.

Con el objetivo de ajustarse a este requisito la EM del Anteproyecto establece que el cumplimiento de la custodia de seguridad se llevará a cabo en un establecimiento especial, sin especificar cuál. Pero teniendo en cuenta que el cumplimiento de la medida no podrá llevarse a cabo ni en el mismo centro penitenciario ni en módulos separados, habrá que sumar a la ya de por si abultada inversión anual en instituciones penitenciarias, un desembolso suficiente que garantice un tratamiento diferenciado de naturaleza educadora, rehabilitadora o resocializadora cuyo cumplimiento se realice extramuros del centro penitenciario.

2. En segundo lugar, siendo consciente de lo fácil que resulta que se vulneren derechos fundamentales en el ámbito de las medidas de seguridad[17], el TEDH ha declarado que para ajustarse al CEDH ambas, pena y medida de seguridad, han de estar asistidas por las mismas garantías. En el caso M c Alemania, afirma que siendo ambas consecuencias jurídicas derivadas del delito, da igual cómo se denomine esa consecuencia jurídica si pena o medida de seguridad, pues lo importante es que estén asistidas por las mismas garantías. Así, considera que la calificación de pena o medida de seguridad no ha de depender de la ley nacional, pues lo que la ley de un Estado denomina “pena”, la ley nacional de otro denomina “medida de seguridad”. Además, afirma que la custodia de seguridad tiene igual carga aflictiva que la pena de prisión impuesta que hace que el sujeto sometido a la misma la sufra igual, por lo que no hay nada que justifique que no estén asistidas por las mismas garantías.

De lo establecido anteriormente dedujo que la regulación alemana de la custodia de seguridad a posteriori, la que se puede imponer con carácter retroactivo y sin que estuviera prevista en la sentencia condenatoria, es contraria al CEDH[18]. Posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 4 de mayo de 2011, ha declarado esta modalidad a posteriori(y sólo ésta) como contraria a la Constitución germana.

---

[17] BORJA JIMÉNEZ, E. Op Cit.
[18] Los casos M, Haidn, Schummer, Mautes, Kallweit, Jendrowiak c. Alemania.

A priori, la EM del Anteproyecto de Código penal español se ajusta a este requisito. Sin embargo, es un dato que debe ser tenido en cuenta por parte del gobierno español a la hora de regular la medida y llevarla a la práctica si no quiere volver a ser condenada por su política criminal punitiva y vulneradora de derechos humanos como ha sucedido ya con la *doctrina Parot* en el caso Del Río Prada c España.

3. Tras la lectura de la EM del Anteproyecto, las mayores dudas se plantean en torno a cómo ha de llevarse a cabo, por quién y cada cuánto ha de revisarse el juicio de peligrosidad. Algunas de estas cuestiones han sido objeto de análisis del TEDH.

El principal requisito en torno al juicio de peligrosidad es que éste se elabore en base a un concepto de peligrosidad criminal (nunca en base a una peligrosidad social) y que su imposición no éste desconectada de los hechos delictivos previos[19].

Por tanto, en el caso M c Alemania el TEDH establece que no se autoriza la persecución de personas peligrosas en general sino solo la de una determinada persona para que no cometa una infracción, también determinada. Así una privación de libertad legal podrá devenir en arbitraria si se deja de tomar como referencia los delitos cometidos

A este requisito se ajusta dudosamente lo establecido en la EM del Anteproyecto español, el cual permite llevar a cabo el pronóstico de peligrosidad sobre la posibilidad de comisión de delitos graves, no teniendo porqué ser delitos de la misma naturaleza. El hecho de que el legislador utilice el concepto de reiteración delictiva y no el de reincidencia podría dar lugar al incumplimiento de este requisito por los órganos encargados de llevar a cabo el juicio de peligrosidad. Es necesaria una conexión, criminológicamente hablando, entre el sujeto y los tipos delictivos cometidos.

Además, llevar a cabo un juicio de peligrosidad a través del concepto de reiteración de delitos graves y no el de reincidencia supone añadir una serie de dificultades al órgano encargado de llevarlo a cabo, pues si en la actualidad se carece de instrumentos con los que realizar pronósticos fiables de comisión futura de hechos delictivos relacionados entre sí, éste se incrementa al transformarse en una peligrosidad de cometer delitos graves en general. Por ello, privar a un individuo de libertad durante diez años invocando un concepto tan difuso como lo es su peligrosidad para cometer delitos graves, supone un riesgo muy alto para un Estado de Derecho. Además, la dificultad de elaboración aumenta como consecuencia de hacerlo sobre sujetos que están cumpliendo una larga pena de prisión y que casi con total seguridad no habrá disfrutado de permisos penitenciarios y por supuesto libertad condicional.

Otra de las exigencias es que el juicio de peligrosidad se revise de manera periódica. Sin embargo, el TEDH no ha establecido un periodo máximo de revisión obligatoria. En la EM del Anteproyecto español se establece que el juicio de peligrosidad será revisado tras un periodo máximo de dos años, límite establecido también en el Código penal portugués y en el Código penal alemán. A pesar de ello, siendo coherentes con el argumento del propio Tribunal de que de la medida se deduzca su carácter resocializador o reeducador y teniendo en cuenta de que se trata de una medida extrema, sería preferible una revisión periódica anual[20].

También aparece recogida en la EM del Anteproyecto el requisito establecido por la jurisprudencia del TEDH de que el juicio de peligrosidad deba ser revisado por un tribunal aunque en la regulación española no se establece cuál.

---

[19] el TEDH en el caso Haidn c Alemania establece que el motivo de la privación de libertad no puede responder a una política de prevención dirigida contra un sujeto o contra una categoría de sujetos que representan un peligro para la sociedad sino contra aquellos que representan un peligrosa causa de su continua propensión a la delincuencia

[20] SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. Op Cit.

4. Para considerar que la medida se ajusta a la legalidad europea ésta ha de ser utilizada de manera excepcional y cuando otras opciones se revelen ineficaces. Con esta afirmación se establece un juicio de proporcionalidad con el que se pretende que la custodia de seguridad sea el último recurso de la política criminal. Para cumplir con este requisito, la EM establece en un primer momento que "sólo puede ser impuesta por el juez a supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes y peligrosos". Sin embargo, como expusimos anteriormente, esto se contradice con posterioridad cuando enumera el catálogo de delitos a los que podrá ser aplicada. El hecho de que abarque tipos delictivos que no son graves como el tráfico de drogas sin agravantes o delitos contra la propiedad hace que la medida difícilmente sobreviva a este juicio de proporcionalidad. Pues siendo una medida excepcional debería ser utilizada solo para sujetos que cometen delitos graves contra bienes jurídicos eminentemente personales. A pesar de ello, han sido pocos los casos en los que el TEDH ha utilizado este argumento para considerar que se vulnera el artículo 5 del CEDH y condenar por el mismo. A modo de ejemplo, en el caso Grosskopf c Alemania consideró que la custodia de seguridad era la única medida eficaz que quedaba para prevenir la comisión de delitos por parte de un sujeto que se dedicaba a cometer robos con fuerza en casas habitadas.

En definitiva, más allá de la discusión sobre si resulta vulnerador de derechos fundamentales el hecho de yuxtaponer medidas de seguridad a las penas en el caso de los imputables, cuestión que divide a la doctrina pero que el TEDH ha declarado conforme al Convenio, hay otros aspectos que hacen que la regulación de la custodia de seguridad establecida en el Anteproyecto de reforma se ajuste de manera dudosa a lo establecido por parte del TEDH. En primer lugar, se advierte la falta de intención por parte del gobierno español de dotarse de una estructura en la que se apueste decididamente por el tratamiento y que ofrezca la posibilidad a los sujetos sometidos a esta medida reducir el nivel de peligrosidad, pues así lo ha puesto de manifiesto su dejadez en lo que se refiere al tratamiento ofrecido en prisión. En segundo lugar, creo que el catálogo de delitos establecido es demasiado amplio y abarca conductas menos graves que difícilmente superan el juicio de proporcionalidad a la que ha de ser sometido, como afirmamos anteriormente, la medida debería agotarse para los casos en los que el sujeto ha vulnerado bienes jurídicos eminentemente personales. Finalmente, también considero contrario a lo establecido por el TEDH que el legislador permita al órgano encargado de llevar a cabo hacerlo sobre la posibilidad de cometer delitos graves en el futuro y no sólo y exclusivamente sobre la posibilidad de cometer delitos de la misma naturaleza, pues supone desviarse de la peligrosidad basada en los hechos anteriormente cometidos para hacer pronósticos de peligrosidad en base a la personalidad del autor.

Aunque el contenido preliminar de la custodia de seguridad española se ajusta a las exigencias del TEDH, es necesario que su implementación vaya aparejada de una inversión presupuestaria en tratamiento, lugares de cumplimiento, profesionales encargados de llevar a cabo el juicio de peligrosidad…si no quiere que la ejecución de la misma sea considerada como vulneradora de derechos fundamentales. Pues si efectivamente la versión alemana no viola por si misma el CEDH, su ejecución ha de estar rodeada de una serie de garantías que para hacerlas efectivas requieren un gran esfuerzo personal y material.

4. Recapitulación final

Efectivamente, tal y como pone de manifiesto la EM del Anteproyecto de reforma de Código penal español, el TEDH no ha considerado la medida de custodia de seguridad contraria al CEDH. Quizás, tomar una decisión así hubiera supuesto por parte del órgano jurisdiccional una injerencia demasiado atrevida en la autonomía de los estados para tomar sus propias decisiones sobre un tema tan delicado como es la política criminal. Hay que tener en cuenta que Tribunal europeo es un órgano que de manera independiente vela porque las decisiones de los estados no vulneren el CEDH pero cuyas sentencias a pesar de tener el

carácter vinculante carecen de ejecución directa, dependiendo ésta de la buena voluntad de los estados. Por ello, siendo consciente de sus limitaciones y de las diferencias existentes entre los distintos estados que se someten a su jurisdicción, el TEDH avanza a pasos cortos en su lucha contra la vulneración de derechos fundamentales de los reclusos. Así, centrado sus esfuerzos en los últimos tiempos en eliminar de Europa la pena de prisión perpetua y en velar por el principio de legalidad en la ejecución de penas, ha decidido probablemente sacrificar otros objetivos como son las medidas de seguridad impuestas a imputables para hacer frente a la peligrosidad de sujetos reincidentes.

A pesar de ello, lejos de respaldar los mecanismos establecidos por los estados contra sujetos peligrosos ha sido bastante contundente en sus condenas a Alemania y a Reino Unido por sus excesos en la regulación de la custodia de seguridad y las *ipp sentences*. Demostrando ser bastante exigente con ciertos requisitos y con la forma de ejecución de la misma. El mensaje que envía el Tribunal es que los estados europeos tienen libertad para legislar en materia de internamientos de seguridad pero no a coste cero[21]. Por ello, de la jurisprudencia del TEDH el gobierno español no debería deducir que estamos ante una medida que ha sido legitimada por el Tribunal de Estrasburgo, como afirma en la EM, sino más bien al contrario, que resulta tan problemática que ha hecho que Reino Unido y Alemania hayan sido condenados en varias ocasiones y que se hayan visto obligados a adaptarse para cumplir con la legalidad europea.

Además de los problemas de constitucionalidad y de aplicación expuestos, se trata de una medida que en el caso español carecería de justificación empírica, pues España siendo uno de los países de Europa con una tasa de delincuencia menor tampoco dispone de unos índices de delincuencia grave suficientes que justifiquen la introducción de una medida como la que se propone.

Asimismo, como ha puesto de manifiesto la mayor parte de la doctrina, las penas de prisión ya son suficientemente largas como para necesitar de un internamiento posterior al cumplimiento de la condena. Es decir, la administración penitenciaria ya dispone de tiempo más que suficiente para poder tratar a estos sujetos y que dejen de ser considerados peligrosos antes de ser puestos en libertad. De lo que claramente no dispone, es de los medios y la infraestructura necesaria para hacer frente a la obligación establecida por el artículo 22.5 de la CE y por los convenios internacionales de ofrecer un tratamiento que efectivamente reinserte al condenado en la sociedad.

Otro argumento en contra de la medida es que su introducción no tiene sentido habiendo transcurrido menos de dos años desde la incorporación en el ordenamiento jurídico de la medida de libertad vigilada. Esta medida no ha sido impuesta todavía a ningún sujeto y por tanto, tampoco ha sido evaluada en cuanto su eficacia y efectividad. Hay que tener en cuenta que ambas medidas van encaminadas a dar respuesta a la misma preocupación: la peligrosidad de los sujetos reincidentes tras el cumplimiento de la condena pero la libertad vigilada es menos restrictiva de derechos fundamentales.

Todo ello, pone de manifiesto que estamos ante una medida populista que responde a la necesidad de acallar demandas de seguridad por parte de la sociedad o de grupos de víctimas concretos más que a necesidades reales. En el caso de la custodia de seguridad se pone claramente de manifiesto con el hecho de que el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, discutiera su inclusión en el Código penal con el padre de una víctima[22].

---

[21] Desde hace tiempo muchos autores ponen de manifiesto que el legislador español

[22] Publicado en el diario El Mundo(www.elmundo.es) el 14/05/2012

Tras las críticas vertidas por parte de la magistratura y de la doctrina ante la inclusión en el ordenamiento jurídico español o ante la inversión presupuestaria que supondría adaptar esta medida a lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo[23], el gobierno ha retirado la custodia de seguridad del Anteproyecto de reforma. Aunque valoro como muy positiva esta decisión, el optimismo ha de ser relativo. Dado que la política criminal española ha asumido los postulados del paradigma de la seguridad ciudadana y ha tomado al delincuente sexual y reincidente como enemigo del sistema, no es extraño que el debate sobre su inclusión en el ordenamiento vuelva a plantearse en un futuro no muy lejano, motivado por demandas sociales o de grupos de víctimas canalizadas por los medios de comunicación tras un suceso concreto.

Por eso, cuando esto pase, la sociedad no debería olvidar que garantizar altos niveles de seguridad como los que se pretende, a través de la medida de custodia de seguridad, implica obligatoriamente una merma de las garantías y libertades a las que ningún ciudadano en un Estado de Derecho debería estar dispuesto a renunciar.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA JIMÉNEZ, E.: Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. Revista General de Derecho Penal. 18(2012).

CANO PAÑOS, M.A.: El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Año XI Número 20/21 (2006).

CID MOLINÉ, J.: El sistema penitenciario en España. Jueces para la democracia. Nº 45(2002), págs. 15-27.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L: De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº7(2005).

DOPICO GÓMEZ ALLER, J.: Detengan la custodia de seguridad.www.eldiario.es.19/04/2013.

GARCÍA RIVAS, N.: Libertad vigilada y Derecho penal de la peligrosidad. Revista General de Derecho Penal. 16(2011).

OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE. La custodia de seguridad, una medida bajo sospecha. www.derechopenitenciario.com, 5/2012.

ROBLES PLANAS, R.: “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. Indret (Revista para el análisis del Derecho). 10/2007.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español. Indret (Revista para el análisis del Derecho) ,4/2013.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G.: Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad. Revista penal. Nº 17(2006), págs. 142-165.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: ¿Es la custodia de seguridad una medida de seguridad? Indret Penal. N º2(2010).

[23] Las condenas indeterminadas (*ipp sentences*) suponen al contribuyente británico un coste aproximado de 40.000 libras al año por condenado.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El retorno a la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos. Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memorian" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre Árbol académico, Vol. 1, 2001, ISBN 84-8427-139-0 , págs. 699-710.

ULTIMAS TENDENCIAS EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DOMINIO PÚBLICO FRANCÉS

María De Los Ángeles Fernández Scagliusi

RESUMEN

En otros países de nuestro ámbito jurídico y especialmente en Francia, se ha mirado el dominio público con recelo al considerárselo un obstáculo –por su rigidez- para responder a la demanda de las grandes infraestructuras públicas por parte de la sociedad. Los principios tradicionales del Derecho administrativo de bienes se han matizado, puesto que ahora el cumplimiento del interés general es ponderado por las exigencias de explotación y el carácter absoluto de la afectación, leído a la luz de los imperativos económicos.

Se ha producido y reconocido la existencia de una crisis del dominio público, paralela al desarrollo sobre el mismo de una serie de actividades, que lo han obligado a asimilar una dimensión económica. El presente trabajo aborda las principales reformas introducidas, sus causas, consecuencias y repercusiones.

PALABRAS CLAVE

Dominio público, inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad, *Code Général des Propriétés des Personnes Publiques*

I. LA REGULACIÓN JURÍDICA FRANCESA

1. INTRODUCCIÓN

En otros países de nuestro entorno jurídico[1] y especialmente en Francia[2], se ha mirado el dominio público con recelo al considerárselo un obstáculo –por su rigidez- para responder a la demanda de las grandes infraestructuras públicas por parte de la sociedad. Los postulados tradicionales del Derecho administrativo de bienes se han matizado, puesto que ahora la necesaria consideración del interés general es ponderada por las exigencias de explotación y el carácter absoluto de la afectación, leído a la luz de los imperativos económicos.

Se ha producido y reconocido la existencia de una crisis del dominio público, paralela al desarrollo sobre el mismo de una serie de actividades, que lo han obligado a asimilar una dimensión económica[3]. Ciertamente, el mercado se ha infiltrado en el ámbito demanial,

---

[1] Véase BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico…», *op. cit*., pp. 549 y ss. Y más reciente MOREU CARBONELL, E., «Desmitificación, privatización y globalización…», *op.cit.*

[2] El autor que más incisivamente ha estudiado esta posibilidad es Yves GAUDEMET. De sus trabajos pueden verse: *La superposition des propriétés privées et du domaine public, Rec. Dalloz Sirey,* 1978, pp. 293 y ss; *Les constructions en volume sur le domaine public, Cah. jur.élect. ed du gaz,* 1991, pp. 297 y ss; y *Division en volumes, Juris-Classeur, Droit Administratif,* fasc. 40, 2000. En esta misma línea véase YOLKA, P., *La propriété publique.., op. cit.*, pp. 392 y ss.

[3] Afirma MAMONTOFF, C., *Domaine public et entreprises privées,* Hamarttan, Paris, 2003, p. 49 que: *«Ainsi, la conception de la domanialité publique qui a prévalu sans partage jusqu´ici, au moins dans la lettre du droit et dans les présentations de la doctrine, est de soustraire à la logique et aux exigences de la loi commune du laisser «hors du commerce»; c´est conception qui est supposée animer le régime applicable à un nombre de biens publics devenu absolument considérable aujourd'hui, aussi bien du point de vue quantitatif que qualitatif. C´est cette approche de la domanialité publique qui s´est reproduite par inertie; pourtant elle est erronée. En effet, on constate une double évolution. Espace théoriquement affecté, en fait il est le lieu de développement d´activités privées industrielles et commerciales. L´observation de la réalité des rapports qui se développement aujourd´hui sur le domaine public révèle que le domaine public est un espace marchand. Mais, les propriétés domaniales ne sont pas toutes attractives pour l´opérateur privé et le domaine public suscite une demande plus ou moins*

ocasionando dos consecuencias fundamentales; por un lado, la exigencia de una mayor rentabilidad y productividad y, por otro, la necesidad de no descuidar, como efecto de estos nuevos requerimientos, la protección de la afectación al servicio público o al uso público, que es, en definitiva, el fundamento teórico del régimen demanial, (la exorbitancia de este régimen no está legitimada más que por la afectación).

La importancia e interés de analizar este referente se fundamenta en la semejanza todavía existente entre los motivos estructurales del Derecho administrativo francés y el español. Como es sabido, el concepto de dominio público es obra de la doctrina francesa[4], que ha prestado una notable atención al régimen jurídico de los bienes públicos en general y del dominio público en particular. La legislación y la doctrina científica española se hicieron eco rápidamente no sólo de la regulación inicial del dominio público francés, sino también de las reformas operadas en el mismo y de las soluciones flexibilizadoras o nuevas orientaciones que reivindican los principios de la demanialidad.

En efecto, la aceptación y la consolidación de las categorías dominio público-dominio privado se alcanza en España antes en los textos doctrinales que en los textos legales mediante la difusión de la obra de los juristas franceses y, en particular, de la de PROUDHON[5]. Y en la actualidad los problemas de adaptación de la legislación española se sitúan bastante próximos a los franceses.

---

importante de la plus part des entreprises privées, en fonction précisément la rentabilité de celui-ci. (...) Insensiblement, le domaine public est devenu un espace dominé par le marché».

[4] PROUDHON es el primer gran sistematizador de la doctrina al proponer, en 1833 en su *Traité du domaine public (ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public),* Dijon, Lagier, 1833, distinguir entre los bienes de la Nación dos conjuntos: el dominio público, que debido a su utilidad para el público debían ser protegidos por las reglas de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad y los demás, que en razón de su menor utilidad no tenían necesidad de la misma protección. El dominio público se caracteriza por ser *«un ensemble de choses qui sont publiques come asservies par les dispositions de la loi civile au usage de tous»*. Engloba los bienes afectados a la utilidad pública, comprendidos los afectados a los servicios públicos y a las prisiones. Por el hecho de su consagración a la utilidad pública son inalienables e imprescriptibles, mientras que dure su destino al interés general. A este dominio público se oponen los bienes *«qui appartiennent propriétairement à la communauté qui jouait comme les particuliers jouissent de leurs biens»*. Se trata del dominio privado, *«domaine du profit»,* compuesto por bienes productivos. El éxito de su construcción fue extraordinario. Su teoría se extendió por toda Europa y sirvió para sistematizar el régimen de los bienes públicos en el período constitucional.

[5] SERNA VALLEJO, M., «Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico», en *Derecho de los bienes…, op.cit.*, pp. 51 y ss., explica que la influencia de la doctrina francesa se aprecia, por primera vez, en la obra de Colmeiro cuya primera edición data de 1850. Manuel Colmeiro es el primer autor español en el que se percibe el influjo de la doctrina de Proudhon, al distinguir entre el dominio público y el dominio del Estado. Considera que el dominio público comprende "las cosas que corresponden en plena propiedad a la Nación y en cuanto al uso a todo el mundo", que se encuentran fuera del comercio y que son inalienables e imprescriptibles. Y dentro del concepto de dominio del Estado incluye los bienes "que pertenecen en plena propiedad a la Nación, y forman una especie de patrimonio común a todos los ciudadanos". Son bienes que se administran exclusivamente por el Estado, quien "los adquiere y conserva, los aprovecha y enajena, según las necesidades del servicio o los intereses de la sociedad". Colmeiro, acogiendo de nuevo la tesis de Proudhon, considera que los públicos corresponden a la Nación por el derecho de soberanía, mientras que el patrimonio del Estado se fundamenta en el derecho de propiedad.

2. EL DOMINIO PÚBLICO FRANCÉS

2.1 LA NOCIÓN DE DOMINIO PÚBLICO

La definición del dominio público es una cuestión esencial, una noción clave del Derecho Administrativo[6]. Por ello, es importante indicar qué se entiende por tal en el ordenamiento jurídico francés para comprender luego su evolución.

El Derecho del Antiguo Régimen ignoraba cualquier distinción efectuada en el seno de los bienes de la Corona, entendidos como propiedad del Rey, independientemente de que hubieran sido adquiridos o no a título personal, aunque sí se los considerara inalienables[7].

Sin embargo, grandes juristas comenzaron tempranamente a proponer una separación de "las cosas públicas", dentro de estos bienes.

Defiende LEFÈVRE DE LA PLANCHE[8] que, a pesar de que no existiera formalmente una distinción entre dominio público y dominio privado, sí era posible diferenciar, en el conjunto de los bienes del poder público, aquéllos poseídos como los demás ciudadanos y destinados al uso privado, de aquéllos poseídos como poder público y para el uso de la sociedad. En concreto, argumenta LEFÈVRE DE LA PLANCHE que: *«Nos maximes françaises ne nous permettent pas de distinguer le domaine de la puissance publique d´avec le domaine du Prince; ce qu´on appelle domaine public, domaine privé. Mais dans le domaine public, puisqu´il n´y a que celui-ci, il sera permis de distinguer ceux que la puissance publique possède comme les autres citoyens, comme destinés à ses usages privés, c´est-à-dire les dépendances publiques, en un mot, ce qui lui est assigné comme son patrimoine, d´avec ce qu´elle possède comme puissance publique et pour les usages de la société dont les droits sont déposés entre ses mains. Tout domaine sera public, mais dans la propriété du domaine, on distinguera la propriété et la possession publiques d´avec la propriété et la possession privés».*

A partir de la Ley de 16 de junio de 1851, sobre la propiedad en Algérie, y de la jurisprudencia de esa misma época, es cuando se consagra la división de los bienes de la Administración en dos categorías: por un lado, los bienes de dominio público, sometidos a un régimen exorbitante del Derecho común, y, por otro, los de dominio privado, regidos por el Derecho común[9]. Lo cual no quiere decir que la dicotomía introducida haya estado exenta de críticas[10]. A este respecto, debe señalarse que durante el siglo XIX varios autores[11]

---

[6] LACHAUME, J.F.; BOITEAU, C. y PAULIAT, H., *Droit des services publics*, Dalloz Sirey, Paris, 2004, p. 99

[7] Esto no quiere decir que, como explica DE GUERRERO MANSO, M. C., «El derecho de las propiedades públicas en Francia y su relación con el medio ambiente y el urbanismo», en LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 130, que no existiera ninguna clasificación. En efecto, ya en esta época se diferenciaba entre los bienes del rey y los bienes de la Corona. *«La necesidad de diferenciar estos dos tipos de bienes fue sostenida por numerosos autores y condujo a formular la noción de la indisponibilidad de los bienes, cuya máxima expresión es la conversión del derecho de propiedad sobre los bienes de la Corona en un mero derecho de guarda».*

[8] *Note de l´ éditeur anonyme des mémoires sur les matières domaniales ou Traité du domaine de* LEFÈVRE DE LA PLANCHE, Desaint, Saillant et Vincent, Paris, 1764-1765, p. 16.

[9] GAUDEMET, Y. y DERUY, L., «Les travaux de législation privée. Le rapport de l´Institut de la Gestion Déléguée», *Petites affiches, La Loi, Le Quotidien Juridique*, núm. 147, 2004, p. 10, señalan que el dualismo dominio público/privado es reductor de la realidad. Habría que hablar en realidad de regímenes de la demanialidad pública y de regímenes de la demanialidad privada, cada uno justificado y construido en función de las exigencias de la afectación de utilidad pública del bien al cual se aplica. Estos regímenes pueden sucederse en el tiempo en un mismo bien.

[10] DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, E de Bocard, Paris, 1928, p. 348; JANSSE, L., *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, 1938, pp. 317-318 y AUBY, J.M., «Contribution à l´étude du domaine privé de l´Administration», *Etudes et Documents du Conseil d´État*, 1958, p. 35.

defendieron la conveniencia de realizar una clasificación, al mismo tiempo que pretendieron limitar la extensión del dominio público a aquellos bienes para los cuales se imponía un régimen especial de protección[12]. No obstante, a principios del siglo XX tuvo lugar una corriente que defendía la amplitud de la demanialidad que debía abarcar a todos los bienes que sirvieran para los fines de la acción administrativa. Este punto de vista prevaleció, a pesar del riesgo de generalizar un régimen que no se justificaba a toda la propiedad pública.

Se observa así que existían numerosas referencias al dominio público, tanto doctrinales como jurisprudenciales, pero permaneciendo durante mucho tiempo el problema principal de la determinación del criterio de la demanialidad pública sin una respuesta elaborada.

La definición legislativa del dominio público no aparece hasta 1957 en el art. L. 2 del *Code du domaine de l´État,* que, acogiendo la definición del Código de Dominio de 1790, disponía que: *«Ceux des biens visés à l´article précédent [à savoir les biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartient à l´État] qui ne sont pas susceptibles d´une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national. Les autres biens constituent le domaine privé».*

En la actualidad, se encuentra reflejada en el art. L. 2111-1 CGPPP para el dominio público inmobiliario y en el art. L. 2112-1 CGPPP, para el dominio público mobiliario. Esta nueva definición, otorgada bajo las premisas de la valorización de los bienes públicos y de la armonización de las normas preexistentes, se articula sobre dos ejes fundamentales: la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación (la nueva norma se aplica a todas las "personas públicas") y la restricción del ámbito objetivo.

2.2 LOS PRINCIPIOS DE LA DEMANIALIDAD PÚBLICA

2.2.1 La inalienabilidad

Si el dominio público está caracterizado y constituido por la afectación, su régimen jurídico se construye enteramente a partir de la regla de la inalienabilidad y de su corolario, la imprescriptibilidad de los bienes demaniales[13].

El principio de inalienabilidad como lo entendemos en la actualidad se consolidó en el siglo XIX, contemporáneamente a la distinción entre dominio público y dominio privado, a la cual se encuentra ligado. Elaborada por la doctrina y acogida por la jurisprudencia, fue

---

[11] Debe destacarse, entre otros, a FOUCART, E., *Eléments de Droit public et administratif,* Paris-Poitiers, 1834, p. 250, quien defiende que: «*Nous nous proposerons de consacrer les mots domaine public à exprimer les choses qui servent à l´usage commun, comme les chemins, routes, rues, places, bâtiments publics, choses qui par suite de la destination qu´on leur a donnée ne sont susceptibles ni de propriété privée ni de prescription, et de qualifier le domaine de l´État les choses que l´État possède à peu près de la même manière que les particuliers, dont les produits entrent dans le Trésor royal, mais qui ne sont pas point hors du commerce et peuvent en conséquence être aliénées et prescrites*». Asimismo, PROUDHON, J.B. V., *Traite du domaine public…, op. cit,.* p. 240, quien argumenta que: «*C´est par la destination de ces diverses espèces de fonds que leur domaine est qualifié de domaine public, soit parce qu´ils sont asservis à l´usage du public, soit parce que c´est à la puissance publique à protéger la jouissance que la société a le droit d´exercer sur eux. Le domaine public, matériellement considéré, s´entend donc des choses qui appartiennent à l´être moral et collectif que nous appelons le public, comme le domaine privé s´entend des choses qui appartiennent aux différents particuliers(…)*».

[12] DUCROCQ, T., *Cours de Droit Administratif,* Thorin, Paris, 1897-2005, p. 461, afirma que para formar parte del dominio público, debían cumplirse tres condiciones: no ser susceptible de propiedad privada por su naturaleza; estar afectado al uso público y no solamente al servicio público, como la mayor parte de los edificios públicos; y ser una porción del territorio francés, expresión solemne aplicable perfectamente a las partes del suelo no urbanizables.

[13] GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens,* LGDJ, Paris, 2008, p. 158.

inicialmente una regla jurisprudencial, que posteriormente recogió el *Code du domaine de l´État,* en su art. L. 52, al indicar: *«Les biens sont inaliénables et imprescriptibles»*[14].

Hoy se halla regulado en el art. L. 3113-1 CGPPP, cuando establece: *«Les biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles».*

Su fundamento se encuentra en la afectación del dominio público y las exigencias de ésta, aunque para muchos autores es también un principio protector de la pertenencia pública del bien[15], pero ya no constituye, como en sus inicios, una cautela contra los posibles derroches patrimoniales.

Verdaderamente, se considera que la afectación a una utilidad pública determinada no puede ser suficientemente garantizada sin la inalienabilidad. Por ello, a pesar de que en principio, se tratara de derogaciones puntuales para un objeto determinado, por ejemplo, para los bienes de France Télécom, hoy parece que estas peculiaridades están cada vez más presentes y generalizadas.

En cuanto a sus efectos, esta regla prohíbe cualquier forma de enajenación del dominio público (no solamente las ventas voluntarias, sino también los intercambios y cualquier clase de venta forzosa)[16], esto es, es concebida para impedir la apropiación privativa mientras que la afectación sea mantenida. Sin embargo, el CGPPP prevé algunas derogaciones, de las que pueden señalarse: la constitución de derechos reales y las enajenaciones voluntarias sin *déclassement.*

2.2.2 La inembargabilidad

La inembargabilidad de los bienes públicos constituye una regla tradicional, consagrada por el *Tribunal des conflits* desde 1899. Se encuentra regulada actualmente en el CGPPP, en su art. L. 2311-1, en los términos siguientes: *«Les biens des personnes publiques mentionnées à l´article L. 1 sont insaisissables»,* como un principio distinto del de inalienabilidad.

En virtud de este principio, se prohíbe utilizar los mecanismos de ejecución previstos en Derecho privado en contra de las Administraciones públicas. De ella resulta que ninguna posesión útil puede ser ejercida sobre una parcela demanial.

Tomando como base el requisito subjetivo, se aplica al conjunto de bienes públicos y no únicamente a los bienes demaniales.

2.2.3 La imprescriptibilidad

El principio de imprescriptibilidad protege al dominio público, tanto frente a terceros como frente a la actuación de la propia Administración. Así lo establece el art. L. 3111-1 del CGPPP, con independencia de que la Administración deje de reivindicar la propiedad de una determinada parcela o exista un error de delimitación imputable a ella[17].

---

[14] GAUDEMET, Y., *Droit Administratif des biens…, op. cit.,* p. 163, explica que los autores han resaltado una gran ruptura entre el principio de inalienabilidad del Antiguo Régimen y la regla moderna del art. L 3113 CGPPP, ya que esta última protege ante todo la afectación del bien, a la cual está unida.

[15] GAUDEMAR, H., «L´inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture», *Dossier Le patrimoine des personnes publiques*, LamyLine, *Droit et Patrimoine,* num. 179, 2009.

[16] Sin embargo, el CGPPP (arts. L. 3112-1, L. 3112-2 y L. 3112-3) permite transferencias en propiedad e intercambios de bienes demaniales entre personas públicas e incluso a favor de personas privadas, a condición de que dicha operación garantice y mejore el ejercicio de una misión de servicio público.

[17] GARCÍA CABA, M., «Los bienes públicos en Francia», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos,* Tomo IV. Protección y tráfico jurídico de los bienes. Derecho comparado, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 562.

3. EL CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES

3.1 PRESUPUESTOS QUE DIERON LUGAR A LA REFORMA

El estado de cosas que dio lugar a la modificación de la regulación de la propiedad pública en Francia se caracterizaba por la combinación de dos elementos: una hipertrofia de la demanialidad pública[18], consecuencia de una interpretación demasiado exigente del principio de inalienabilidad, y un sistema de fuentes que ocasionaba inseguridad jurídica y dificultaba la posibilidad de conocer cuál era el Derecho aplicable[19]. Existía una confusión más o menos consciente que olvidaba que la demanialidad pública tiene por efecto principal la inalienabilidad del bien, unida a una obsoleta regulación general y una dispersión de las normas reguladoras de los sectores especiales.

Estas circunstancias generaban grandes obstáculos jurídicos a las operaciones de valorización de la propiedad pública y provocaban una situación caracterizada por la huida del Derecho público, cuyo principio es la adaptación y la adecuación a las particularidades de las personas públicas, por los inconvenientes que se ocasionaba a las actividades de interés general. Todo ello se agravaba debido a la crisis económica, que ha ocasionado que las necesidades financieras de las Administraciones fueran en aumento y que éstas tuvieran que conseguir aumentar la rentabilidad del dominio público, intentando obtener beneficios de los bienes.

Por ello, es apropiado referirse al contexto en el que el nuevo código regulador de la propiedad pública encuentra su explicación para comprender adecuadamente las soluciones adoptadas.

En el informe elaborado por la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado en junio de 1986 se hace alusión a las dificultades ocasionadas por la aplicación excesiva del régimen de la demanialidad pública. Al ser la afectación la piedra angular del régimen de la demanialidad, no influyen sobre ella las discusiones relativas a las relaciones entre las Administraciones públicas y bienes demaniales. La afectación debe permanecer siempre en el núcleo de la demanialidad, llegando destacados autores a considerarla el único criterio determinante de la misma. Sin embargo, al girar la afectación sobre los conceptos de uso y servicio público, deja de aparecer como el único elemento a considerar en la determinación de la demanialidad. En efecto, progresivamente fue perfeccionándose un criterio adicional que acabó instalándose definitivamente en el régimen jurídico del dominio público. La Comisión de Reforma del Código Civil afirmó que para predicar su demanialidad, siempre salvo disposición legal en contrario, los bienes de servicio público debían estar adaptados exclusiva o esencialmente a las finalidades particulares del servicio.

Finalmente, para corregir el criterio demasiado amplio de la afectación al servicio público, el *arrêt Société Le Béton,* de 19 de octubre de 1956, acogió de manera expresa por primera vez la noción de *aménagement spécial*[20] en relación con los bienes afectados a un

---

[18] MELLERAY, F., «Définitions et critères du domaine public», *Dossier propriété public-domaine public, Revue Française de Droit Administratif,* septembre-octobre, 2006, pp. 906-907, *«Cette volonté, exprimée clairement dès la première loi d´habilitation, reposait sur un constat partagé de manière à peu près unanime: celui de «l´hypertrophie» d champ de la domanialité publique, phénomène évidemment problématique à l´heure où la souplesse de gestion et surtout la valorisation économique des propriétés publiques sont recherchées de manière accrue».*

[19] El Informe del Presidente de la República sobre el CGPPP (*Rapport au Président de la République relatif à l´ordonnance num. 2006-460, du 21 avril 2006, relatif à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques)* exponía que el Derecho de bienes francés estaba compuesto por normas muy dispersas y desfasadas, que ocasionaban tal inseguridad jurídica que era casi imposible conocer cuál era el Derecho aplicable.

[20] BEAUREGARD-BERTHIER, D., *Droit Administratif des biens,* Gualino, Paris, 2006, p. 60, *«Ainsi, dans l´arrêt Société Le Béton, rappelons que le Conseil d´État avait posé le principe que le domaine public comprend les biens des personnes publiques affectés à un service public sous réserve d´un aménagement spécial. Et, en effet, dans la conception de la Commission de réforme du Code civil, cette*

servicio público. A pesar de ello, la regla que nace con pretensiones restrictivas (si la afectación no es suficiente para determinar que un bien es de dominio público sino que hace falta para ello algo más, la consecuencia lógica parece ser la de una mayor continencia a la hora de afirmar la demanialidad de un bien en particular), acabó perdiendo su finalidad reductora[21].

Los principios que inspiraron la reacción frente a esa expansión excesiva del ámbito objetivo de la demanialidad pública y de su régimen jurídico fueron los siguientes[22]:

1. Es fundamental disipar toda forma de confusión entre demanialidad y propiedad. La demanialidad no es jamás un sustituto del régimen de propiedad. Si bien la demanialidad puede afectar momentáneamente el ejercicio de ciertos atributos de la propiedad, no puede hacerla desaparecer, pues la propiedad pública es una condición del régimen de afectación de la demanialidad pública[23]. Quiere decirse que la propiedad de las personas públicas es –en principio- aquélla de Derecho privado, mientras que la demanialidad es un régimen de afectación. Por este motivo, a la propiedad de las personas públicas, al ser de Derecho privado, es el Derecho privado el que se les aplica, es decir, los principios y reglas jurídicas por las que se rigen se encuentran contenidos en el Código civil. En cambio, la demanialidad pública, siendo un régimen basado en la afectación de un bien al interés general, es un régimen de Derecho público, regido y basado en el Derecho administrativo. En resumen, la demanialidad no es jamás un sustituto del régimen de propiedad, sino que es de otra naturaleza. Si bien ella puede momentáneamente afectar el ejercicio de ciertos atributos de la propiedad, no puede suprimirlos: al contrario, la propiedad pública es una condición –la primera y más absoluta- del régimen de la afectación de la demanialidad pública[24].

2. La propiedad de las personas públicas es la misma que la de los sujetos privados y –lo que es importante- otorga acceso a los instrumentos jurídicos de valorización. En efecto, hoy no se discute algo que la jurisprudencia ya había anunciado hace mucho tiempo[25]: la propiedad de las personas públicas es de la misma naturaleza y consagración constitucional que la de las personas privadas.

3. La afectación opera como límite y medida de la inalienabilidad. El régimen de la demanialidad está limitado a los requerimientos de la afectación y durante la vigencia de la misma. Dado que la demanialidad es un régimen funcional, está justificada por las exigencias de la afectación del bien a una utilidad pública dada. En consecuencia, este régimen debe cesar su aplicación cuando lo hagan las necesidades de la afectación. Las consecuencias de

---

notion devait limiter l´incorporation dans le domaine public des biens affectés aux services publics, le but étant de n´accorder la protection particulière du régime de la domanialité publique qu´à des biens pour lesquels ce régime exorbitant du droit commun était vraiment justifié (et non à des biens d´usage aussi courant que le mobilier des ministères, par exemple)».

[21] BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen jurídico…», *op. cit*., pp. 549 y ss.

[22] GAUDEMET, Y., *La réforme du droit des propriétés publiques*, Institut de la gestion délégué, Colloque de Vaugirard, 28 janvier, 2004, travaux publiés in *Les petites affiches*, 23 juillet, 2004, núm. 147.

[23] Debe tenerse en cuenta que esta visión funcional del dominio público es plenamente asumida por la doctrina francesa, para la cual el dominio público es fundamentalmente una forma de propiedad inalienable e imprescriptible, cuya esencia reside en la afectación o destino de determinados bienes a la utilidad pública. En España, sin embargo, sin llegar a desaparecer del todo esta teoría, ha cobrado relieve una nueva corriente que niega la tesis dominical del dominio público, sosteniendo la idea de que la técnica jurídica del dominio público no es sino un título de intervención administrativa, dirigido a proteger y ordenar la utilización de determinados bienes de interés general.

[24] Esto debe llevar a comprender que la "escala de la demanialidad pública" no es jamás una escala de la propiedad. La propiedad pública es constante, pero recibe correcciones temporales y variadas afectando algunos de sus atributos.

[25] Se suele citar tradicionalmente: el *arrêt du Conseil d´État*, de 1923 *Piccoli*, que a propósito de los terrenos de Port d´Oran, había reconocido expresamente la propiedad del Estado sobre aquéllos; y la decisión de la *Cour de Cassation*, de 11 de diciembre de 1934, que recordaba que: *«la propriété du sol de la voie publique emporte celle du dessus»*.

esta consideración son importantes: por un lado, la demanialidad pública debería estar limitada en el espacio a los requerimientos de la afectación (lo que tiene por corolario la inaplicabilidad de la teoría de la accesión); por otro, no puede existir un dominio público virtual o por anticipación, ya que, por mera hipótesis, el bien no tiene ningún afectación a una utilidad o servicio público.

4. La determinación del régimen jurídico funcional de la demanialidad debe ser legislativa. Concierne a la ley el determinar el campo de la demanialidad pública, los elementos del régimen particular de la inalienabilidad y la elección de los regímenes funcionales.

En definitiva, todo ello demostraba que el Derecho demanial había devenido rígido en muchos aspectos, sin tener en cuenta las oportunidades relacionadas con la valorización económica[26] y se traducía en una sedimentación de textos sucesivos sin una visión de conjunto, así como una estratificación de procedimientos y de métodos de gestión para las distintas personas públicas.

3.2 PRINCIPALES REFORMAS INTRODUCIDAS

Esta modificación del Derecho de las propiedades públicas no ha intentado que el dominio público desaparezca, pero sí le ha otorgado al régimen de la demanialidad mayor flexibilidad para adaptar mejor su gestión al interés general, teniendo en cuenta las necesidades de orden económico, mediante una interpenetración del Derecho público y del Derecho privado[27]. Se ha procedido a una profunda modificación del Derecho demanial a partir de la incorporación de las siguientes novedades:

1. El propio título del Código no deja lugar a duda sobre el estatuto de propietarias de las Administraciones públicas sobre sus bienes y confirma que este derecho de propiedad no es, en esencia ni en sus manifestaciones, diferente de aquél que las personas privadas ostentan sobre sus bienes. Es el mismo derecho de propiedad, que, no obstante, para ciertos regímenes es corregido por la afectación, es decir, el régimen general es el derecho de propiedad, limitado por ciertas reglas en algunos supuestos. Por ello, si la afectación desaparece, el propietario continúa gozando de su derecho y puede tener plena disposición sobre el bien. Este derecho de propiedad condiciona las diferentes partes del Código: la adquisición de bienes y la constitución de propiedades públicas (parte I del Código), la gestión bajo los diferentes regímenes de afectación (parte II) y las modalidades y condiciones para la enajenación (parte III)[28]. La cuestión es esencial, ya que afirmar que las Administraciones públicas son propietarias implica permitirles utilizar todas las herramientas del derecho de propiedad: consentir derechos reales, hipotecar, recurrir al *crédit-bail…*

2. La demanialidad pública es colocada en el lugar que le corresponde: limitada a los requerimientos de la afectación. Se ha consagrado una concepción menos extensiva de los principios demaniales para intentar que sólo los bienes que forman parte del dominio público estén protegidos por ellos. Asimismo, la inalienabilidad del dominio público cambia de

---

[26] BEAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens…, op. cit.*, p. 25, *«La nécessité d´une codification du droit demanial se faisait d´autant plus sentir que bon nombre de ses règles étaient issues de la jurisprudence administrative et qu´elles souffraient souvent d´une rigidité et d´une complexité difficilement compatibles avec les impératifs de valorisation économique des biens concernés; quant aux règles issues de la loi ou du règlement, elles n´étaient que parcellaires et en tout état de cause n´avaient pas été l´objet d´une révision d´ensemble depuis 1970, alors même que le contexte économique et juridique s´est transformé en profondeur»*.

[27] BRARD, Y., *Domaine public et privé des personnes publiques*, Dalloz, Paris, 1994, p. 114.

[28] La primera parte del código trata de la adquisición de bienes por las personas públicas, los modos y los procedimientos de adquisición. La segunda parte trata de la gestión de los bienes, distinguiendo entre *"les biens relevant du domaine public"* y *"les biens relevant du domaine privé"*. La tercera parte se refiere a la cesión de bienes manteniendo la misma distinción. La cuarta parte desarrolla otras operaciones inmobiliarias de las personas públicas y la quinta, las disposiciones relativas a la adquisición, gestión y cesión de bienes de las colectividades ultramarinas.

perspectiva radical al ser interpretada ahora como una inalienabilidad funcional debido a que las necesidades de la afectación son también la medida y los límites de ésta.

3. Además, se ha dotado a las personas públicas de un conjunto coherente, actualizado y estructurado de reglas. De esta forma, se ha pretendido alcanzar un equilibrio entre la protección del dominio público y su valorización, es decir, soluciones susceptibles de rentabilizar las propiedades públicas sin perjudicar su afectación[29].

Consecuentemente, en Francia, país que alumbró las categorías del dominio público y del dominio privado como dos conceptos contrapuestos, puede observarse una tendencia "flexibilizadora" o "privatizadora" que aplica a los bienes demaniales ciertas reglas del régimen de dominio privado. Se debilita la rígida separación entre las dos categorías, al tiempo que se cuestiona la no siempre justificada aplicación de los principios jurídicos conformadores de la categoría de dominio público[30].

De todas maneras, debe indicarse que no todas las innovaciones son positivas ni todas las reglas están claramente unificadas. Esta falta de uniformidad se manifiesta en diferentes niveles[31]:

En primer lugar, el campo de aplicación de los títulos de ocupación del dominio público constitutivos de derechos reales continúa variando en función de la entidad pública propietaria. Se subraya que el Código agrava aún más la falta de coherencia de las exclusiones generales.

En segundo lugar, la duración de la autorización de ocupación privativa del dominio público no ha sido armonizada: cuando las normas prevén límites precisos a esta duración, dicho límite está fijado en setenta o noventa y nueve años, en función de la Administración pública propietaria y del título jurídico concedido.

En tercer lugar, la ausencia de armonización de las reglas atributivas de derechos acordados. En efecto, el silencio del título no tiene el mismo significado según el caso en el que nos encontremos.

---

[29] El *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* aprobado por la Ordenanza núm. 2006-460, de 21 de abril relativa a la parte legislativa del *code général de la propriété des personnes publiques* da respuesta al consenso que existía sobre la necesidad de modernizar el Derecho de la propiedad de las personas públicas. Por ello, entre sus grandes innovaciones clarifica varias nociones fundamentales relativas a la demanialidad pública y a la propiedad de las personas públicas con la finalidad de facilitar la modernización de la gestión del patrimonio de las personas públicas. Permite una mejor valorización económica del dominio público. Sin embargo, también existen algunas críticas que la doctrina realiza al Código. Concretamente, se afirma que es incompleta la reforma del régimen de las ocupaciones demaniales; se califica de lamentable la teoría de las mutaciones demaniales y se lamenta el mantenimiento de soluciones diferentes, según las ocupaciones, en la disposición y circulación de los derechos reales. Además, se reprocha el diferente trato que reciben las colectividades locales y la Administración pública del Estado justificado únicamente por consideraciones de oportunidad política. Mientras que aquéllas pueden conceder títulos constitutivos de derechos reales, éste lo hace automáticamente (ahora la ocupación demanial conlleva el reconocimiento de un derecho real del ocupante demanial sobre las instalaciones realizadas por él para el dominio del Estado y sus establecimientos públicos). El art. L. 2122-6 afirma que: «*le titulaire d´une autorisation d´occupation temporaire du domaine public de l´État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu´il réalise pour l´exercice d´une activité autorisée par ce titre*», precisando que: «*ce droit réel confère à son titulaire pour la durée de l´autorisation et dans les conditions précisées les prérogatives et obligations du propriétaire*». Se observa así una verdadera inversión de los principios resultantes del nuevo Código: mientras que la inalienabilidad del dominio público prohibía el reconocimiento de toda especie de derecho real al ocupante autorizado, salvo texto legislativo específico que consagrara dicha posibilidad, el Código de 21 de abril de 2006 recoge la regla contraria.

[30] CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales…, op. cit*, pp. 48-53.

[31] BEAUREGARD-BERTHIER, O., *Droit Administratif des biens…, op. cit.*, pp. 28-29.

En cuarto lugar, el propio carácter de los derechos acordados difiere según el caso.

Además, se critica que las técnicas utilizadas en Derecho francés han sido creadas a medida que fueron siendo necesarias. Quiere decirse que no hubo una reforma de conjunto, sino que cada vez que hacía falta se ha creado un útil jurídico distinto y específico, pero sin realizar una modificación completa de conjunto[32].

[32] GAUDEMET, Y., Préface, YOLKA, P. (dir.), *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques…, op. cit*. afirma que los elementos y las técnicas creadas para la valorización no han seguido una regulación coherente ni completa, sino que han ido surgiendo a medida que han ido siendo necesarias.

BREVE APROXIMACIÓN A LA INTERVENCIÓN PENAL ANTE LA LACRA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Rosa M. Gallardo García
Profesora de Derecho penal
Universidad de Cádiz

RESUMEN: La siniestralidad laboral es un problema social que persiste en el tiempo a pesar de que vivamos en una sociedad desarrollada científica y tecnológicamente. Dada la naturaleza de esta problemática y su alcance, precisa de un estudio multidisplinar, ya que resulta evidente que ni la siniestralidad laboral es un problema exclusivamente penal, ni su entendimiento pleno puede conseguirse desde las estrictas categorías de la reflexión dogmática. En estas líneas se exponen de forma sucinta lo argumentos para la intervención penal en este ámbito, y se explica la relación con otras ramas del Ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Accidente - Laboral- Penal - Crisis

I

El Derecho penal como herramienta de control social debe adaptarse a los procesos de transformación de la sociedad, para así ofrecer una respuesta adecuada una vez que se han confirmado determinadas tendencias criminógenas. La sociedad moderna actual ha evolucionado en los últimos años de forma rápida en según que ámbitos, y por supuesto, en según en qué zona del planeta nos encontremos. El progreso se ha convertido en el adalid de todos estos cambios, que ha venido transformando el mundo en aras de toda una serie de beneficios que deberían suponer un avance en positivo para el ser humano. Sin embargo, el desarrollo tecnológico que prometía ser la vía para conseguir mejorar la calidad de vida de la sociedad tiene una serie de costes; alguno de estos costes se empiezan a vislumbrar, y otros ya se están sufriendo.

El mercado laboral es uno de los principales objeto de preocupación en plena crisis económica. En la actualidad parece que el problema de la siniestralidad laboral ha perdido el protagonismo de otra época. Sin embargo, la disminución o incluso ausencia de noticias en los medios no tiene como origen un descenso de la accidentalidad, ni mucho menos una instauración de la cultura preventiva en las empresas, al contrario la precariedad laboral auspiciada por la crisis aumenta la asunción de mayores cotas de riesgo por parte de los trabajadores.

Precisamente la siniestralidad laboral se presenta como una lacra del mercado laboral en el denominado Estado de bienestar, que amerita una solución. Los avances tecnológicos deberían derivar en una mejor protección de la seguridad e higiene en el trabajo, sin embargo no ha sido así, puesto que en ocasiones lo propios medios de protección pueden suponer nuevos riesgos en el trabajo, sobre todo si no se informa sobre su correcto uso. De ahí la necesidad de crear delitos que protejan los derechos de los trabajadores, incluyendo la vida y la salud de los mismos. Estos delitos se ubican en el denominado Derecho penal del trabajo que a su vez se incluye dentro del denominado Derecho penal económico.

A causa de los citados cambios en la sociedad y por ende, en la criminalidad, se ha impulsado la creación de nuevos tipos penales; resultado de la nueva configuración de la sociedad y, por tanto, de la delincuencia, siendo un ámbito clave precisamente el citado derecho penal laboral, que exige proteger a la parte más débil y vulnerable del mercado económico, el trabajador. De ahí, la necesidad de creación de nuevos delitos que protejan el orden socioeconómico, las relaciones laborales, o inclusive el medio ambiente[1].

---

[1] Se puede observar una clara relación entre los bienes jurídicos protegidos en estos delitos con los peligros de la sociedad del riesgo descrita por BECK, en la que hace referencia explícita a los riesgos ecológicos, al cambio técnico- económico, y al desarrollo del subempleo, BECK, U., *La sociedad del riesgo global,* Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 29 y ss. / pp. 143 y ss. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Paidós, Barcelona, 1998, pp. 117 y ss. / pp. 237 y ss.

Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores, tiene rasgos coincidentes con el denominado Derecho penal moderno, cuyas características definitorias, son: nuevos tipos en materia económica y del medio ambiente, entre otras, un uso mayor de la técnica de delitos de peligro, una internacionalización y europeización del Derecho penal, además de una mayor flexibilidad en la imputación y en las garantías políticocriminales.

Efectivamente estos delitos se alejan del Derecho penal clásico adecuándose a las exigencias de una sociedad que evoluciona y avanza tecnológicamente y que por ende, precisa de una respuesta punitiva diferente. Sin embargo, no siempre la respuesta adecuada nos la ofrece el Derecho penal, en el ámbito objeto de estudio en la presente investigación, la solución de este problema pasa por una implementación de la cultura preventiva en todos los sectores de la sociedad. Este camino exige una comunicación entre los agentes sociales que directamente se ven afectados por esta problemática.

En este sentido, se pone en evidencia la necesidad de que las diversas ramas del Ordenamiento Jurídico que regulan esta materia se coordinen para conseguir una mayor efectividad de las normas. La mejor forma de ofrecer una solución óptima a la alta accidentalidad laboral es plantear soluciones de carácter multidisciplinar, y para ello es necesaria cierta coordinación.

En un orden sancionador obvio, el paso previo a la sanción penal debiera ser la sanción laboral. Así pues, en primer lugar, nos encontramos con el Derecho laboral, en el se encuentran una serie de sanciones administrativas en el caso de que no se adopten la medidas de seguridad adecuadas y estipuladas en la normativa de prevención de riesgos laborales. La consecuencia jurídica habitualmente prevista en esta rama del Ordenamiento Jurídico es la multa, y mediante la misma se pretende motivar al empresario, deudor de la seguridad, haciéndole gravoso en términos económicos omitir las medidas de seguridad pertinentes.

Pese a todo esto, la vía administrativa no consigue los niveles de motivación necesarios para que el empresario deje de poner en peligro la vida y la salud de sus empleados. El empresario, cuando no facilita las medidas de protección, no busca provocar daños a sus trabajadores; aunque considere probable el riesgo de accidente, normalmente no cree que se vaya a producir o al menos no es su intención. Su finalidad es básicamente empresarial por lo que busca la reducción del gasto, es decir, omite la adopción de estas medidas de seguridad por el ahorro económico que supone. Por tanto, para el empleador prima el ahorro, para él mismo y para la empresa, de los costes que supone la elaboración de un plan de riesgos laborales y su puesta en práctica, por encima del coste humano, aunque éste conlleve la puesta en peligro para la salud y la vida de sus trabajadores, a causa de la omisión total o parcial de las medidas de seguridad.

En este sentido, y ante este debate TERRADILLOS BASOCO nos muestra la importancia de *"...no sucumbir a la fascinación administrativista, en cuya virtud la sanción administrativa, directa contundente, especializada, se nos presenta siempre preferible a la lenta, formalizada e irreal intervención jurisdiccional. Las sanciones administrativas, ciertamente contundentes, no son nada cuando se las compara con los costos (no realizados) en materia de prevención. Su eficacia preventiva no puede ser alta, y más en un contexto en que las multas realmente pagadas se alejan notoriamente de las impuestas"*[2].

Así pues, existe una priorización de las vías administrativa y civil ante el problema de la siniestralidad laboral, que puede hacer peligrar los fines preventivos en este ámbito[3]. Por lo que podemos intuir que además de las sanciones de naturaleza pecuniaria, se necesitan otro tipo de sanciones, como son las penas privativas de libertad, exclusivas del Derecho penal, para conseguir así motivar-obligar al empresario, bajo la amenaza de cárcel, a la adopción de las medidas de prevención de riesgos laborales.

Así pues, queda plenamente justificada la intervención penal mediante la creación de los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, dada la importancia del ámbito en el que se reproduce el riesgo antijurídico -el trabajo constituye la base del sustento humano-; y la

---

[2] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Concepto y método del Derecho penal económico", en SERRANO-PIEDECASAS, J.R., y DEMETRIO CRESPO, E., (Dirs.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 24 y 25; previamente en esta línea: TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 28 y 29.

[3] OÑA NAVARRO, J.M., "Tratamiento penal de la siniestralidad laboral: algunos problemas actuales", en *Revista Sepin Penal*, núm. 19, 2009, p. 38.

relevancia que obviamente tienen los bienes jurídicos puestos en peligro, la vida y la salud, soporte ontológico del resto de derechos.

Lo determinante para el legislador es que debe primar la necesidad de que estos cambios en el Derecho penal se adecuen a un Estado de Derecho y democrático, y a los principios generales proclamados en su seno, con intención de que de una forma u otra no se salgan del marco garantista, asentado en la mayoría de la doctrina, crítica o no con el Derecho penal moderno. Efectivamente no se niega el temor o la preocupación de que un exceso criminalizador, que atiende a las demandas de seguridad, puede tener consecuencias indeseables. No es la primera vez que un parlamento, ante un problema social que provoca gran alarma, acude al Derecho penal para así solucionar la demanda de seguridad que exigen los ciudadanos, obviando el carácter de *ultima ratio* de éste[4]. El uso, o en este caso abuso, desmedido y autoritario de la vía penal no favorece en absoluto al propio Derecho penal.

II

En el sistema jurídico penal español existen sendos delitos que protegen la vida y la salud de los trabajadores, mediante la imputación dolosa en el precepto 316 CP, y la imputación imprudente en el 317, introducidos en el conocido como Código penal de la democracia. Aunque, el legislador penal de 1995 se encontró con una serie de antecedentes legislativos en Códigos penales anteriores, en los que se empezaba a vislumbrar un interés por la protección del trabajador[5].

La identificación del bien jurídico en este delito es una cuestión controvertida en la doctrina española, que tras un intenso debate sobre el bien tutelado en el mismo, no ha logrado ponerse de acuerdo. La discusión divide la doctrina en dos grupos, cuyo único denominador común es la defensa de la tutela de un bien de carácter colectivo, los primeros entienden que el bien jurídico es la seguridad en el trabajo[6]; y los segundos defienden el amparo de la vida y la salud[7]. No obstante, algunos autores se distancian de estas dos tesis, realizando matizaciones

---

[4] Un ejemplo de la "capacidad" que posee la palabra *seguridad* para conseguir votos, lo ofrece el análisis realizado por ÁLVAREZ, A.J., "Seguridad y ascenso de la extrema derecha", en RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., (Coord.) *Seguridad urbana, Democracia y límites del sistema penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003; esta autora, aunque ahonda más en el tema de los partidos políticos de derechas y ultraderecha, no deja de admitir que todos los partidos sin excluir a los de izquierda, incluyen en sus campañas esas nociones de seguridad, apoyándose en el Derecho penal.

[5] Respecto a los antecedentes inmediatos, es interesante resaltar que el tratamiento penal que le otorga el Código penal de 1995 a estos delitos, en relación con la reforma del Código de 1973, en 1983, ha ampliado el campo de protección introduciendo como objeto inmediato de defensa *la salud*. De esta forma, deja de ser atípica la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional, puesto que salud e integridad física son términos inequiparables. En este sentido también se pronuncian, TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 52 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo,* Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981, pp. 115 y 116; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo,* Civitas - Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, pp. 28 a 32; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 2001, p. 96.

[6] Entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo,* cit., pp. 115 y 116; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 361; HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Atelier, Barcelona, 2005, p. 58; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal,* cit., p. 71.

[7] Entre otros, BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo,* Trotta, Madrid, 1997, pp. 116 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral, Una análisis criminológico y jurisprudencial,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 77; TERRADILLOS BASOCO, J.M., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* núm. 63, 1981; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código penal,* Iustel, Madrid, 2007, p. 66; BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal", en ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA

que se alejan de las mismas, sobre todo aquéllas que van referidas a la naturaleza colectiva del bien jurídico objeto de protección en este delito[8].

En la presente investigación se sigue la tesis de que el bien jurídico protegido en estos delitos es la vida y la salud de los trabajadores desde un punto de vista colectivo, ya que la seguridad e higiene en el trabajo son elementos del tipo, pero no constituyen en sí mismo interés suficiente para que el legislador le conceda relevancia penal en orden a considerarlo bien jurídico, puesto que los bienes jurídicos poseen la función de legitimar, explicar y limitar los delitos.

La vida y la salud cumplen una función mucho más importante que dotar de contenido a la seguridad, estudiados desde una óptica colectiva se convierten en el objeto de protección de estos delitos. Esta naturaleza colectiva se otorga en base a que se tutela un interés de carácter público ya que defiende la vida y la salud de los trabajadores, y aunque éstos son bienes de naturaleza individual, ambos se protegen en el ámbito del ejercicio de las diferentes profesiones[9]. De esta forma, se entiende que este objeto es de carácter irrenunciable para los trabajadores, reconocido por las disposiciones legales como de derecho necesario[10]. La conducta descrita afecta a intereses individuales, tipificados en su dimensión colectiva constituyendo así, un bien jurídico transpersonal y de carácter laboral. Es, por tanto, la protección de la vida y salud de los trabajadores un bien de carácter macro social que afecta al conjunto de trabajadores.

II

Una vez identificado el bien jurídico protegido en este delito, es preciso hacer referencia a las conductas que según el tipo pueden menoscabar estos intereses protegidos. Si nos atenemos al tenor literal del precepto a estudiar, la acción típica consiste en la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores, mediante la omisión de las medidas de prevención de riesgos laborales recogidas en la normativa laboral.

La doctrina ha esquematizado la conducta típica, evidenciando que son tres los elementos del tipo, un elemento descriptivo, consistente en un no hacer, un elemento valorativo, referido a la creación de un peligro grave para la vida y la salud de los trabajadores,

---

TORRE, I., (Dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 61 y ss.

[8] Como es por un lado, la postura formalista de ESCAJEDO SAN EPIFANIO, y por otro lado, la tesis de AGUADO LÓPEZ, que postula que el objeto de protección de este delito es la vida y la salud desde un punto de vista individual.

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 82, de hecho esta autora afirma que: *"...el bien jurídico protegido es la vida, salud, o integridad física individual de los trabajadores, (y en el anterior art. 348 bis a) la vida e integridad física), del mismo modo que en los delitos de homicidio y lesiones".*

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., "Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas", en *Actualidad penal,* núm. 38, 2000, p. 838, que determina que basta con la omisión de las medidas de seguridad por parte del empresario y que esta omisión pueda poner en peligro la vida y la salud de los trabajadores, sin que sea necesario la existencia de un peligro real.

[9] En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, indica en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, que afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente laboral, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, cit., pp. 52 a 58.

[10] El Ordenamiento jurídico laboral español, la legislación es claro en este punto: el art. 3.5 Estatuto de los Trabajadores indica expresamente que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, al igual que tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Y, posteriormente, el art. 2.2 Ley de Prevención de Riesgos Laborales aclara que las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos.

y por último, el elemento normativo, representado por la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales[11].

Aunque son dos los ejes de la acción típica, por un lado la omisión de las medidas de seguridad e higiene recogida en el acervo laboral, dado que se configura como un delito penal en blanco, y por otro lado, la necesaria puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores.

En la medida en se configura como un delito en comisión por omisión, la conducta típica recogida en los arts. 316 y 317 CP, va referida a la obligación que tiene el empresario de facilitar al trabajador todas aquellas medidas de prevención y protección tendentes a eliminar el riesgo para su vida o salud en el que caso de que exista, evitando así la materialización del peligro. Por lo que se constituye como un delito de omisión impropia, ya que describe y prohíbe un comportamiento, la no facilitación de las medidas de seguridad en el trabajo, con la intención de evitar un resultado, consistente en la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores.

El art. 316 dice de forma textual *"no facilitar los medios necesarios"*, con lo que se estaría incumpliendo la obligación impuesta por el legislador penal, no solo si la ausencia de medios es total, también si es parcial. Es decir, habría delito ya sea por no facilitar en absoluto o por facilitar de forma incompleta los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas, lo cual implica en sí mismo el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, puesto que éstas establecen esta obligación[12].

De hecho, la jurisprudencia sigue exigiendo una actuación activa tendente a garantizar su utilización, de tal forma que no tienen solo la obligación de cumplir con lo estipulado en la normativa prevencionista, también deben "…*hacer cumplir las normas de seguridad e instruir a los trabajadores de los riesgos inherentes a cada tarea"*[13]. Así pues, las obligaciones de cuidado del empresario y de las demás personas obligadas, no pueden escudarse en el no uso de los medios de protección por parte de los trabajadores, puesto que forma parte del ámbito de los deberes de cuidado, controlar que efectivamente el trabajador las usa[14] y que además estas medidas se encuentran en buen estado, y que por lo tanto son idóneas para su uso[15].

De tal forma, que la omisión de las medidas recogidas en la normativa prevencionista se convierte, junto con la puesta en peligro grave para la vida y la salud, en el eje central de la conducta típica. Es más, en la medida en que el legislador indica que la omisión de las medidas de prevención de riesgos laborales deben ser aquéllas que vengan recogidas en la normativa laboral, debemos entender que si se produce un peligro a causa de la no facilitación de una medida de seguridad no prevista por la normativa prevencionista, ese riesgo será atípico[16].

Así pues, se estructura como un tipo de omisión en el que se constata la presencia de una situación típica, que debe entenderse como una situación de peligro para el bien jurídico, vida y salud de los trabajadores, consistente en la no realización de la acción exigida que, en

---

[11] ALMELA VICH, C., "Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de obras de la construcción", en *Actualidad penal*, núm. 28, 1998, p. 506.

[12] DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., pp. 89 y ss.

[13] STS (Sala de lo Penal) núm. 1360/1998 de 12 de noviembre, en sentido similar, entre otros, AAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 306/2005 de 30 de junio.

[14] SAP de Barcelona (Sección 7ª) de 31 de octubre de 2001, que hace referencia a que el mismo encargado de dar instrucciones en orden a la seguridad de la obra, también debe controlar el cumplimiento de las medidas impuestas.

[15] SAP de Burgos (Sección 1ª) núm. 281/2009 de 15 de diciembre, en la que se indica que el sujeto activo *"…desatendió las más elementales normas de cuidado que le eran exigibles en sus obligaciones profesionales, al no velar por el cumplimiento de los deberes que le incumbía en materia de seguridad para con los trabajadores de la obra al no comprobar que la barandilla de protección del perímetro estaba suficientemente anclada lo que provocó que el trabajador Augusto se precipitase tras apoyarse en la misma sufriendo por ello lesiones…".*

[16] En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el Trabajo y Derecho penal,* cit., p. 87; BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P., y PURCALLA BONILLA, M.A., "La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores", en *Tribunal Social*, núm. 99, 1999, p. 29

este caso es la ausencia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, recogidas en el acervo laboral, que resultan idóneas para la salvaguarda del bien jurídico.

A su vez, se tipifica como un delito de peligro concreto, siendo el resultado típico un peligro grave para la vida o la salud de los trabajadores. De esta forma se restringe la acción típica a la puesta en peligro grave de los bienes jurídicos protegidos, dotando de un contenido material a la infracción penal y cumpliendo así con el principio garantista de la *ultima ratio*[17].

El legislador penal se une a este discurso preventivo en materia de siniestralidad laboral, utilizando la técnica de los delitos de peligro, ya que las políticas desarrolladas para erradicar esta lacra tienen como objetivo principal el de evitar un desenlace en el que se menoscaben los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores, en los que la acción y resultado se subsumen en los delitos de homicidio y lesiones. De ahí que, se configure un delito que proteja estos intereses bajo la formula de los tipos de peligro, puesto que esta técnica adelanta la punición al momento del riesgo, sin que sea necesario que exista un resultado material dañoso.

Se hace inevitable el uso de esta técnica, a pesar de las críticas que recibe por la posibilidad de menoscabo de principios básicos del Derecho penal. No obstante el recelo que pueda suscitar este método por las razones esgrimidas anteriormente en referencia a la expansión del Derecho penal y a su modernización, se hace necesario para poder responder así a las necesidades de prevención general.

Además, el peligro recogido en los artículos 316 y 317, es concreto, por lo que resulta más difícil que queden menoscabadas las garantías constitucionales, respetándose, por tanto, el principio de lesividad, que sería el que en mayor medida pudiera ser atacado.

La mayor limitación con la que se encuentra la configuración como delito de peligro es su falta de aplicación por los Jueces y Tribunales. Así pues, nos encontramos con una elevada cifra negra de criminalidad, que, por muy diferentes razones, no llega al conocimiento de las autoridades policiales, ni judiciales[18]. Se puede apreciar, no obstante, que en los últimos años se han comenzado a aplicar cada vez más estos delitos. Por lo que es importante continuar con esta línea y que los Tribunales dejen de asumir como práctica generalizada que la intervención penal en determinados delitos de peligro, se condicione a los casos de materialización del daño, limitando por ende la respuesta penal a los delitos de resultado, como el homicidio o las lesiones[19]. TERRADILLOS BASOCO entiende que el recelo de los Tribunales no puede justificarse en atención a la naturaleza expansiva, que supone el uso desmedido de la técnica de los delitos de peligro, ya que es una cuestión previa que corresponde al legislador. Este autor entiende que este exceso de cuidado responde a *"la complejidad de la dogmática de los delitos de peligro"*[20].

III

---

[17] TAMARIT SUMALLA, J.M., "Artículo 316", en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal. Tomo II. Parte especial (Artículos 138 a 318)*, Thomson, Navarra, 2008, p. 1217.

[18] Como pone en relieve la doctrina, entre otros, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., ELLACURÍA BERRIO, J.M., e ITURRATE ANDÉCHAGA, J.M., *La responsabilidad penal de los accidentes de trabajo*, RO, Valencia, 1999, p. 10. Ver también, GALLARDO GARCÍA, R.M., "La ausencia de resultado lesivo en los artículos 316 y 317 del Código Penal. Aplicación jurisprudencial", en *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.

MARTÍN LORENZO, L., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático", en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/623.pdf, Mayo-2009, (edición electrónica - sin paginar), estos autores realizan un estudio estadístico en el que se evidencia la tímida aplicación de estos delitos, haciendo alusión en sus conclusiones a la ineficiencia del Derecho penal en esta materia.

[19] HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, cit., p. 85.

[20] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores como delitos de peligro. Consecuencias aplicativas", ponencia presentada en el *Seminario de especialización en siniestralidad laboral*, Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia-FGE, Granada, 16 y 17 de abril, 2007, (sin paginar).

Hay que citar como rasgo a destacar en estos delitos, coincidente igualmente con los rasgos definitorios del Derecho penal moderno, su internacionalización y la europeización del mismo. La Unión Europea no dispone de un ordenamiento punitivo aplicable a todos los Estados miembros. A pesar de los deseos y propuestas de algún sector doctrinal, en esta materia todavía hay un largo camino por recorrer en este ámbito[21]. La razón básica es que el *Ius puniendi* forma parte de esa soberanía nacional que los Estados tradicionalmente no están dispuestos a ceder. Así pues, en base a la existencia de un deseo de europeización, desde un punto de vista no solo político sino también jurídico, la doctrina penal comienza ya a proponer la creación de los llamados "eurodelitos", e incluso, de un Código penal europeo[22].

Aunque la Unión Europea no tiene competencia para legislar en materia penal[23], pero sí en otras ramas del Derecho, como la laboral, se puede afirmar que esa competencia en otras materias ha permitido que la normativa europea acabe incidiendo en el Derecho penal de los Estados miembros, mediante la utilización de la técnica legislativa de los tipos en blanco. Este mecanismo obliga a los operadores del Derecho a acudir a normativa extrapenal que previamente ha sido aprobada en base a lo dictaminado en el Derecho comunitario, conformando así la conducta típica de una norma penal en blanco[24].

De hecho, el delito tipificado en los artículos 316 y 317 CP responde a esta estructura típica, es decir, hay que recurrir a otras ramas del Ordenamiento, como es el Derecho pevencionista laboral, para concretar la conducta jurídico-penalmente relevante. Precisamente la normativa de prevención de riesgos laborales se ha modificado en los últimos años al son que marcaban las directivas europeas, de ahí que por tanto, este delito sea una de esas figuras delictivas que ve plasmada esa europeización del Derecho penal, a partir de las directrices propugnadas por el Derecho comunitario.

El Derecho comunitario cada vez tiene mayor protagonismo en los ordenamientos internos de los países miembros de la UE, y de forma muy especial, en el ámbito del Derecho laboral. De hecho, las políticas de armonización que se están imponiendo desde los distintos organismos de la UE, ponen de manifiesto el nivel de preocupación ante distintos problemas sociales, entre otros el de la siniestralidad laboral.

La armonización del Derecho, ha sido y es un proceso o un camino largo, y precisamente es el objetivo de las diferentes políticas comunitarias, sin embargo es una tarea lenta, complicada y en determinadas ramas incluso imposible[25]. Ciertamente la seguridad laboral es la clara excepción de la afirmación anterior, ya que es la más abundante y la que hasta ahora más ha incidido en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión. A pesar de esto, y tal y como afirma MAESTRO BUELGA *"…los derechos sociales son una categoría surgida del constitucionalismo social que tiene como referencia básica el Estado y que como tal categoría son difícilmente extrapolables a otras situaciones, no sólo porque es en esta realidad política en la que actúan las relaciones propias de esta fórmula, sino también por la dificultad de extender los rasgos caracterizadores de la experiencia del Estado Social a la Comunidad Europea"*[26].

---

[21] TIEDEMANN, K., *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 9.

[22] Por todos, ver TIEDEMANN, K., *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

[23] Esta cuestión parece que ha cambiado a raíz del Tratado de Lisboa.

[24] En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M., *"Política y Derecho penal en Europa"*, en *Revista penal*, núm. 3, 1991, p. 62, indica algunos supuestos, además de los referidos artículos 316 y 317 CP, de remisión implícita de las normas penales nacionales a las comunitarias, que como indica el autor, ya sea *"...por configurarse aquéllas como leyes en blanco, ya por emplear elementos normativos típicos, es obligado el recurso a éstas"*.

[25] Sin embargo, el Tratado de Lisboa parece incidir en el Derecho penal, a pesar de que, *"…tradicionalmente se ha considerado que Derecho penal y Europa son dos realidades antinómicas, como consecuencia de que desde los Tratados de Roma, en 1957, al de Maastricht, en 1992, se viene construyendo una sistema jurídico comunitario que excluye el Derecho penal",* en TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Política y Derecho Penal en Europa", cit. p. 61.

[26] MAESTRO BUELGA, G., "Constitución económica y derechos sociales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, enero-junio, 2000, p. 124.

IV

Como última reflexión, no se puede obviar ni dejar al margen en estas breves líneas, la situación de crisis económica y su relación con la siniestralidad laboral, aunque obviamente no sea el único factor de desprotección. Estas lagunas de protección tienen diferentes razones, entre otras, las formas precarias de trabajo, las carencias generalizadas en la seguridad con intención de ahorrar costes de producción, la ausencia de formación e información, o la indefensión, entre otras.

Si además, a esto se le añade que el mercado laboral está atravesando una profunda y devastadora crisis, materializada en un importante aumento del número de desempleados, nos encontramos ante una situación de difícil solución. Además hay que añadir que la inversión en medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en ocasiones precisa de ayuda pública, y precisamente otro de los efectos de esta crisis es la necesidad imperiosa de ahorro del gasto público.

En definitiva, de nuevo debemos estar alertas para evitar que por la vía de recortes de garantías y derechos laborales, que limitan la estabilidad en el empleo, con la falsa promesa de creación del mismo, conviertan a la siniestralidad laboral en un problema sistémico de las relaciones laborales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALMELA VICH, C., "Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de obras de la construcción", en *Actualidad penal*, núm. 28, 1998.

ÁLVAREZ, A.J., "Seguridad y ascenso de la extrema derecha", en RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., (Coord.) *Seguridad urbana, Democracia y límites del sistema penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003

ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo,* Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981.

BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P., y PURCALLA BONILLA, M.A., "La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores", en *Tribunal Social*, núm. 99, 1999.

BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo,* Trotta, Madrid, 1997.

BECK, U., *La sociedad del riesgo global,* Siglo XXI, Madrid, 2002

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Paidós, Barcelona, 1998.

BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal", en ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 2001.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., "Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas", en *Actualidad penal,* núm. 38, 2000.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., ELLACURÍA BERRIO, J.M., e ITURRATE ANDÉCHAGA, J.M., *La responsabilidad penal de los accidentes de trabajo*, RO, Valencia, 1999.

GALLARDO GARCÍA, R.M., "La ausencia de resultado lesivo en los artículos 316 y 317 del Código Penal. Aplicación jurisprudencial", en *Revista de Derecho Social,* núm. 30*,* 2005.

HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Atelier, Barcelona, 2005

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo,* Civitas - Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994.

MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y derechos sociales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 7, enero-junio, 2000.
MARTÍN LORENZO, L., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/623.pdf, Mayo-2009, (edición electrónica - sin paginar).
MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

OÑA NAVARRO, J.M., “Tratamiento penal de la siniestralidad laboral: algunos problemas actuales”, en *Revista Sepin Penal,* núm. 19*,* 2009.

RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código penal,* Iustel, Madrid, 2007.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 316”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios al Código penal. Tomo II. Parte especial (Artículos 138 a 318)*, Thomson, Navarra, 2008.
TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Concepto y método del Derecho penal económico”, en SERRANO-PIEDECASAS, J.R., y DEMETRIO CRESPO, E., (Dirs.) *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008.
TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 63, 1981.
TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral, Una análisis criminológico y jurisprudencial,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.
TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores como delitos de peligro. Consecuencias aplicativas”, ponencia presentada en el *Seminario de especialización en siniestralidad laboral*, Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia-FGE, Granada, 16 y 17 de abril, 2007, (sin paginar).
TERRADILLOS BASOCO, J.M., *“Política y Derecho penal en Europa”*, en *Revista penal,* núm. 3, 1991, p. 62,
TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito,* Bomarzo, Albacete, 2006.
TIEDEMANN, K., *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea,* Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
TIEDEMANN, K., *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea,* Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

LA RENUNCIA EN DERECHO PRIVADO

Algunas reflexiones a la luz de la doctrina italiana

Enrique Gandía
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: Pese a su trascendencia —atestiguada siquiera por la gran cantidad de supuestos concretos regulados por el Código civil—, el fenómeno de la renuncia a los derechos (art. 6.2º CC) ha recibido un escaso y asistemático tratamiento doctrinal en nuestro país, al menos por lo que al Derecho privado se refiere. No sucede lo mismo en Italia, donde su análisis ha sido objeto de estudio en diversos trabajos monográficos. En estas páginas se analizan algunos de los problemas que presenta la figura, tomando en consideración las conclusiones alcanzadas por la doctrina italiana. En concreto, se aborda su configuración como manifestación de la facultad de disposición, articulada a través de un negocio jurídico unilateral y no recepticio, con efectos meramente abdicativos.

Palabras clave: renuncia; condonación de la deuda; condominio; abandono; facultad de disposición.

Algunos de los autores italianos que más recientemente han estudiado la renuncia advierten cómo nuestro Código civil, a diferencia del *Codice* de 1942 (de ahora en adelante, *C. civile*), la regula con carácter general en su artículo 6.2º[1]. No puede afirmarse, sin embargo, que este precepto realmente *regule* la renuncia. Tan sólo establece sus límites y, todo lo más, reconoce *sensu contrario* la renunciabilidad general de los derechos reconocidos en la ley[2]. Nada dice, en cambio, acerca de su naturaleza jurídica, requisitos, función, estructura, etc. Aspectos, todos ellos, que quedan confiados al buen hacer del intérprete. En realidad, ambos ordenamientos —el español y el italiano— parten de una situación muy similar: son muchos los supuestos concretos de renuncia contemplados en la ley, pero falta una norma que discipline la figura de forma completa. Es más, en Italia, esta carencia ha sido suplida por una vasta elaboración doctrinal y jurisprudencial que no ha tenido lugar —al menos, en términos cuantitativos— en España; donde, si bien existe abundante jurisprudencia al respecto, son escasos los estudios dedicados monográficamente a la materia[3].

---

[1] En este sentido, SCIANCALEPORE, G., *Situazioni giuridiche disponibili e rinunzia. Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Turín, 2008, p. 16; DELL'ATTI, G., *La rinunzia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Milán, 2012, p. 130, nota 2.

[2] TRAVIESAS, M. ("La renuncia", en *RGLJ*, 1929, p. 566) deduce esta renunciabilidad general de los derechos del artículo 4.2º del texto original del Código civil. Con referencia ya al actual artículo 6.2 CC, v. ALBALADEJO, M., *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, 18ª ed., Madrid, 2009, p. 428; ROGEL, C., "Renuncia y repudiación de la herencia", en *RGLJ*, 1980, p. 241.

[3] V., en nuestro país, CANO, J.I., *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986. En Italia, v., entre otros, ATZERI-VACCA, F., *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, 2ª ed, Turín, 1915; PIRAS, S., *La rinunzia nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1940; PERLINGIERI, P., *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Nápoles, 1968; MACCIOCE, F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Nápoles, 1992; COPPOLA, C., *La rinunzia ai diritti futuri*, Milán, 2005; BOZZI, L., *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milán, 2008.

La renuncia es, ciertamente, un fenómeno complejo y de contornos difusos, en cuyo análisis afloran muchos de los "grandes temas" del Derecho civil[4]: la propia noción de derecho subjetivo o de relación jurídica, el concepto de negocio jurídico o causa del mismo son cuestiones que adquieren una importancia determinante en esta sede. Como es obvio, no todas ellas pueden ser objeto de análisis en estas páginas, que se limitarán, por ello, a ahondar tres de los rasgos que configuran jurídicamente la actividad renunciativa y que permiten delimitarla respecto de algunas figuras afines como la *condonación de la deuda*. En particular, tratará de evidenciarse que (i) nos encontramos ante una manifestación de la facultad de disposición (ii) que tiene como único efecto directo la pérdida del derecho por su titular y (iii) que se articula por medio de un negocio jurídico unilateral, de carácter no recepticio.

1. La renuncia es una manifestación de la facultad de disposición

La pregunta ¿qué es la renuncia? puede —y debe— ser contestada desde una doble perspectiva. Por un lado, será necesario referirse a la *esencia* de la figura y, desde este punto de vista, podrá decirse que se trata de un derecho subjetivo o de una simple manifestación de la facultad de disposición. Por otro lado, deberá explicarse la *presencia* del fenómeno en el mundo jurídico y, desde esta óptica, podrá atribuírsele la condición de mero acto o de negocio jurídico. La primera de estas cuestiones aborda, si se quiere, el *qué* de la renuncia y, la segunda, el *cómo*, la manera o modo de llevarla a cabo.

Pues bien, en este primer apartado tratará de darse respuesta a la pregunta desde la primera de las perspectivas apuntadas y, para ello, será necesario adelantar, a efectos meramente dialécticos, una definición de renuncia limitada, tan sólo, a su contenido mínimo y constante[5]. Ateniendo a estos rasgos elementales, la renuncia suele definirse, comúnmente, como una declaración de voluntad por la que una persona abdica de la titularidad de un derecho subjetivo apartándolo de su patrimonio[6].

Esta posibilidad de abandonar el derecho ha sido explicada mediante el recurso a diversas figuras. Para algunos, integraría el contenido de un auténtico derecho subjetivo y, más concretamente, de un *derecho potestativo* o *derecho de formación jurídica*. Éstos designarían el poder de modificar, mediante una declaración de voluntad, la situación jurídica de un tercero, sin generar obligaciones a cargo de este último, que pasaría a encontrarse, por virtud de esa declaración de voluntad, en una situación de mera sujeción. En este sentido, se ha afirmado que la renuncia, al incidir sobre una determinada relación jurídica, modificándola o

---

[4] Esta complejidad se aprecia en el uso frecuentemente atécnico que el legislador hace del término "renuncia" a lo largo del Código civil —así, por ejemplo, en los arts. 900, 910, 1705, 1706, 1732,2º, 1736 y 1737 donde se emplea en referencia a supuestos de "desistimiento" o "denuncia unilateral del contrato", o en los arts. 890 y 1000 y ss. que regulan, realmente, supuestos de "repudiación"— y se refleja también en la errónea identificación de la figura con instituciones cercanas como la condonación o remisión de la deuda (v. *infra*, 3).

[5] Entiende SICCHIERO, G., "Voce: Rinuncia", en *Dig. delle disc. priv., Sez. civ.*, vol. 18, Turín, 1998, p. 653, que no es posible fijar este "contenido mínimo" de la noción de renuncia. En contra, sin embargo, BOZZI, A., "Voce: Rinunzia (diritto pubblico e privato)", en *Noviss. Dig. it.*, vol. 15, Turín, 1968, p. 1140, para quien "*l'istituto della rinunzia, sia nel campo del diritto privato sia in quello del diritto pubblico, ha confini e contenuto sufficientemente certi e costanti*" (en el mismo sentido, MOSCARINI, L.V., "Voce: Rinunzia. I. Diritto Civile", en *Enc. Giur.*, vol. 27, Roma, 1991, §1.1.).

[6] V., por todos, CABANILLAS, A., "Comentarios al art. 6.1 y 6.2 CC", en Albaladejo (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*", tomo 1, vol. 1, Madrid, 1992, p. 714.

extinguiéndola por obra de la sola voluntad unilateral del sujeto renunciante y ocasionando, en consecuencia, la modificación de un patrimonio ajeno, sería plenamente reconducible a esta categoría[7].

Esta construcción yerra, sin embargo, en la identificación del efecto directo o función característica de la renuncia. Como se desprende de la definición que hemos adelantado y como tendremos ocasión de desarrollar en el segundo apartado, el único efecto directo de la renuncia —aquél que la identifica y distingue de otras figuras afines— es la pérdida del derecho por parte de su titular. Cualquier otro deberá reputarse indirecto o meramente reflejo. De esta afirmación se deriva una consecuencia fundamental: la renuncia despliega y agota sus efectos en la esfera jurídica del sujeto renunciante. Por tanto, quien se ve afectado por la renuncia de un tercero no puede, ciertamente, impedir u obstaculizar sus efectos, pero no porque se encuentre en una situación de sujeción derivada del ejercicio de un derecho potestativo, sino, simplemente, porque carece de interés para hacerlo, en la medida en que ninguno de los cambios que hayan podido producirse en su patrimonio derivan, de manera directa, de la actuación ajena[8].

A decir verdad, la renuncia no presenta ni tan siquiera los rasgos distintivos del *derecho subjetivo*. Cierto es que el la propia idea de derecho subjetivo dista mucho de ser pacífica y unánime. Pero, en todo caso, la doctrina actual parece aceptar sin dificultades su papel central en la construcción del sistema de Derecho privado, como instrumento de mediación entre el sujeto y la norma, caracterizado, en su estructura básica, como un poder jurídico que permite a su titular llevar a cabo determinadas posibilidades de obrar, cada una de las cuales constituye una *facultad*[9].

Dada esta definición, no parece difícil apreciar que la renuncia carece de un contenido autónomo respecto al del derecho renunciado; el cual constituye, precisamente, su objeto. Siguiendo esta argumentación se ha afirmado acertadamente que la renuncia no es un derecho subjetivo sino una mera facultad. Se trata, más concretamente, de una manifestación de la *facultad de disposición*. Lo contrario, se nos dice, supondría admitir, con manifiesta artificiosidad, que el titular de cualquier derecho subjetivo lo es también de otro que adquiere contemporáneamente y que le habilita para desprenderse del primero[10].

2. El único efecto esencial y directo de la renuncia consiste en la pérdida del derecho. Su extinción es tan sólo un efecto indirecto y eventual. Diferencia entre renuncia al crédito y condonación de la deuda

Dejando para el último de los apartados el análisis de la renuncia en su faceta dinámica, esto es, como manifestación de voluntad —acto o negocio jurídico—, es necesario abordar ahora el que, quizás, sea su aspecto más problemático: la identificación de su *efecto* o *efectos esenciales*. Dicho análisis no puede limitarse a *describir* cuáles son los resultados que,

---

[7] Cfr. WALSMANN, H., *Der Verzicht: allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht*, Leipzig, 1912, pp. 314 y ss.

[8] V. MACIOCE, F., ob. cit., pp. 60 y 61; COPPOLA, C., ob. cit., p. 67; BOZZI, L., ob. cit., p. 9.

[9] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 11ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2005, pp. 417 y 418.

[10] Esta construcción de la renuncia "*la renderebbe una sorta di «diritto al diritto» in negativo, ossia un diritto di perdere un diritto*" (COPPOLA, C., ob. cit., p. 67). Rechazando, igualmente, la calificación de la renuncia como derecho subjetivo, v. MACCIOCE, F., ob. cit., p. 61.

de hecho, produce la renuncia, pues, en verdad, si algo caracteriza este fenómeno es, precisamente, que su ejercicio puede dar lugar a diversos resultados, si bien no todos ellos traen causa directa de la misma ni representan su efecto inmediato. La tarea debe dirigirse, más bien, a *explicar* cómo se producen esos resultados, diferenciando los que derivan directamente de la renuncia —y, en última instancia, de la voluntad del sujeto renunciante— de aquellos otros que tienen un origen diverso. Sólo así se podrá dotar de autonomía a esta figura frente a otras —como la remisión de la deuda— que producen, las más de las veces, resultados idénticos.

Como tendremos ocasión de analizar en el último apartado, la renuncia es —en su aspecto dinámico o manifestativo— un negocio jurídico; concepto que, en su acepción tradicional, define una manifestación de voluntad tendente a la producción de determinados efectos jurídicos[11]. De entre éstos, sólo los esenciales o principales configuran su función típica, permitiendo identificarlo y distinguirlo de otros negocios similares. Son, por tanto, efectos principales aquéllos a cuya producción va dirigida la declaración de voluntad y sin los cuales no puede darse el concreto negocio de que se trate. Son, en otras palabras, los efectos que constituyen el resultado buscado mediante la celebración del negocio.

De éstos, deben diferenciarse los denominados *efectos reflejos* (indirectos o mediatos) y los conocidos como *secundarios*. Los primeros no tienen su origen en el negocio generador de los efectos principales, sino en estos últimos[12]; y los segundos se caracterizan, a su vez, por ser meramente contingentes[13]. Ninguno de ellos puede contribuir a desentrañar las notas características de la renuncia: los unos porque al derivar de los efectos principales y no de la voluntad del renunciante se producirán siempre, con independencia de que sean o no queridos por aquél, encontrándose su origen en la ley; los otros porque al no concurrir en todos los supuestos de renuncia no integrarán su función típica, sino que serán simplemente accesorios.

El problema es que, de entre todos los efectos que produce la renuncia, no resulta sencillo distinguir cuáles son esenciales y cuáles son simplemente reflejos o secundarios. Hasta tal punto, que podría decirse que algunos de ellos, siendo esenciales en la renuncia a los derechos de crédito, no lo son en la renuncia a los derechos reales. Afirmación que, de ser cierta, impediría reducir todos los supuestos de renuncia a un fenómeno unitario.

Comencemos por analizar, someramente, los efectos que produce la renuncia a los derechos reales. En este ámbito, parece indiscutible que la renuncia causa, de manera directa, la pérdida del derecho por parte del titular renunciante. Al menos por lo que a la propiedad se refiere. Así, si abandono mi coche en la vía pública, es indudable que *pierdo* la propiedad del mismo, la aparto de mi patrimonio, haciendo uso de la facultad de disposición a la que, como titular del dominio, estoy legitimado. Ahora bien, ¿no es igualmente evidente que el derecho de propiedad *se extingue*? La dejación de mi derecho convertirá el que era mi coche en *res nullius*, sobre la que un hipotético ocupante podrá adquirir un *nuevo* derecho de propiedad (art. 610 CC). Lo mismo cabe decir respecto de la renuncia a la propiedad de los bienes inmuebles, que da lugar, tanto en España (art. 17 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas), como en Italia (art. 827 *C. civile*), al nacimiento de un nuevo derecho de propiedad a favor del Estado.

Parece claro, por tanto, que cuando se renuncia a la propiedad —recaiga ésta sobre un bien mueble o inmueble— el derecho necesariamente desaparece. Esta consecuencia es, si

---

[11] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., ob. cit., p. 471.

[12] De ahí que se les haya denominado, también, "efectos del efecto principal".

[13] Cfr. PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 71 a 74 y la bibliografía allí citada.

cabe, más evidente cuando se examina el supuesto en relación con los derechos reales limitados, ya que, en este caso, es el propio Código civil el que anuda expresamente la extinción de algunos de ellos a la renuncia de su titular[14].

¿Habrá que afirmar, en consecuencia, que la extinción del derecho es un efecto esencial de la renuncia a los derechos reales? Lo será si no es posible concebir la renuncia sin extinción. En caso contrario, deberá concluirse que nos encontramos ante un efecto que, si bien se produce *normalmente*, no es consustancial a la renuncia y, por tanto, no integra su función típica ni sirve para calificarla.

Debemos a la doctrina italiana el haber identificado supuestos en los que la renuncia al derecho de propiedad no lleva aparejada necesariamente su extinción. Esto es así, tanto en los casos de copropiedad (arts. 392 y ss. CC y 1100 y ss. *C. civile*), como en los de titularidad conjunta de derechos reales limitados.

Por lo que a los supuestos de condominio se refiere, puede apreciarse cómo, en ellos, la renuncia de uno de los cotitulares a su cuota o porción —sobre la que ostenta una plena facultad de disposición (art. 399 CC)— no produce su extinción, sino su acrecimiento al resto de comuneros[15]. La renuncia, en la comunidad de bienes, podrá dar lugar, ciertamente, a la desaparición del derecho de propiedad, pero sólo cuando *todos* los copropietarios renuncien simultánea o sucesivamente a sus cuotas. La realizada por uno sólo de los comuneros —o por varios, pero no todos— no tiene efectos extintivos, sino meramente abdicativos. Esta consecuencia parece, además, indiscutible en la llamada "renuncia exonerativa" (art. 395 CC), en la que el efecto liberatorio únicamente puede explicarse si se entiende que la cuota renunciada acrecienta la de los restantes comuneros, que sólo de esta forma verán compensado el incremento en su contribución a los gastos de conservación[16].

Este efecto meramente abdicativo de la renuncia se da también en las situaciones de cotitularidad del usufructo y de la servidumbre. En las primeras, el acrecimiento tiene lugar por disposición expresa del artículo 987 CC y en las segundas por aplicación del artículo 544 CC.

Estas reflexiones evidencian cómo, en presencia de una situación de pluralidad de titulares sobre un derecho real, la renuncia efectuada por uno de ellos produce simplemente el abandono de su cuota y no la extinción del derecho. Pero nada más. No permiten determinar, aún, cuál es el efecto esencial que caracteriza la renuncia. De hecho, a la luz de las mismas, podría sostenerse legítimamente que la renuncia no es un fenómeno unitario e, incluso, que es posible identificar, al menos, dos modalidades o formas distintas de renuncia, referidas ambas a los derechos reales: la renuncia a la titularidad individual del derecho y la renuncia a la cotitularidad. Cada una de las cuales desencadenaría un efecto típico distinto: *extintivo* la primera y *meramente abdicativo* la segunda.

---

[14] Sucede así en el usufructo (arts. 513, 4º CC y 2814 *C. civile*) y en la servidumbre (art. 546, 5º CC), respecto de los cuales, no hay duda de que la renuncia produce su extinción.

[15] El acrecimiento es afirmado, entre otros, por BONET CORREA, J., *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio*, Madrid, 1961, pp. 22 a 31; LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, vol. 3 (*Derechos reales*), 2ª ed., Madrid, 2003, p. 218. Lo niega, en cambio, POU DE AVILÉS, J.M., "La renuncia en el derecho civil español", en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, vol. 2, Barcelona, 1983, p. 733, entendiendo que la cuota pasa a ser titularidad de los restantes comuneros por ocupación.

[16] MIQUEL, J.M., "Artículo 395", en Paz-Ares (et al.) (Dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo 1, Madrid, 1991, p. 1081. En contra, ROCA JUAN, J., "La renuncia liberatoria del comunero", en *ADC*, 1957, pp. 102 a 107.

De nuevo, la doctrina italiana arroja luz sobre la cuestión, señalando un supuesto de renuncia a un derecho real por parte de su único titular —negocio que, como ha quedado indicado, tendría efectos extintivos— que provoca, única y exclusivamente, la pérdida del derecho. Nos estamos refiriendo a la renuncia al usufructo hipotecado. Como es sabido, entre las causas legales de extinción del usufructo, se encuentra la renuncia efectuada por el usufructuario (art. 513,4º CC). Pues bien, en estos casos, el artículo 107 de la Ley Hipotecaria declara subsistente la hipoteca "hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin"[17]. Es evidente que la hipoteca no puede gravar un derecho inexistente, por lo que debe afirmarse que, en este supuesto, si bien el usufructuario ha perdido su titularidad, el usufructo permanece en garantía de la deuda.

El análisis de este supuesto revela cómo no siempre que se renuncia a un derecho real éste se extingue. De ahí que pueda concluirse que la extinción, siendo un efecto que normalmente la acompaña, tiene un carácter meramente eventual y, por tanto, no conforma el efecto típico de la renuncia a los derechos reales.

Avancemos un paso más. Si no es la extinción del derecho el efecto que caracteriza la renuncia, ¿lo es la pérdida del mismo? Para responder adecuadamente a esta pregunta es necesario explicar cómo —en los supuestos en los que así sucede— la renuncia produce la extinción del derecho renunciado.

Digamos desde ya que la causa directa o inmediata de la extinción no es nunca la renuncia. La desaparición del derecho se produce como consecuencia de su abandono. En otros términos: la renuncia no *destruye* el derecho. No es ése el resultado perseguido por el renunciante, que tan sólo busca desprenderse de su titularidad. Sin embargo, no puede negarse que ese desprendimiento afecta, de manera necesaria, al derecho o, mejor dicho, a la relación jurídica en la que éste se inserta. La afecta, en concreto, extinguiéndola o modificándola. Lo primero sucederá cuando, una vez perdida la titularidad del derecho por parte del renunciante, no tenga lugar su modificación subjetiva, es decir, cuando esta pérdida no vaya seguida de la adquisición de la condición de titular por otro sujeto[18]. Así ocurre en el caso de renuncia a la propiedad por su único titular[19] y lo mismo sucede en la renuncia a la servidumbre por el titular del predio dominante y en la renuncia del usufructuario[20].

En definitiva, por lo que a los derechos reales se refiere, el único efecto constante y directo de la renuncia es la pérdida del derecho, mientras que tanto la modificación de la relación jurídica como la extinción del derecho son solamente efectos reflejos y meramente eventuales.

---

[17] En términos similares se expresa el artículo 2814 *C. civile*. PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 79 y 80 menciona, por su parte, otros dos supuestos: la renuncia al derecho de superficie gravado por hipoteca, (*ex* artículo 2816, 2º *comma*, *C. civile*) y la enfiteusis, cuando tanto el derecho del concedente como el del enfiteuta se encuentran igualmente gravados por hipoteca (*ex* artículo 2815, 4º *comma*, *C. civile*, en relación con sus párrafos 1º y 2º).

[18] Cfr. MACCIOCE, ob. cit., pp. 82 y 83.

[19] ALBALADEJO, M., ob. cit., p. 429.

[20] En contra, CANO, J.I., ob. cit., p. 61, que atribuye a la renuncia a los derechos reales limitativos efectos "traslativos".

Resta ahora analizar si estas conclusiones son aplicables también a la renuncia a los derechos de crédito o si nos encontramos, en cambio, ante dos figuras distintas, cada una de las cuales asume funciones diversas.

Tradicionalmente, la doctrina —española e italiana— ha identificado la renuncia a los derechos de créditos con la figura de la *condonación* o *remisión de la deuda* (arts. 1187 CC y 1236 *C. civile*). Tal equiparación ha llevado a sus defensores a la conclusión de que la renuncia a los derechos reales es una figura distinta a la de los derechos de crédito que se identifica, precisamente, con la condonación de la deuda.

Debe advertirse, no obstante, que esta asimilación se ha realizado, generalmente, atendiendo a criterios *estructurales* y no estrictamente *funcionales*. De esta forma, quien ha sostenido la unilateralidad de la condonación lo ha hecho argumentando, previamente, la unilateralidad de la renuncia; concluyendo que, siendo aquélla una modalidad de ésta, estamos, en realidad, ante una misma figura o, si se prefiere, ante las dos caras de un mismo fenómeno. La manera adecuada de proceder es, sin embargo, la inversa: sólo habiéndose identificado la función del negocio jurídico correspondiente, podrá establecerse correctamente su estructura.

Fue PERLINGIERI[21] el primero en poner de manifiesto la autonomía de la renuncia a los derechos de crédito frente a la condonación. Se trata, según este autor, de dos figuras que no producen los mismos efectos y que cumplen, por ello, funciones diversas, presentado, en consecuencia, estructuras diferentes.

El efecto esencial y directo de la condonación es, sin duda, la extinción de la obligación[22]. Así lo ponen de manifiesto tanto el artículo 1156 CC ("Las obligaciones se extinguen: […] por la condonación de la deuda")[23] como el artículo 1236 *C. civile* ("*La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione* […]"). La cuestión se centra, por tanto, en determinar si éste es, también, el efecto principal de la renuncia al derecho de crédito o si, como sucede con los derechos reales, es posible identificar supuestos de renuncia que no impliquen necesariamente la extinción del derecho.

Nuevamente, la respuesta pasa por analizar el efecto de la renuncia en las situaciones de cotitularidad y, en concreto, en los supuestos de *solidaridad activa*. En estos casos, cada uno de los acreedores está facultado para realizar, por sí mismo, cualquier acto de disposición sobre el crédito común. De este modo, podrá extinguirlo por completo condonando la deuda, sin perjuicio de que haya de responder frente al resto de coacreedores, en virtud de la relación interna que les une (art. 1143 CC[24]). Ahora bien, si esto sucede respecto del crédito común,

---

[21] *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., *passim.*

[22] V., sin embargo, la posición mantenida por TILOCCA, E., *La remissione del debito*, Padua, 1955, quien equiparando la condonación a la renuncia entiende, no obstante, que su efecto característico es la pérdida del derecho y no su extinción. Esta postura es duramente criticada por MATTEUCCI, A., "Recenssione a Tilocca", en *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 475 a 488.

[23] Cfr. también el artículo 1143 CC.

[24] La doctrina tiende hoy a superar la aparente contradicción entre los artículos 1141 y 1143 CC interpretando que el primero regula, en realidad, las relaciones internas entre los coacreedores, mientras que la regla general es la contemplada en el segundo. De esta manera, cada uno de los acreedores solidarios se encuentra legitimado para realizar cualquier acto de disposición sobre la obligación (art. 1143, I CC), aun cuando deba responder ante los demás acreedores solidarios por la parte que le corresponda en la obligación (art. 1143, II CC) (Cfr. CAFFARENA, J., "Artículo 1141", en Paz-Ares (et al.) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 1, p. 128).

¿qué ocurre con la posición jurídica que cada acreedor ostenta en la relación obligatoria? Ésta es, en realidad, el único "bien" sobre el que el acreedor solidario ostenta una plena titularidad que le habilita para transmitirlo y enajenarlo, pero también para condonarlo o renunciarlo, siendo estas últimas actuaciones diferentes. Si opta por lo primero, la obligación quedará extinguida en la parte correspondiente al acreedor remitente; si se decanta, en cambio, por lo segundo, el resultado será análogo al que vimos al hablar de los derechos reales: la parte renunciada podrá seguir siendo reclamada por cualquier de los acreedores solidarios restantes; es decir, no se extinguirá, sino que acrecentará la de los demás coacreedores[25].

De este modo, puede concluirse que tampoco en relación con los derechos de crédito la extinción es un efecto esencial de la renuncia. Ésta sólo produce, directamente, la pérdida del derecho por su titular; pérdida que dará lugar a la modificación subjetiva de la relación en la que se inserta —en los casos en los que exista una pluralidad de titulares— o a su extinción —cuando, por ser uno sólo el titular, no pueda tener lugar una sucesión en la titularidad abandonada[26]—.

Aparece, así, la renuncia como un negocio distinto a la condonación. En ésta la extinción de la obligación es el efecto perseguido, en aquélla lo es sólo la abdicación de la titularidad del crédito. De ahí que la remisión se configure, con carácter general, como bilateral, mientras que la renuncia se repute —como veremos— unilateral.

3. La renuncia es un negocio jurídico, unilateral y no recepticio. La derelicción como simple manifestación de la voluntad de renunciar a la propiedad sobre un bien mueble

Con frecuencia, la renuncia es calificada de *negocio* y no de mero *acto* jurídico —en sentido estricto—. No obstante, en muchas ocasiones, esta calificación es acrítica e inconstante. Más aún, a veces se elude, haciéndose uso de la más aséptica expresión "declaración de voluntad".

La distinción puede no tener mayor relevancia si se tiene en cuenta la delgada línea conceptual que separa ambas manifestaciones de la autonomía privada. Tanto a la una como a la otra les son, en principio, aplicables —en cuanto compatibles— las mismas normas en materia de capacidad, vicios del consentimiento o representación[27]. La cosa cambia, sin embargo, si consideramos la renuncia como un mero *acto real*; es decir, como actuación material cuyos efectos jurídicos son independientes de la voluntad del sujeto actuante, hasta el punto de producirse, incluso, no siendo queridos por éste. En este caso, el acto es voluntario —y, por ello mismo, difiere del mero *hecho* jurídico—, pero la voluntad no abarca más que el resultado material, siendo los resultados jurídicos obra exclusiva de la ley.

---

[25] V. PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 177 y ss. En nuestro país, cfr. FLORENSA, C.E., *La condonación de la deuda en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 126 a 129. No lo entiende así BOZZI, L., ob. cit., p. 105, para quien el pacto de acrecimiento entre coacreedores solidarios podría encerrar, en realidad, una cesión de crédito.

[26] Para CANO, J.I., ob. cit., pp. 61 y 62, la renuncia al derecho de crédito por el acreedor único produce su extinción, pero no por ausencia de titular, sino por "confusión", pues entiende que este tipo de renuncias son "traslativas", estando el destinatario —en este caso, el deudor— determinado *ex lege*.

[27] DÍEZ-PICAZO, L., ob. cit., p. 474.

El problema se ha planteado, sobre todo, en relación con la figura de la *derelicción* o *abandono* a la que, en ocasiones, se ha negado el carácter de renuncia[28] y a la que, otras veces, se ha considerado como *la* renuncia a la propiedad de los bienes muebles.

El abandono, se afirma, tiene una estructura realmente simple: se trataría de un acto material por el cual el propietario de una cosa mueble hace dejación voluntaria de la misma desprendiéndose de su posesión y perdiendo, como consecuencia, su propiedad[29]. Sería, por tanto, un ejemplo prototípico de acto real ya que la voluntad del sujeto —el *animus derelinquendi*— se encuentra referida tan sólo al resultado material: el abandono de la posesión. De tal forma que el resultado jurídico, consistente en la pérdida de la propiedad, derivaría única y exclusivamente de la ley y se impondría, incluso, a la voluntad contraria del titular.

Nada tendría que ver este acto con la renuncia, entendida como declaración de voluntad dirigida a producir la pérdida de un derecho. Tan es así, que ambas serían autoexcluyentes y sólo la derelicción sería apta para operar la pérdida del derecho de propiedad sobre los bienes muebles. En relación con éstos, no sería admisible la renuncia *solo animo*; de manera que la mera declaración —de palabra o escrita— no bastaría, por sí sola, para operar la pérdida del derecho de propiedad sobre la cosa, si el sujeto conserva aún la posesión de la misma. La renuncia a la propiedad de los bienes muebles debe ir, por tanto, acompañada siempre de la pérdida, consciente y voluntaria, de la posesión. Mas, como el abandono se define, precisamente, como esa pérdida consciente y voluntaria de la posesión a la que la ley anuda la pérdida de la propiedad, no habría espacio para la renuncia[30].

Esta independencia entre *derelictio* —de bienes muebles— y *renuntiatio* —de bienes inmuebles—, que habría sido evidente en el Derecho romano, se mantuvo también en el Derecho común e intermedio y no sería hasta el siglo XIX cuando el pandectismo alemán sometiese ambas figuras a una promiscua identificación. En este proceso, habría jugado un papel esencial la exaltación del *animus derelinquendi*, que de elemento meramente implícito en la derelicción y referido solamente a la posesión, se habría visto elevado a componente esencial del acto de abandono, referido ahora al derecho de propiedad sobre la cosa[31]. Contemplado bajo este nuevo prisma, el abandono se identificaría con la renuncia, adoptando la forma de negocio jurídico y, más concretamente, de *negocio de actuación*[32]. Pero la identificación se hace también en la dirección opuesta, esto es, atribuyendo a la renuncia la condición de abandono y, por ende, de acto meramente real y excluyéndose, en consecuencia, su naturaleza negocial[33].

A nuestro juicio, la solución, lejos de ser evidente, pasa por conciliar renuncia y abandono. No obstante, dicha conciliación sólo es posible a costa de sacrificar la autonomía de esta última figura, reduciéndola a mero elemento estructural de la primera. La renuncia es un negocio jurídico y, como tal, se compone de dos elementos: uno interno —la voluntad— y otro

---

[28] BONET CORREA, J., ob. cit., p. 20 y ss.

[29] LA TORRE, M.E., *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Milán, 1993, p. 37.

[30] Cfr. DE LA TORRE, M.E., ob. cit., pp. 41 a 48.

[31] Ibidem.

[32] BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., trad. Martín Pérez, A., Madrid, 1959, pp. 100 y 101 y SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Nápoles, 1966, p. 136. En contra, BOZZI, L., ob. cit., pp. 41 a 49.

[33] Así, CANO, J.I., ob. cit., *passim*, especialmente, pp. 23 a 29.

externo —la manifestación de esa voluntad—. En este sentido, el abandono debe entenderse como mera expresión de la voluntad de renunciar al derecho de propiedad sobre bienes muebles.

La renuncia no requiere, en general, una forma determinada[34]; sin embargo, cuando ésta se refiere a los bienes muebles es necesario que vaya acompañada de una actuación material consistente, precisamente, en el abandono de la posesión. Por tanto, la derelicción o abandono no es un negocio jurídico —de actuación—, independiente de la renuncia e incompatible con ésta; tampoco se identifica con la renuncia a los bienes muebles como acto real o meramente material al que la ley anuda la pérdida de la propiedad como consecuencia inevitable. Antes bien, consiste en una manifestación de voluntad —no ciertamente una declaración, sino un comportamiento— a través de la cual el sujeto lleva a cabo un negocio jurídico de renuncia, abdicando de su derecho de propiedad sobre un bien mueble[35]. De esta forma, no se trata de que el abandono deba estar acompañado del *animus derelinquendi* referido al derecho de propiedad, sino de que el abandono es, precisamente, la exteriorización de ese *animus* o voluntad.

Es posible, todavía, distinguir un supuesto en el que el abandono sí debe ser contemplado como acto jurídico —real— independiente de la renuncia. Nos estamos refiriendo a los casos en los que la derelicción no puede verse como expresión de la voluntad de renunciar al derecho de propiedad de un bien mueble, precisamente, porque esa voluntad no concurre en el sujeto derelincuente[36]. Cuando esto suceda, el efecto del abandono no será, sin embargo, la pérdida de la propiedad, sino tan sólo la pérdida de la posesión (art. 460,1º CC).

Estas consideraciones nos llevan a descartar la calificación de la renuncia —aún la de la propiedad sobre los bienes muebles— como mero acto real o acto *puramente exterior*: la voluntad del renunciante abraza tanto el acto material como su consecuencia jurídica, identificada en la pérdida del derecho. A pesar de ello, hay quien sostiene que no nos encontramos ante un negocio jurídico, en sentido estricto, pues en ella no tiene lugar la autocomposición de intereses que es típica de la actividad negocial. La renuncia, se afirma, carece de todo contenido normativo. Puede que su efecto esencial sea querido y buscado por el renunciante, pero es *inamovible*: siempre que se renuncie se producirá la pérdida del derecho. El sujeto podrá determinar, a lo sumo, su alcance, renunciando de forma parcial o total, pero no podrá *configurar* libremente las consecuencias jurídicas de su acto[37]. Además, muchos de los efectos de la renuncia son, como hemos comprobado, meramente indirectos y, respecto de ellos, la voluntad del renunciante es totalmente indiferente.

Si, efectivamente, este componente normativo o autorregulador define el negocio jurídico, la renuncia queda, ciertamente, al margen del concepto. Sin embargo, las consecuencias prácticas de esta exclusión serán escasas: siendo la renuncia un acto asentado, en todo caso, en una manifestación de voluntad, se le aplicarán, como decíamos al

---

[34] Cfr., no obstante, el artículo 1280,1º y 4º CC.

[35] En este sentido, ALLARA, M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Turín, 1952, pp. 224 a 227. En contra, BOZZI, L., ob. cit., p. 41.

[36] Son los casos que la doctrina ha entendido, generalmente, como de abandono sin *animus derelinquendi*, pero que, bajo el punto de vista mantenido en el texto, deben entenderse como de abandono no manifestativo de la voluntad de renunciar a la propiedad (*v.gr.* abandono de una cosa mueble por un no propietario).

[37] En este sentido, CANO, J.I., ob. cit., pp. 35 a 47.

principio de este apartado, las mismas normas que regulan los negocios jurídicos, en cuanto a capacidad, vicios de la voluntad y representación.

Una vez concluido que la renuncia es un negocio jurídico —o, al menos, un acto jurídico en sentido amplio— que despliega y agota su efecto directo —la pérdida del derecho— en la esfera del sujeto renunciante, no es difícil advertir que se configura, desde un punto de vista estructural, como negocio unilateral y no recepticio. La renuncia será válida y eficaz sin necesidad de contar con el consentimiento del tercero que pudiera verse afectado —indirectamente— por ella ni, tan siquiera, de ponerla en su conocimiento.

REGIMEN SANCIONADOR DE LOS MONTES

Alejandro García Abad
Becario FPI en el Departamento de Dcho.Público de la Universidad de Zaragoza

Resumen:
En esta comunicación se presenta una tesis que trata de abordar la sistematización del régimen sancionador en derecho forestal dentro del contexto español. A lo largo de seis apartados, tras una breve descripción del estado de la cuestión, se recorren los aspectos fundamentales de la normativa forestal, la metodología y objetivo a desarrollar, en los que se analizan los problemas jurídicos actuales que plantea la dispersión normativa en el sector de los montes en nuestro estado autonómico, las discusiones doctrinales acerca de los principios jurídicos afectados en derecho sancionador administrativo, y un breve comentario al borrador del anteproyecto de ley que modifica la actual ley 43/2003 de Montes del Estado.
Palabras clave / Keywords:
Sanción, monte, forestal, regimen sancionador, sistema*, ius puniendi*.

1.- INTRODUCCIÓN:

Según los últimos datos disponibles, en el Reino de España constan 27.664.674 hectáreas de superficie forestal respecto a las 50.478.200 del total de superficie del Estado. Más de la mitad del territorio estatal esta clasificado como “monte”, un concepto jurídico cuyas implicaciones y contenido han ido variando en sucesivas regulaciones.[1]

Los montes trascienden fronteras administrativas y políticas e incluso su categorización como bienes públicos o privados, son ecosistemas que deben ser tratados de un modo integrado. Su régimen de protección jurídica, el cual emana del Art. 45 de la Constitución Española de 1978, deriva esencialmente de su valor ambiental.

En dicho régimen, la utilización racional de los recursos naturales y en concreto los forestales, ha representado la base de los mecanismos legales y políticas públicas para su conservación y aprovechamiento sostenible, que tiene en cuenta la multifuncionalidad ambiental, protectora, productora, cultural, paisajística o recreativas del monte. La evolución de las funciónes del Medio Ambiente hacia su concepción actual, recogido con diferente alcance en las leyes de protección de la naturaleza hasta la vigente Ley 42/2007 de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, ha llevado al Art. 45 CE a rivalizar en alcance y preeminencia con otros derechos constitucionales reconocidos como la libre circulación, la propiedad privada o la libertad de empresa (Arts. 19, 33 y 38 de la CE), en aras del interés general, la solidaridad colectiva y el desarrollo integral de las generaciones futuras.

Todo ello se refleja en las últimas décadas en la legislación sectorial administrativa, particularmente en la forestal, donde la necesidad de introducir los nuevos mecanismos de protección, planificación y valores ambientales europeos, llevaron al legislador estatal a sustituir la longeva y preconstitucional Ley de montes de 1957 por la actual Ley 43/2003 de 21 de noviembre, modificada ampliamente en 2006. En ese proceso legislativo estatal y los paralelos procesos autonómicos, una materia sensible ha sido la potestad y el régimen sancionador, que han sufrido particularmente la dispersión normativa y la descentralización administrativa, generando muchos problemas e incongruencias legales.

---

[1]. *Mapa Forestal de España MFE50*, MAGRAMA (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente), Diciembre 2009.

Ante dichas circunstancias, por medio de esta comunicación, vengo a presentar la el proyecto de tesis doctoral que comparte título y doctorando, en la que se tratará la necesidad de investigación para avanzar en la solución a un ámbito jurídico no exento de problemas.

2.- METODOLOGÍA Y OBJETIVO:

Con esta hipótesis, se aborda la elaboración de un trabajo científico, basado en la siguiente metodología jurídica: Estudio histórico de las sanciones en materia forestal, estudio y análisis de la regulación existente, conclusiones jurisprudenciales sobre la base de conflictos jurídicos reales en materia de sanciones forestales, estudio de la doctrina especializada y las propuestas de mejora en la regulación (extrapolación o integración) de fórmulas normativas ya existentes en otros sectores, además del análisis de la experiencia comparada en territorios con gran tradición forestalista y éxito en la gestión y administración de los recursos forestales (Alemania, Austria, Francia). Se tratará en un capítulo específico la cuestión relativa a los incendios forestales, dada su especificidad y trascendencia.

Como objetivo, se pretende obtener una redacción sistematizada del régimen sancionador de los montes en el Reino de España, en un texto analítico y con propuestas de mejoras en la regulación, que traten de alcanzar un mayor grado de armonización territorial, eficacia y coherencia dentro del ordenamiento jurídico español.

3.- CONDICIONES ACTUALES Y MARCO LEGAL:

Como objeto de Derecho, en la coyuntura actual de nuestro país, los montes se enmarcan en un complejo escenario jurídico y con gran dispersión normativa donde encontramos:

a) En primer lugar el Derecho Internacional, principalmente "soft-law": tratados multilaterales, como los Convenios sobre el Cambio Climático (Nueva York, 1992), la Diversidad Biológica (Río, 1992) o la Desertificación (París, 1994), Johanesburgo 2002, etc. Donde destaca la ausencia de un instrumento de vocación mundial para la protección del bosque; y el Derecho Comunitario en materia ambiental y forestal, el cual deja a los Estados miembros como actores principales según el principio de subsidiariedad con el propósito de una gestión forestal sostenible, e impregna en su ordenamiento los principios de "cautela", "acción preventiva", "quien contamina paga", "corrección de atentados al medio en la fuente" y "no regresión". La mayoría de las disposiciones normativas de la Unión Europea aprobadas hasta ahora en materia forestal han estado ligadas a la PAC y han regulado principalmente acciones de fomento por medio del otorgamiento de subvenciones y ayudas, Los incendios forestales y la contaminación atmosférica son los principales factores que ponen en peligro el desarrollo sostenible de los bosques de la Unión Europea y se han plasmado en varios reglamentos y planes como el "Eje Bosque" o "*Forest Focus*" y actualmente en el Plan de acción de la UE para los bosques (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2006, COM 2006 302 final)[2].

b) En segundo lugar, un marco constitucional delimitado legal y jurisprudencialmente que distribuye en tres niveles territoriales las competencias en materia forestal, las cuales han generado mayoritariamente a partir de su inclusión en los diversos estatutos de autonomía, sendos preceptos en materia forestal: 1-Estatal (en que el estado tiene la competencia exclusiva en legislación básica a tenor del Art. 148.1.9ªCE), 2-Autonómico (derivado de las competencias asumidas por las CCAA según el Art. 149.1.23ª CE), y 3-Local (se recogen sus competencias en el Art. 9 de la Ley 43/2003 de Montes, el Art.84 del TRLBRL y los Artículos 38-40 del Reglamento de bienes de Entidades Locales);

c) En tercer lugar, en cuanto bienes ubicuos dentro del territorio nacional y transversales (cumplen funciones: social, ambiental, cultural, económica, recreativa, etc.), se ven afectados por la legislación sectorial y planificación de ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, turismo o de aguas, entre otras.

---

[2] VV.AA. (2009):"Protección jurídica de los montes", *Derecho de los Bienes Públicos*, Ed. Aranzadi Civitas, Directores: PAREJO ALFONSO, L y PALOMAR OLMEDA, A.; Pags. 13 y ss. Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-9903-362-4

d) Por último, la mayor conciencia jurídica ambiental, los avances en la técnica y los cambios clímatico y social, han derivado en la aparición de nuevas formas de uso, nuevas conductas lesivas, peligros y amenazas al monte, que han generado nuevas perspectivas de ordenación forestal, así como nuevas inquietudes de las administraciones en materia de gestión y planificación. Destacan los usos recreativos del monte, la Ley 26/2007 de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental, la potestad de exigencia de responsabilidad ambiental como alternativa a la sancionadora o las modificaciones recientes del código penal, especialmente tras la inclusión de las personas jurídicas penalmente responsables.

Todos estos factores condicionan una regulación de las sanciones en la legislación de montes que, en la actualidad, adolece de graves problemas señalados reiterádamente por la doctrina y que tratare de exponer a continuación brevemente.

4.- LA DISPERSIÓN NORMATIVA:

Quizá el más evidente de los problemas, y probablemente generador de ulteriores defectos en la regulación, sea la dispersión normativa que ha generado importantes desigualdades territoriales, problemas de legitimidad, falta de coherencia entre las infracciones y sanciones administrativas y los regímenes sancionadores. El origen de este problema podemos encontrarlo en la diferente orientación y enfoques de las leyes autonómicas (Entre las denominaciones hallamos gran variedad: Ley de Montes, Ley de Gestión Forestal Sostenible, Ley de Patrimonio Forestal, Ley de Protección Forestal y de la Naturaleza, Ley de Montes y Espacios Naturales Protegidos, etc.); así como en la falta de adecuación entre las Leyes de Montes autonómicas de desarrollo y la Ley básica estatal.

Esta falta de adecuación se debe a que tras la aprobación de la constitución de 1978, un gran número de CC.AA. aprobaron textos legales en materia forestal en el ejercicio de sus competencias, de manera acorde a la antigua ley de Montes de 1957 que aun hoy siguen vigentes y sin haber modificado su articulado sustancialmente (salvo en cuestiones puntuales como la adaptación a la directiva de servicios) y otras sin embargo, bien legislaron tras la aprobación de la nueva ley básica de Montes de 2003-2006, o bien adecuaron sus leyes anteriores a la nueva ley básica estatal, siendo estas actualizaciones en ocasiones de manera coherente con la ley básica y en otras variando algunas de las normas del capítulo de infracciones y sanciones. Otras CC.AA. simplemente no han legislado en materia de Montes en ninguno de los dos procesos. Como consecuencia de esta dispersión, podemos decir que el régimen sancionador de montes en España no es acorde al ordenamiento con carácter generales, derivando así en una deficiente administración, orden y control de los montes, el menoscabo del bien jurídico que se pretende proteger y el consiguiente impacto en el entorno natural, así como las restantes afecciones que se deducen. A continuación vemos el estado de la legislación autonómica en cada Comunidad Autónoma:

NO CUENTAN CON LEY DE MONTES:

- BALEARES: Sin embargo en la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, en el Capítulo VII, Art. 52 se tipifica una nueva infracción administrativa en materia de montes y que sólo afecta a ciclomotores, motocicletas y quads.
- CANARIAS.
- CANTABRIA: actualmente en tramitación, anteproyecto de ley: Crea los cuerpos de Técnicos Auxiliares del Medio Natural y los Agentes del Medio Natural.
- EXTREMADURA.
- MURCIA: en proceso de elaboración.

CC.AA. CON LEGISLACIÓN FORESTAL ANTERIOR A LA LEY DE MONTES 2003-2006.

- ANDALUCÍA: Ley 2/1992 de 15 de junio de Montes de Andalucía. (Establece sanciones muy graves hasta 10 millones de Ptas.-60.000€ y define las “especialmente graves” que no aparecen en la ley básica hasta 50 millones de Ptas.-300.000€).
- CATALUÑA: Ley 6/1988, de 30 de marzo, Forestal de Cataluña. (Solo adecuada a la directiva de servicios. Especial atención al límite de las sanciones muy graves por 30.000€).
- MADRID: Ley 16/1995, de 4 de mayo de Protección Forestal y de la Naturaleza de Madrid. (Establece sanciones con límite de 300.000€ y regula la vigilancia y los agentes

forestales. Desde 2007 en suspenso por recurso de inconstitucionalidad y un auto de 2008 lo ratifica, no habla de la Ley de montes 57).

- NAVARRA: Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre de Patrimonio Forestal de Navarra (actualiza algunos aspectos como la cuantía de las sanciones, pero no la prescripción de las infracciones, donde establece 3 años para muy graves).
- PAÍS VASCO: Norma Foral de VIZCAIA: Norma Foral 3/1994, de 2 de junio de Montes y ENP (cuantías de las sanciones sin actualizar, la prescripción de las infracciones es menor y la de las sanciones 5 años en todo caso).
- RIOJA: Ley 2/1995, de 10 de febrero de Patrimonio Forestal de la Rioja. (Las sanciones muy graves van desde los 5 a los 50mill.ptas a diferencia de las otras comunidades que establecen el límite en 10mill. Establece un incremento del 100% de la sanción en Espacios Naturales Protegidos y la posibilidad de actualizar las sanciones según el IPC.)
- VALENCIA: Ley 3/1993, de 9 de diciembre Forestal de Valencia. (Establece la posibilidad de nombrar guardas jurado medioambientales en zonas sensibles o periodos de mayor riesgo, además de la posibilidad de contar con voluntariado. Prescripcion de infracciones graves a los 3 años, leves 6 meses).

CC.AA CON LEGISLACIÓN FORESTAL POSTERIOR A LA LEY DE MONTES 2003-2006.

- ARAGÓN: Ley 15/2006 de 28 de diciembre de Montes de Aragón. (Establece un nivel de administración forestal comarcal, para los montes que estén íntegramente en su territorio con competencias de policía, entre otras; establece el fondo de mejora al que se destinan los pagos por daños y perjuicios en procedimientos de sanciones en montes catalogados; considera el árbol como valor a proteger, incorpora el Catálogo de “Árboles Singulares de Aragón” entre las fórmulas de gestión y su consideración en el desarrollo autonómico del régimen sancionador establecido en la Ley Básica de Montes.
- ASTURIAS: Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal.
- CASTILLA-LA MANCHA: Ley 3/2008 de 12 de junio de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha. (Prescripción de las sanciones agravada respecto a la ley básica 5 años frente a 3 en las muy graves, 3 frente a 2 en las graves; regula la previsión de un cuerpo de policía forestal, los “agentes medioambientales”).
- CASTILLA-LEÓN: Ley 3/2009, de 6 de abril de Montes de Castilla y León. (Presta especial atención al uso recreativo y educativo del monte. También regula los “agentes forestales” como autoridad).
- GALICIA: Ley 7/2012, de 28 de junio de Montes de Galicia. (Crea el “Registro de Infractores”, establece el plazo de caducidad para el procedimiento sancionador de montes en 9 meses, sobre el genérico de 6 meses).
- PAÍS VASCO: Norma Foral 7/2006, de 20 de octubre de GUIPUZCOA. (Establece circunstancias modificativas de la responsabilidad, y regula los responsables de las infracciones, establece una regulación completa y exhaustiva del procedimiento sancionador administrativo en materia de montes). Norma Foral 11/2007, de 26 de marzo, de Montes de ÁLAVA. (contempla la posibilidad de que la resolución sancionadora proponga la sustitución de la multa que pueda imponerse por la realización de actividades en beneficio del monte).

Se manifiesta la falta de unanimidad en cuestiones tan básicas como la cuantía máxima y mínima que pueda ser objeto de sanción pecuniaria correspondiente a los diferentes niveles de gravedad de las conductas y sus consiguientes sanciones. En las mismas categorías de gravedad de las infracciones hay especialidades (Ej.: “infracciones especialmente graves” en la Ley andaluza). También en los criterios de establecimiento de la gravedad, en la prescripción de las sanciones, etc.

Es curioso el caso del País Vasco, donde los tres territorios históricos tienen un régimen muy diferente entre si. Siendo las de Álava y Guipúzcoa regulaciones más modernas que la de Vizcaya.

Quizá sería conveniente tratar de uniformizar las sanciones más severas y las conductas infractoras más graves por medio de la legislación básica, so pena de un escenario de enorme desigualdad, incoherencia e inseguridad jurídica.

5.- OTRAS CUESTIONES CONFLICTIVAS:

Tras observar esta visión general de la legislación autonómica en materia del régimen sancionador de Montes, se plantean numerosas cuestiones susceptibles de discusión y debate doctrinal.

Uno de los posibles debates, es sobre los cuerpos u órganos de la administración encargados de la función de policía, del control de los Montes y de las prescripciones legales en materia de conservación, protección y sanción de las infracciones. Entre otras dudas, podemos plantearnos que administraciones territoriales habrían de actuar, ya que muchas veces estan sin definir suficientemente en las leyes autonómicas (órganos regionales, locales o supralocales); y asimismo, en cuanto al sector desde el cual habrían de abordarse las competencias y funciones. Así, según las diferentes vías de dotación de dichos servicios, podrían ser funcionarios dependientes de la administración forestal autonómic. por medio de cuerpos independientes con funciones de protección ambiental, dentro de la guardería forestal, o bien por el personal específico de los Espacios Naturales Protegidos (como en el caso del personal de Parques Nacionales). Son muchas las posibilidades que se abren dentro del marco descentralizado para perseguir los objetivos comunes y la planificación, aunque con tanta diversidad, muchas veces se escaparían a la potestad de control y supervisión de la administración. Además, ante esta circunstancia, se genera una gran desigualdad en cuanto a dichos cuerpos en los diferentes territorios o al contrario, por la ausencia de personal destinado a esas funciones concretas, con la ausencia de especialización y profesionalidad a medio y largo plazo que ello implica.

"La política de reglamentación en materia forestal ha fracasado en buena medida por su misma inexistencia y, secundariamente, por la falta de medios para su aplicación... Sin medios humanos ni financieros no hay manera de lograr resultados."[3]

Tal y como afirma LÓPEZ RAMÓN, independientemente de los problemas de dispersión e hiperregulación que pudiera haber, o de falta de desarrollo reglamentario, el hecho de que la administración Forestal no cuente con medios financieros y personales suficientes, condiciona mucho las posibilidades de cumplimiento de las previsiones legales, en cuando a las obligaciones y objetivos de la planificación, información, policía y control. Este fenómeno depende mucho del poder ejecutivo y la organización administrativa consiguiente, de las posibilidades económicas y potencial que se prevéan en cada momento. A día de hoy, podemos afirmar que la administración forestal está en claro adelgazamiento, independientemente de la crisis económica. A pesar de los esfuerzos normativos que puedan realizarse por buscar un buen marco jurídico, éstos mínimos recursos en las administraciones forestales, habrán de estar presentes para llevarlos a buen puerto.

Un ejemplos de iniciativas positivas en el régimen sancionador forestal es el "Registro de Infractores" previsto en la reciente normativa forestal gallega.

Una de las consecuencias del fenómeno de la expansión del Derecho Administrativo, es la diversidad de ordenamientos y procedimientos que concurren sobre un mismo soporte físico, el monte. Estos abordan desde diferentes sectores (aguas, montes, biodiversidad, paisaje, etc.) soluciones y sanciones diferentes ante un mismo hecho o conducta ilícita, que da lugar a infracciones y sanciones tipificadas de manera diferente. Esto se agrava más aún por el fenómeno de la dispersión en un mismo sector, ya que se dará soluciones divergentes según quien sea la autoridad que concurra al lugar, el tipo de monte en el que se esté, la Comunidad Autónoma o incluso el Municipio en el que se encuentre el supuesto infractor o el monte dañado.

Por otro lado, un debate que no se ha cerrado completamente, es el de la relación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, en la protección del medio ambiente y la delgada linea que separa a ambos. Éste debate reside en la necesidad y pertinencia o no de las sanciones para corregir conductas dañinas para el bien jurídico protegido (el Monte, el Bosque, especies singulares, etc.). ¿Es realmente tal? ¿Cuántas sanciones se terminan imponiendo? Hay debate acerca de la función de la sanción, en torno al principio *non bis in ídem*, y a la coherencia con nuestro derecho penal. Existen medidas al alcance de la administración con efectos similares en cuanto a protección del bien jurídico, y que no buscan la conducta represiva. Y asimismo hay penas que, siendo más graves por el hecho de ser del orden penal,

---

[3] LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Crítica jurídica de la nueva ley de montes", REVISTA VALENCIANA DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Pag.36. Nº10 2004.

tienen menos capacidad de ejercer una carga negativa en el ciudadano, y su función represiva no es suficiente para evitar la conducta delictiva o prevenirla. Es por tanto necesario revisar los objetivos punitivos (no siempre necesarios) y hallar otros mecanismos de reconducción de las conductas, ver la posibilidad de revisar las sanciones en coherencia con el derecho penal y su armonización respecto a la protección que se le da al bien jurídico protegido en relación al ciudadano (potencial sancionado) y al delincuente (potencial condenado).

"En referencia a la utilización del derecho penal para bienes jurídicos fundamentales, no toda conducta lesiva justifica una represión penal (solo las modalidades de ataque más peligrosas)" [4]. Mi duda en este punto es: ¿Qué significa peligrosas? Nos referimos a la potencialidad de generar daño, al daño efectivo, al coste de reparación del daño, al coste de oportunidad y el lucro cesante, al daño ambiental, a la imposibilidad de ejecutar la planificación y reparar unos daños dificilmente cuantificables? ¿Cómo podemos establecer una graduación para ese tipo de peligros en acciones frente al medio ambiente? Y digo esto, ya que la justificación de la especialización y lo técnico se ha utilizado para todas las remisiones sancionadoras en materia ambiental.

Creo que se ha creado cierta confusión, según se aprecia en la evolución de las conductas delictivas y los ilícitos penales que se van tipificando, con el reformismo que impera en las administración a consecuencia de los cambios en las tendencias políticas. Al fin y a la postre, el bien jurídico protegido (el monte) no varía una vez declarado y las formas de afectarlo o dañarlo con conductas penalmente punibles, no varían en determinados sectores de la protección del medio ambiente. Al final, se trata de la elección de trasladar la responsabilidad de decidir sobre la casuística y lo técnico a las administraciones en lugar de los jueces ordinarios. Es una decisión del legislador, que actúa como gestor. No esta claro sin embargo, que la mayor especialización de la administración competente, le otorgue mayor capacidad para decidir sobre los ilícitos penales que a los jueces ordinarios; sobretodo si tenemos en cuenta la falta de personal especializado y profesional en una estructura orgánica en claro retroceso, donde el órgano sancionador es ocupado por personal muchas veces de designación política y no siempre entre los funcionarios del sector.

También es importante recabar en cuestiones relativas al ámbito forestal relacionadas con el derecho sancionador en general. Por ejemplo, sobre el cumplimiento de los principios que han de regir la potestad sancionadora: el principio de legalidad (25.1 CE) complementado con el principio de tipicidad y la reserva de ley [5]; los principios de culpabilidad, proporcionalidad, prohibición de la interpretación extensiva o analogica, non bis in ídem, entre otros. En este sentido tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo se han manifestado en diversas ocasiones a cerca de su conformidad en la aplicación de estos principios de Derecho Penal en el Derecho Administrativo, con alguna matización. Si bien, dicha aplicación es únicamente exigibles en los casos en que se manifieste el *ius puniendi* del Estado y no podrá extenderse a otros ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo regidos por otros principios y fines del ordenamiento, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, aunque estén comprendidos en una misma resolución (Ej. Resolución administrativa sancionadora con sanción y responsabilidad civil).

Algunas figuras legales que pese a tener efectos negativos para el administrado no son consideradas como sanción, pues no todas las acciones de la administración que tienen un carácter de gravamen al administrado son sanciones. Entre estas figuras, destacan: las medidas coercitivas (con la finalidad de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico), la responsabilidad civil y administrativa, las medidas provisionales, las medidas de policía (con el fin de la consecución del buen orden en el uso de los bienes públicos, así como el de velar por el cumplimiento estricto de las leyes y disposiciones complementarias frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas en el Ordenamiento Jurídico para el ejercicio de una determinada actividad), la revocación de autorizaciones y licencias o la caducidad de concesiones, la imposibilidad de acceder a subvenciones del gobierno, etc. Todas ellas son perfectamente configurables legal y reglamentariamente y pueden ejercer simultáneamente la protección del bien jurídico protegido. Es totalmente posible la acumulación

---

[4] Moreu Carbonell, Elisa. *Relaciones entre el derecho administrativo y el drecho penal en la protección del medio ambient.* Revista Española de Derecho Administrativo. Ed. CIvitas. Nº87 Julio-septiembre 1995.

[5] No se puede ampliar acerca de la profundidad de dichos principios, dada la naturaleza de la presente comunización, pero son cuestiones que se estudiarán en profundidad en el cuerpo de la tesis.

es estas medidas con la sanción administrativas, sin quebrantar con ello el principio non bis in ídem. De esta manera, además de sancionar (que también puede tener un efecto disuasorio en algunos casos), se trataría más bien de evitar el peligro por medio de la prevención. Y es probablemente una dirección a la larga más económica que la de la sanción, habida cuenta de lo escaso y frágil del bien jurídico protegido en este período de calentamiento global y destrucción de grandes masas arbóreas.

6.- LA FURURA REFORMA DE LA LEY DE 43/2003 DE MONTES DEL ESTADO:

Si bien no es un documento vinculante ni oficial, ya circula al alcance de los interesados el cuarto borrador de modificaciones a la Ley de Montes. Este documento introduce modificaciones importantes: establece el régimen de las diferentes responsabilidades por accidentes con especies cinegéticas en diversos supuestos, como alternativa a las sanciones o la inseguridad jurídica y su determinación por medio de pronunciamientos judiciales.

Así mismo regula nuevas figuras de gestión forestal por los ciudadanos, como las sociedades forestales o montes de socios. Ambas figuras ya existían en Galicia y en naciones de gran tradición forestal como Alemania y pueden generar una mayor implicación de nuevos actores en la consecución de los planes y objetivos forestales.

Establece también una unificación de las licencias y aprovechamientos cinegéticos, y prevé centralizar la información en el Registro Nacional de Caza y Pesca de nueva creación.

Introduce también en el artículo 50.1 una polémica clausula de excepcionalidad en terrenos de titularidad pública, para el cambio del terreno de uso forestal cuando concurra un interés general prevalente, apreciado por ley, siempre que se adopten las medidas compensatorias necesarias para recuperar el equivalente a la superficie quemada, identificándolas antes del cambio de uso. La polémica reside en que la ambigüedad de la redacción, abre la puerta al fomento de nuevos incendios forestales por el efecto llamada a posibles especuladores urbanísticos. En mi opinión, si se matiza la redacción para eliminar posibles burlas, es una medida que puede dar salida a la promoción y reacondicionamiento de grandes áreas cuya recuperación sería en muchos casos más costosa que la plantación de nuevas zonas forestales o la conversión de zonas agrícolas en desuso para las reforestaciones compensatorias. Ahora bien, siempre y cuando estos usos cuyo interés general se reconociera legalmente (por una disposición con rango legal *ad hoc* se entiende), se invistieran de otras medidas de control y garantía ambiental como la Evaluación de Impacto Ambiental.

En el preambulo de las modificaciones se incluye asimismo la modificación de los criterios para establecer la gravedad de las sanciones, con la inclusión del criterio del daño económico ocasionado (una forma de medida de la importancia de dicho daño como modulador de la gravedad de la infracción). De este modo, se esta introduciendo un doble elemento de gravamen que además es de muy dificil cuantificación (puede dar lugar a elementos especulativos), pues resulta muy complejo calcular el coste de la reposición. Además, el pago de los daños y perjuicios (que ya se debía pagar según la redacción anterior) es aumentado a su vez, con una cláusula por la que habrá de imponerse una sación que sea el doble del valor de la madera ilícitamente comercializada o repuesta.

Por otro lado, al seleccionar dicho criterio, se dejan de lado otros criterios que podrían considerarse igualmente válidos para el establecimiento de la gravedad de la sanción aplicable, como la reiteración, el ánimo de lucro, el grado de perdida de biodiversidad, etc., que si aparecen en la Ley Gallega de 2012:

> "Artículo 132. Criterios para la graduación de las sanciones:
>
> 1. Para la concreta determinación de la sanción a imponer, entre las asignadas a cada tipo de infracción, se tomarán en consideración, además de los criterios establecidos en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre , de montes, los que siguen, que habrán de ser debidamente motivados en la resolución del procedimiento:
>
> a) La intencionalidad.
> b) La situación de riesgo generado para las personas o los bienes.
> c) El ánimo de lucro.
> d) Los perjuicios causados y la irreversibilidad de los mismos.
> e) La trascendencia social, medioambiental o paisajística.

f) La agrupación u organización para cometer la infracción.

g) Que la infracción fuera cometida en zona quemada o declarada como de especial riesgo de incendios.

h) La reiteración, entendida como la concurrencia de varias irregularidades que se sancionen en el mismo procedimiento.

i) La reincidencia en la comisión de una infracción de la misma naturaleza en el último año. El plazo comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriese firmeza la resolución en vía administrativa.

j) Que la infracción tuviera lugar en un monte que posea deslinde, sea este público o vecinal en mano común.

k) El reconocimiento y la reparación de las infracciones o la restauración del daño causado antes de que se resolviese el correspondiente procedimiento sancionador.

l) La superficie afectada y el valor atribuido a cada tipo de cobertura vegetal.

m) El grado de pérdida de la biodiversidad o erosión que implicase la comisión de la infracción.

2. No se aplicarán como criterios para la graduación de las sanciones las circunstancias contempladas en el apartado anterior de este artículo cuando estuvieran contenidos en la descripción de la conducta infractora o formasen parte del propio ilícito administrativo."

7.- BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, José (2009): "Derecho Administrativo. Parte Especial". Séptima edición. Ed. Thomson Civitas.

- CALVO SANCHEZ, Luis. Coord. (2005): "Comentarios sistemáticos a la ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudio de Derecho Forestal Estatal y Autonómico". Ed. Thomson Civitas.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando
  - (2011): "Introducción general: regresiones de Derecho ambiental". *Observatorio de Políticas Ambientales*. Ed. Aranzadi. Págs. 19-27.
  - (2009): "Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad". Ed. Marcial Pons.
  - (2004): "Crítica jurídica de la nueva ley de montes", *Revista valenciana de economía y hacienda*, Pags. 29-46. Nº10.
  - (2002): "Principios de Derecho Forestal". Ed. Aranzadi.

- LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz (2005): "Administración y Legislación Ambiental". Ed. Dykinson.

- MAGRAMA, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. (2009): Mapa Forestal de España MFE50, Diciembre.

- MORENO MOLINA, José Antonio (1998): "La protección ambiental de los bosques". Ed. Marcial Pons.

- MOREU CARBONELL, Elisa (1995): "Relaciones entre el derecho administrativo y el derecho penal en la protección del medio ambiente". *Revista española de derecho administrativo*. Ed. Cívitas. Nº87 julio/septiembre.

- VV.AA. (2009):"Protección jurídica de los montes", *Derecho de los Bienes Públicos*, Ed. Aranzadi Civitas, Directores: PAREJO ALFONSO, L y PALOMAR OLMEDA, A. Pamplona. ISBN: 978-84-9903-362-4

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO LA RELACIÓN ENTRE LAS AYUDAS DE ESTADO Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

Relación teórico-analítica y problemas derivados[1]

Leopoldo García Guijo[2]
Doctorando, área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Santiago de Compostela

ABSTRACT

This paper aims to provide a briefly overview, with special regard to Tax Law, of the relationship between the prohibition of selective State Aids (whose main objective is to ensure the Principle of Free Competition in intra-State situations) and the Fundamental Freedoms (which safeguard the Principle of Non Discrimination in cross-border situations).

Thus the teleological and conceptual connection between both fields of European Law will be studied, and also the analytical relationship, in regard to the steps followed by the ECJ, that arises as a consequence of this relationship.

Moreover, the problems derived from the relationship between article 107.1 TFEU and the Fundamental Freedoms will be also studied, particularly economic problems, those related to the Member States' autonomy in economic and Tax matters and also the problems that arise in the field of legal certainty.

Key words: State Aid, Fundamental Freedoms, Theoretical connection, Teleological connections, Conceptual connections, Analytical connection.

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una breve aproximación, con especial atención al Derecho tributario, a la relación que existe entre la prohibición de ayudas de Estado selectivas (cuya misión principal es asegurar el principio de libre competencia en las situaciones intra-Estado) y las disposiciones relativas a las libertades de circulación (cuyo objetivo prioritario es la salvaguarda del principio de no discriminación en las situaciones inter-Estado).

A tal fin se estudia tanto la conexión teórica entre ambos campos como la conexión analítica en el proceder del TJUE consecuencia de ésta. Así mismo se exponen los problemas derivados de índole económica, relativos a la autonomía estatal en materia económico-fiscal y en el ámbito de la seguridad jurídica, consecuencia de la relación entre el artículo 107.1 TFUE y las libertades fundamentales.

Palabras clave: ayudas de Estado, libertades de circulación, conexión teórica, conexión teleológica, conexión conceptual, conexión analítica.

SUMARIO

I I.INTRODUCCIÓN, II.LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN: LA INTERRELACIÓN DE DOS ÁREAS DEL DERECHO EUROPEO, III.CONEXIONES ENTRE LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN, 3.1.Conexiones a nivel teórico, 3.1.1.Conexión teleológica**,** 3.1.2.Conexión conceptual**, 3.2.Conexiones a nivel analítico, IV.ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INTERRELACIÓN ENTRE LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN, V.CONCLUSIONES**

---

[1] La presente comunicación se enmarca dentro de la realización de un Tesis doctoral cuyo objeto de estudio es la relación entre el régimen de prohibición de ayudas de Estado selectivas y las libertades de circulación, con especial referencia al Derecho Tributario, y pretende ofrecer una breve aproximación al problema estudiado.

[2] leopoldo.garcia@rai.usc.es

1 INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es la exposición de los aspectos teóricos y materiales (fases de enjuiciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de la relación existente entre la prohibición de ayudas de Estado selectivas y las disposiciones relativas a las libertades de circulación, así como determinados problemas que se derivan de esta relación entre ambos campos del Derecho europeo, con especial atención a su incidencia en el ámbito tributario. A tal fin el trabajo se ha estructurado en tres grandes bloques, el primero de los cuales se destina a ofrecer una aproximación general al problema estudiado, delimitando el marco teórico y ofreciendo algunos ejemplos del mismo.

El segundo apartado se centra en el estudio en los diferentes elementos de conexión teóricos (teleológicos y conceptuales) que existen entre el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las libertades fundamentales, así como en la conexión material que surge como resultado (similitud en la estructura analítica seguida por el TJUE).

El tercero se dedica a la exposición de los problemas derivados de la interconexión de ambos campos; en particular se hace referencia a los problemas de índole económico, en materia de autonomía competencial estatal y de seguridad jurídica que pueden surgir como resultado.

Finalmente se ofrecen unas breves conclusiones de carácter recapitulador.

2 LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN: LA INTERRELACIÓN DE DOS ÁREAS DEL DERECHO EUROPEO

Como es sabido la Unión Europea gira en torno a la idea del Mercado Único (*v.gr.* arts. 3.1.b), 26.1 y 26.2 del TFUE o 3.2 y 3.3 del TUE), cuyos pilares son los principios de no discriminación[3] y el principio de libre competencia[4]. En concreto, en el ámbito tributario, la interdicción de normas fiscales que discriminen o restrinjan el ejercicio de las libertades de circulación (arts. 28, 45, 49, 56 y 63 TFUE) y la prohibición de ventajas fiscales selectivas constitutivas de ayudas de Estado (arts. 107 a 109 TFUE) aseguran respectivamente la eficacia ambos principios y, por tanto, el correcto funcionamiento del Mercado Único.

Ahora bien, tanto las disposiciones relativas a las libertades de circulación como las normas sobre ayudas de Estado no son compartimentos estancos, de modo que la prohibición de discriminaciones o restricciones no justificadas al ejercicio de las libertades de circulación (principio de no discriminación) contribuye a asegurar la libre competencia entre los Estados miembros, mientras que la prohibición de ayudas de Estado selectivas (principio de libre competencia) proscribe, a su vez, la discriminación no justificada entre empresas dentro de un Estado miembro, por lo que el juego combinado de ambas esferas del Derecho europeo contribuye a asegurar la no fragmentación del Mercado Interior[5]. De hecho, el TJUE ha puesto de manifiesto esta interrelación teórica en ciertas ocasiones a lo largo de las últimas décadas, si bien no siempre con la misma intensidad ni claridad. Así, en determinados asuntos, ha concluido que una norma nacional vulnera simultáneamente una libertad de circulación y el art. 107.1 TFUE[6], mientras que en otros tal posibilidad se intuye, aunque finalmente el Tribunal no haya realizado el doble enjuiciamiento[7].

---

[3] Recogido de forma genérica por el artículo 18 del TFUE.

[4] Protegido por el Derecho europeo de la Competencia, recogido en los artículos 101 a 106 TFUE. En este sentido ver VILLAR EZCURRA, M, (2007), pág. 2057.

[5] El TJUE ha declarado que "las disposiciones relativas a la libre circulación […], las relativas a la supresión de las discriminaciones fiscales y las referentes a las ayudas persiguen un objetivo común, que consiste en garantizar la libre circulación […] entre Estados miembros en condiciones normales de competencia" y que toda ayuda supone cierta compartimentación del Mercado.

Ver STCE 07.05.1987, *Comisión/Francia*, Asunto 18/84, FJ 13 y STCE 13.03.1979, *Hansen*, Asunto C-91/78, FJ 9, párrafo 1º y STCE 22.03.1977, *Ianelly e Volpi*, Asunto C-74/76, FJ 15, párrafo 1º.

Desde el punto de vista doctrinal ver O´BRIEN, M. (2005), pág.231; WATTEL, P.J. (2013), pág. 129.

[6] STJCE 27.01.2000, *Alemania/Comisión*, Asunto C-156/98, STJCE 30.03.2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Asuto C-451/03 y STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08

[7] STCE 07.05.1987, *Comisión/Francia*, Asunto 18/84, STJUE 28.02.2013, *Petersen*, Asunto C-544/11 y STJUE 04.07.2013, *Argenta Spaarbank*, Asunto C-350/11

En definitiva, por tanto, se pude hablar de entrecruzamiento de los campos de actuación de la prohibición de ayudas de Estado selectivas y las libertades de circulación, cuyo origen se encuentra en los diferentes puntos de relación entre ambas áreas del Derecho de la Unión.

3 CONEXIONES ENTRE LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN

Al hablar de conexiones entre el artículo 107.1 TFUE y las disposiciones relativas a las libertades de circulación nos referimos al hecho de que, aunque en principio son campos que abarcan situaciones diferentes, el círculo de actuación de ambos se entrecruza en ocasiones debido a que ambos son emanaciones concretas de principio general de no discriminación y sirven de instrumentos para asegurar la libre competencia dentro del Mercado Interior.

Así pueden identificarse conexiones a nivel teórico, en relación a su teleología y similitud en la construcción de los operadores jurídicos específicos de cada campo, y a nivel práctico o material, en relación a las fases de análisis que sigue el TJUE en los asuntos relativos a las libertades de circulación o ayudas estatales.

3.1 Conexiones a nivel teórico

3.1.1 Conexión teleológica

Desde un punto de vista teleológico, tanto el articulo 107.1 TFUE como las disposiciones relativas a las libertades de circulación tiene como objetivo final asegurar el buen funcionamiento del Mercado Interior, para lo cual es necesario que las empresas puedan desarrollar sus actividades en un contexto de libre competencia transfronterizo e intraestatal, así como eliminar todas las discriminaciones o restricciones al ejercicio de las libertades de circulación por parte de agentes económicos no residentes.

En particular esta conexión teleológica entre la prohibición de ayudas de Estado selectivas y las libertades de circulación puede apreciarse en el hecho de que ambos campos del Derecho europeo vetan la discriminación no justificada entre sujetos que se encuentran en situación comparable[8], así como en la similitud entre las nociones de ayuda de Estado y restricción[9], tal y como aparecen definidas en el TFUE y en la jurisprudencia del TJUE a partir de la sentencia *Dassonville*[10].

En concreto, a la luz del artículo 107.1 TFUE, son incompatibles con el Tratado aquellas "**ayudas** otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, **bajo cualquier forma**, que **falseen o amenacen falsear la competencia**, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" y que "**afecten a los intercambios"**, mientras que la jurisprudencia del TJUE ha configurado el concepto de restricción como **toda norma** que **pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario** debido a que dificulta el ejercicio de alguna de las libertades[11]

En consecuencia se observa como ambos institutos se oponen a las medidas que afectan negativamente, real o potencialmente, a la competencia y comercio intracomunitario, independientemente de la técnica legislativa y/u objetivo perseguido, atendiendo solo a sus efectos sobre el Mercado Interior para calificarlas como contrarias al Derecho europeo *prima facie*[12]. En definitiva los artículos relativos a las libertades de circulación y a la prohibición de ayudas de Estado selectivas comparten el objetivo común de asegurar y garantizar la unidad de mercado y la libre competencia en el seno de la UE, oponiéndose a las amenazas, presentes o futuras, que puedan poner en peligro el buen funcionamiento del Mercado Interior[13].

---

[8] Serán tratadas en el apartado 3.1.2, al hablar de la conexión conceptual.

[9] A este respecto WATTEL se ha pronunciado señalando que tanto el régimen de prohibición de ayudas de Estado como las libertades de circulación se rigen por los "mandamientos" europeos de no discriminar y de no impedir los movimientos transfronterizos ni distorsionar la competencia. Ver WATTEL, P.J. (2013), pág. 120.

[10] STJCE11.07.1974, *Dasonville*, Asunto 8/74, FJ 5.

[11] En este sentido ver GONZÁLEZ GARCÍA, G. (2003), pág. 23; De JUAN CASADEVALL, J. (2010), pág. 99 e IGLESIAS CASAIS, J.M. (2007), pág. 74.

[12] Ver, por todos, DE JUAN CASADEVALL, (2011), pp. 96 y ss. y VILLAR EZCURRA, M. (2013b), pág. 343.

[13] En el mismo sentido ver MACHANCOSES GARCÍA, E. (2011), pág. 107.

3.1.2 Conexión conceptual

Como consecuencia de la conexión teleológica entre la prohibición de ayudas de Estado selectivas y las disposiciones relativas a las libertades de circulación es inevitable que se aprecien similitudes en la construcción o definición de los operadores jurídicos específicos de cada campo, es decir, entre los conceptos de ventaja selectiva[14] y discriminación y entre las nociones de ayuda de Estado y restricción. Así, dado que ya nos hemos referido a la similitud entre los dos últimos conceptos, nos centramos aquí en la relación entre los dos primeros.

A este respecto se observa como la prohibición de **discriminaciones** en la situaciones transfronterizas, asegurada por las libertades de circulación, proscribe el **trato desfavorable** de los **no residentes frente a los residentes** que se encuentran en **situación objetivamente comparable**, mientras que el **artículo 107.1 TFUE** veta las ventajas selectivas a favor de determinadas empresas en las situaciones internas, es decir, el **trato favorable** de **ciertas empresas** frente a aquellas otras que se encuentran **en una situación fáctica y jurídica comparable** en el marco tomado como referencia. Por consiguiente ambos campos prohíben [I] la discriminación negativa/positiva (en situaciones transfronterizas e internas) no justificada de una empresa [II] frente aquellas otras que se encuentran en una situación comparable[15]. En relación a esta cuestión varios autores han señalado como el TJUE parece estar cambiando la forma en que determina la selectividad de una medida fiscal, pasando del tradicional modelo de derogación al sistema tributario general aplicable (*derogation test*) hacía un modelo de no discriminación estricta, donde basta determinar la existencia de una discriminación (trato diferente de ciertas empresas frente a otras en situación comparable) para concluir la existencia de la ventaja selectiva[16].

En definitiva, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, y dado que en determinadas situaciones el trato desfavorable sufrido por una empresa no residente que ejerce una libertad (discriminación) puede suponer (o ser consecuencia), simultáneamente, un trato favorable (ventaja selectiva) para una empresa residente, entonces es perfectamente posible que una norma vulnerare tanto una de las libertades de circulación como el articulo 107.1 TFUE (tal y como ocurría en la STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08).

3.2 Conexiones a nivel analítico

Fuera ya del marco teórico, por conexiones analíticas nos referimos a la similitud estructural entre las fases que sigue el TJUE cuando examina la compatibilidad de una normal nacional con libertades de circulación o con el art. 107.1 TFUE[17] (similitud que, por otro lado, es

---

[14] Ambos elementos son tomados conjuntamente dado que, en primer lugar, la existencia de una ventaja por sí misma no resulta en la incompatibilidad de ésta con el Derecho originario de la Unión, sino que es necesario que dicha ventaja sea selectiva (discriminatoria), lo que conlleva, en segundo lugar, que ambos conceptos vengan siendo analizados conjuntamente o hasta intercambiados en los últimos años por el TJUE. En el mismo sentido ver VILLAR EZCURRA, M. (2013a), pág., 343.

[15] Esto es una clara muestra de que ambos campos del Derecho de la Unión responden al principio de no discriminación. En el mismo sentido ver CALDERÓN CARRERO, J.M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012), pág. 870.

[16] Ver CORDEWENER, A. (2012), pág. 288; LANG, M. (2012), pág. 411; VILLAR EZCURRA, M. (2013a), pág. 49; VILLAR EZCURRA, M. (2013b), pág. 343 y WATTEL, P.J. (2013), pág. 132. La STJUE 15.11.2011, *Comisión/Government of Gibraltar y Reino Unido*, Asuntos C-106/09P y C-107/09P, puede considerarse un ejemplo de ello. Si bien la decisión adoptada por el TJUE en la sentencia Gibraltar no creemos que suponga un cambio *stricto sensu* del análisis de selectividad, si supone un importante matiz al mismo.

[17] Similitudes que se hicieron evidente en la sentencia Cerdeña (STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08), donde el TJUE debía pronunciarse sobre si un impuesto medioambiental de la región autónoma italiana de Cerdeña es contrario a la libre prestación de servicios y al artículo 107.1 TFUE.

Así, respecto de la libre prestación de servicios el Tribunal, llega a la conclusión de que "introduce un coste adicional para las operaciones de escala de aeronaves y embarcaciones a cargo de los operadores que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional y que están domiciliados en otros Estados miembros y crea de este modo una ventaja para determinadas categorías de empresas establecidas en él [o lo que es lo mismo, una desventaja para las no residentes]", lo que determina la vulneración del artículo

consecuencia de las conexiones teleológica y conceptuales). En efecto, tanto en el caso de las libertades de circulación como en los asuntos relativos a ayudas de Estado se realiza un análisis en dos grandes fases: detección de la vulneración y eventual justificación de la misma.

Así, en primer lugar, el TJUE analiza la existencia de una vulneración, bien respecto de una libertad de circulación, bien respecto del artículo 107.1 TFUE, para lo cual examina si de la norma nacional se deriva la existencia de una discriminación/restricción contraria a una libertad de circulación o bien si existe una ventaja selectiva en favor de determinadas empresas.

Por consiguiente tanto tanto en el caso de las libertades como de las ayudas de Estado se realiza un análisis de discriminación, en el sentido de que en ambos campos el TJUE determina si existe un trato favorable/desfavorable de sujetos que están en situación comparable, lo que determina que haya una discriminación (negativa -al ejercicio de una libertad de circulación-) o una ventaja selectiva (discriminación positiva -de una empresa o empresas frente a sus competidoras-).

En segundo lugar, durante la fase de justificación, el Tribunal estudia si la norma nacional discriminatoria/selectiva puede excusarse en base a algunas de las causas de justificación aceptadas por el texto del Tratado o admitidas en virtud de la construcción jurisprudencial y basadas en el interés público[18] o la naturaleza del sistema.

En particular la similitud en la estructura del análisis se ha reforzado desde el momento en que el TJUE ha comenzado a aplicar el test de proporcionalidad, último de los elementos que componen el análisis de la justificación (o *rule of reason*) en las libertades de circulación, a los asuntos relativos a ayudas de Estado[19], tal y como ocurrió en la STJCE 08.09.2011, *Paint-Graphos*, C-78/08[20]. Esto, que nos parece acertado, aún limitando de *facto* la capacidad de los

---

56 dado que todas las empresas están en una situación fáctica y jurídica comparable (por lo que en realidad se trata de un análisis de discriminación)

Más tarde, cuando analiza la compatibilidad del tributo con el artículo 107.1 TFUE, el TJUE señala como ya ha acreditado con anterioridad que éste introduce una ventaja a favor de determinadas empresa, de modo que tal consideración se mantiene ahora (ventaja para las residentes), lo que por tanto supone una distorsión de la competencia y el comercio intracomunitario y, además, dicha ventaja es selectiva porque, como ya demostró, todas las empresas están en una situación comparable.

De forma similar, un vez que el TJUE ha establecido que la restricción (discriminación) a la libre prestación de servicios no es justificable en base a la "protección del medio ambiente y de la salud pública" y la "coherencia del sistema tributario", no entra a valorar si la ventaja fiscal selectiva constitutiva de ayuda de Estado incompatible se pude justificar en base a la lógica interna del sistema fiscal (lo que plantea la equivalencia -o no- entre los conceptos de coherencia del sistema fiscal y lógica del sistema fiscal).

En definitiva en este caso el TJUE utiliza el mismo análisis para establecer la existencia de una ayuda fiscalmente selectiva (ayuda de Estado incompatible) y restricción contraria al artículo 56 TFUE. Ver STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafos 32,37,53,62 y 63.

Para un comentario de la sentencia ver GARCÍA GUIJO, L. (2013), pág.119-124 y MACHANCOSES GARCÍA, E. (2011).

[18] En un primer momento el TJUE solo aceptaba como causas de justificación de una discriminación las que figuraban expresamente en el TFUE (orden público, seguridad y salud públicas.), mientras que en el caso de restricciones permitía otras muchas basadas todas ellas en el interés público, Sin embargo hoy día no está claro que siga existiendo esta distinción.

En todo caso, en relación a las ayudas de Estado, se admite como justificación la naturaleza y economía del sistema, entendida como la lógica interna de sistema fiscal regida por sus principios inspiradores.

[19] En el mismo sentido ver MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012), pág. 13. El papel del test de proporcionalidad en las ayudas de Estado ya podía intuirse en la STJUE 22.03.1977, *Ianelli e Volpi*, 74/76, FJ 75.

[20] "[P]ara que exenciones fiscales como aquéllas de que se trata en los litigios principales puedan verse justificadas por la naturaleza o la economía general del sistema fiscal del Estado miembro afectado, todavía habrá que comprobar que son conformes al principio de proporcionalidad y no exceden los límites de lo necesario, en el sentido de que el objetivo legítimo perseguido no podría lograrse mediante medidas de menor alcance" FJ 75.

Como se observa el planteamiento es, más allá de la redacción, idéntico al usado en el análisis de proporcionalidad en los asuntos relativos a las libertades de circulación: "según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos

Estados miembros para desarrollar su política económica[21], si se consolida como requisito jurisprudencial acercaría aún más la estructura analítica de la compatibilidad de una norma con las libertades de circulación o con el régimen de ayudas de Estado.

Hasta este punto se han expuesto de forma sintética los diferentes niveles de de conexión (teórico -teleológico y conceptual- y analítico o material) que pueden apreciarse entre el campo de las libertades de circulación y la prohibición de ayudas de Estado selectivas. Ahora bien, el hecho de que en determinadas circunstancias ambos elementos del Derecho de la Unión se entrecrucen, o lo que es lo mismo, que una misma norma nacional pueda ser contraria a ambos, no es relevante solo desde el punto de vista teórico, sino que conlleva determinadas consecuencias prácticas que exponemos a continuación.

4 ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INTERRELACIÓN ENTRE LA PROHIBICIÓN DE AYUDAS DE ESTADO SELECTIVAS Y LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN.

Como acabamos de señalar, más allá de las cuestiones teóricas que existen en torno a la relación entre los dos campos del Derecho europeo que venimos estudiando, lo cierto es que de este hecho se derivan problemas de naturaleza práctica en la medida en que, vulnerando una norma nacional tanto una libertad de circulación como el artículo 107.1 TFUE, los procedimientos para resolver dicha incompatibilidad no son los mismos (al punto de que pueden conducir a situaciones opuestas), ni desde el punto de vista jurídico ni desde la óptica económica, tanto a nivel del Derecho de la Unión como a nivel del Derecho interno. A esto, además, hay que añadir las implicaciones que para la autonomía real de los Estados miembros tiene la elección del modo de resolución de la incompatibilidad, tal y como exponemos brevemente a continuación.

Así, en primer lugar, las implicaciones para particulares y Estados no son las mismas si una doble vulneración se resuelve como violación de una libertad o a través del artículo 107.1 TFUE, ya que la obligación de recuperar la ayuda de sus beneficiarios, exigida por el artículo 14 del Reglamento 659/1999[22], no tiene equivalente en caso de lesión de las libertades de circulación, donde el procedimiento es el contrario, debiendo ser el Estado el que en su caso reintegre lo indebidamente cobrado[23].

---

atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE son, no obstante, admisibles siempre que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la obtención de éste y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido" Ver STJUE 08.05.2013, *Libert y otros*, Asunto C-197/11

[21] Ya que entonces no basta con justificar la norma en base a la lógica interna del sistema fiscal, lo que haría la norma necesaria, sino que además no debe poder lograrse el objetivo perseguido de una forma que perjudique menos al Mercado Único. Es decir, la intervención debe ser adecuada (en el mismo sentido ver MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2012], pág. 14).

[22] Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, modificado recientemente por el Reglamento (UE) nº 734/2013 del Consejo, de 22 de julio de 2013, que modifica el Reglamento (CE) nº 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DOUE 31.07.2013, L 204/15.

[23] A este respecto, desde el punto de vista interno español, mientras que en caso de vulneración de una libertad el afectado puede recurrir al procedimiento de devolución de ingresos indebidos para obtener reparación del perjuicio causado, sigue sin estar claro cuál es la vía a través de la cual debe proceder el Estado a la recuperación de la ayuda, a lo que hay que sumar que los plazos de prescripción, los procedimientos administrativos y acciones de los obligados a la devolución varían notablemente en función del procedimiento a seguir. Así, a modo de ejemplo, cabe señalar que el plazo de prescripción si se recurre a la Ley General de Subvenciones es de 10 años, frente a los 4 años que se contemplan en la normativa tributaria.

Además los interesados pueden plantear la exigencia de indemnización por los daños y perjuicios causados por el Estado, que vendría entonces a compensar en cierta medida la recuperación, pues no se debe olvidar que la devolución a la que deben hacer frente (la cual es causa de un perjuicio económico) es consecuencia de la conducta negligente del Estado, el cual ha incumplido la exigencia imperativa de notificar los proyectos de ayudas (lo que determine que se trate de una ayuda ilegal, cuya eventual incompatibilidad conlleva la recuperación).

Para una visión más amplia de los problemas que se suscitan a la hora de recuperar las ayudas ilegales e incompatibles ver MANZANO SILVA, E. (2009), pp.157-159; ORENA DOMÍNGUEZ, A.

Además, en países como España, donde existen diferentes niveles de Gobierno con capacidad para elaborar medidas fiscales susceptibles de vulnerar las libertades fundamentales o de constituir ayudas de Estado incompatibles (algunos de los cuales tienen reconocida su autonomía plena en el sentido de la jurisprudencia Azores[24]), es el Gobierno central el obligado frente a Europa a la recuperación de la ayuda, aún cuando internamente no le corresponda a él, lo que provoca no pocos problemas jurídicos y hasta económicos cuando el incumplimiento de la obligación de recuperación en los plazos establecidos por parte de un gobierno subcentral deriva en una sanción por incumplimiento de la Decisión de la Comisión, a la cual debe hacer frente el Estado[25].

En todo caso todo lo arriba comentado puede sintetizarse, teniendo presente la falta de precisión que conlleva toda generalización, en que la solución de una doble vulneración por la vía de las libertades de circulación conlleva un perjuicio económico para el Estado y un beneficio para los operadores afectados, mientras que el recurso al artículo 107.1 TFUE supone un beneficio económico para el Estado y un perjuicio para los obligados a la devolución de la ayuda.

A esto hay que sumar, además, el hecho de que la incompatibilidad con una libertad conlleva, usualmente, la extensión de los beneficios fiscales que disfrutan los residentes a los no residentes, por lo que podríamos hablar de una igualación positiva, mientras que, a *sensu contrario*, la violación de la prohibición de otorgar ayudas estatales selectivas implica la supresión de la ventaja discriminatoria de que disfrutan los beneficiarios, es decir, una igualación negativa.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que la concesión de ayudas estatales está sujeta a un control *ex-ante* y *ex-post* por parte de la Comisión[26], algo que no ocurre en el campo de las libertades de circulación, la aplicación del régimen de prohibición de ayudas de Estado selectivas a situaciones que contienen elementos transfronterizos conlleva un reforzamiento de la capacidad de la Comisión Europea para intervenir en la política fiscal nacional[27], pues los Estados deben considerar someter a su evaluación normas fiscales que hasta ahora no se habían planteado como susceptibles de constituir ayudas de Estado incompatibles[28].

(2012), pp. 141-145 (referido al caso concreto de la normativa foral vasca), PÉREZ BERNABÉU, B. (2010), pp384-396 y PÉREZ BERNABÉU, B. (2011), pág. 41 y autores allí citados. Ver Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

[24] Para un estudio de la jurisprudencia Azores, comenzada por la STJCE 06.09.2006, *Portugal/Comisión*, Asunto C-88/03, ver GARCÍA GUIJO, L. (2013); GARCÍA NOVOA, C. (2006); MARTÍNEZ CABALLERO, R. Y RUIZ-ALMENDRAL, V. (2006); MORENO GONZÁLEZ, S. (2011) y NIETO MONTERO, J. (2008). Para un ejemplo de los problemas relativos a que determinados Gobiernos subcentrales tengan autonomía plena en el sentido de la jurisprudencia Azores ver NIETO MONTERO, J. (2012).

[25] El reciente Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que desarrolla la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario), se encarga precisamente de esta materia, de forma que ha venido a llenar un vacío que hasta ahora existía en el ordenamiento jurídico español.

[26] Artículo 108 TFUE.

[27] A respecto de la limitación de la autonomía fiscal de los Estados miembros como consecuencia de la aplicación del artículo 107.1 TFUE por parte de la Comisión, VILLAR EZCURRA ha señalado que las normas que regulan la prohibición de ayudas de Estado "presentan especiales problemas -por falta de concreción y margen de apreciación de la Comisión- como límite a la potestad tributaria en los Estados miembros". Ver VILLAR EZCURRA, M. (2013a), pág. 48.

[28] En este sentido MARTÍN JIMÉNEZ hace referencia por ejemplo a los mecanismos para eliminar la doble imposición o exenciones aplicables solo a residentes o no residentes. Ver MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012), pág. 12.

A este respecto por ejemplo la reciente sentencia Libert y otros plantea precisamente un problema de vulneración de la libertad de trabajadores con un mecanismo de eliminación de la doble imposición, pero que es posible que pudiese ser enfocado también como una ayuda de Estado indirecta.

En lo referente a las exenciones aplicables solo al grupo de residentes o no residentes, la Comisión se ha planteado la compatibilidad con la libertad capitales y pagos de algunas exenciones autonómicas contenidas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Ver STJUE 08.05.2013, *Libert y otros*, Asunto

Finalmente, dado que el TJUE no ha determinado como debe resolverse un caso de doble vulneración estricta, la inseguridad jurídica se añade a los problemas económicos y competenciales que se acaban de comentar. A este respecto, si bien es cierto que el TJUE ha tenido ocasión de acercarse al problema de la vulneración simultánea del artículo 107.1 TFUE y de otra disposición del Tratado en las sentencias *Ianelli e Volpi*[29] y *Hansen*[30], consideramos que éstas no zanjan la cuestión, máxime cuando en la STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08 (sentencia Cerdeña) el Tribunal no hizo referencia a los criterios utilizados para zanjar la cuestión de dichas sentencias, ni ofreció unos nuevos.

5 CONCLUSIONES

La prohibición de ayudas de Estado selectivas y las disposiciones relativas a libertades de circulación no son elementos aislados del Derecho europeo, sino que están interrelacionados, pues ambos campos se oponen a aquellas medidas que fragmenten el Mercado Interior al vulnerar sus principios rectores de no discriminación y libre competencia. En efecto existe una clara relación entre el artículo 107.1 TFUE y las libertades fundamentales, en la medida en que la interdicción de ventajas selectivas a favor de determinadas empresas dentro del marco de referencia puede contribuir a garantizar el principio de no discriminación, oponiéndose a las discriminaciones o restricciones al ejercicio de una libertad de circulación por parte de las empresas no residentes. Al mismo tiempo, la prohibición de discriminaciones o restricciones al ejercicio de la una libertad fundamental contribuye a asegurar el principio de libre competencia.

En concreto pueden identificarse tres elementos de conexión entre la prohibición de ayudas de Estado selectivas y las libertades de circulación; en primer lugar, desde una óptica teórica, encontramos la conexión teleológica, plasmada en el hecho de que las libertades de circulación y el artículo 107.1 TFUE se oponen a las medidas que afecten negativamente, real o potencialmente, el comercio, intercambios y, de forma genérica, la competencia en el Mercado Único.

En segundo lugar, todavía dentro del marco teórico, y como consecuencia de esta conexión teleológica, existe una conexión en la construcción conceptual de las nociones de ayuda de Estado y restricción y los conceptos de discriminación y ventaja fiscal selectiva o selectividad, pues ambos operadores jurídicos proscriben las diferencias de trato, positivas (ventaja selectiva) o negativas (discriminación), no justificadas de empresas que se encuentran en situación comparable.

En tercer lugar, como consecuencia de la conexión teórica, aparece el tercer punto de relación entre ambos campos del Derecho europeo (conexión analítica), el cual se plasma en la similitud entre la estructura de enjuiciamiento (fases y motivos de justificación) que sigue el TJUE a la hora de valorar la compatibilidad de una norma nacional con las disposiciones relativas a las libertades de circulación o con el articulo 107.1 TFUE.

En definitiva, como resultado de estos elementos de conexión (en realidad de los dos primeros, puesto que el tercero -similitud analítica- es la consecuencia material de la conexión teórica), surge la posibilidad de que una medida fiscal nacional vulnere simultáneamente la prohibición de ayudas de Estado selectivas y alguna de las libertades de circulación, lo que plantea problemas de índole económica, de inferencia en la autonomía estatal en materia económico-tributaria y de seguridad jurídica.

Por tanto la cuestión de cómo resolver aquellos casos de doble vulneración es relevante tanto desde el punto de vista de los particulares como de los Estados, pues dependiendo del enfoque se puede llegar a resultados diferentes, además de las implicaciones que para la autonomía competencial estatal en política económica y fiscal supone la expansión del concepto de ayuda incompatible a las diferencias de trato de los no residentes frente a los residentes.

En consecuencia es necesario determinar si debe primar un enfoque sobre el otro en los supuestos de doble vulneración o, si en todo caso, es posible determinar de manera objetiva cuándo debe optarse por una evaluación de compatibilidad europea desde la óptica de las libertades de circulación y cuándo desde la perspectiva de las ayudas de Estado.

C-197/11 y Recurso interpuesto por la Comisión contra el España ante el TJUE de 13/04/2013, Asunto C-127/12.

[29] STCE 22.03.1977, *Ianelly e Volpi*, Asunto C-74/76

[30] STCE 13.03.1979, *Hansen*, Asunto C-91/78

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CARRERO, J.M. Y MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012): "La jurisprudencia del TJCE. Los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenciones Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Valencia, pp.867-1209

CORDEWENER, A. (2012): "*Asymmetrical Tax Burdens and EU State Aid Control*", ECJ Tax review, nº6, pp. 288-292

DE JUAN CASADEVALL, J. (2010): *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

DE JUAN CASADEVALL (2011): *Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

GARCÍA GUIJO, L. (2012): "*Las ayudas de Estado en la Unión Europea: concepto requisitos e implicaciones*" en Dereito: Revista Xurídica de Universidade de Santiago de Compostela

GARCÍA GUIJO, L. (2013): "Gobiernos subcentrales y ayudas de Estado: a propósito de la selectividad territorial" en Nueva Fiscalidad, nº2, pp. 37-85

GARCÍA NOVOA, C. (2006): "*La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las comunidades autónomas de España*" en Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 15, nº 1, pp. 203-239

GONZÁLEZ GARCÍA, G. (2004): "*Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario*" en Documentos de Trabajo de IEF, nº 8, pp. 1-64

IGLESIAS CASAIS, J.M. (2007): *No discriminación fiscal y derecho de establecimiento en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

LANG, M. (2012): "*Recent trends in the Case Law of the ECJ*" en State Aid Law Quarterly, nº2, pp. 411-422

MACHANCOSES GARCÍA, E. (2011): "*Libre prestación de servicios y ayudas de Estado: El tributo regional sobre escalas turísticas (STJUE 17 de noviembre de 2009)"* en Noticias de la Unión Europea, nº316, pp.91-110.

MANZANO SILVA, E. (2009): "*La adecuación del régimen tributario gibraltareño a las normas comunitarias sobre ayudas de estado a la luz de reciente jurisprudencia comunitaria*" en Nueva Fiscalidad, nº3, pp. 135-177

MARTÍNEZ CABALLERO, R. Y RUIZ-ALMENDRAL, V. (2006): "*Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas*" en Revista española de derecho europeo, nº 20, pp. 593-640

MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012): "*La prohibición de ayudas de Estado y los impuestos directos: ¿Evolución, revolución,…o, simplemente, intervención?*" en Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, nº155, pp.9-17.

MORENO GONZÁLEZ, S. (2011): "*La prohibición general de ayudas de Estado y el poder tributario de las Comunidades Autónomas de régimen común: ¿es aplicable la jurisprudencia Azores?*" en Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia, nº 14, pp. 13-44

NIETO MONTERO, J. (2008): "*La normativa tributaria foral vasca y la recepción de la sentencia azores: crónica de un final anunciado. A propósito de la STJCE de 11 de septiembre de 2008*" en Dereito: revista xurídica de universidade de Santiago de compostela, vol. 17, nº1, pp. 175-204

NIETO MONTERO, J. (2012): "Las Haciendas Territoriales en el marco del Derecho de la Unión Europea" en *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional. Retos y desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao

O´BRIEN, M. (2005): "*Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?*" en European law review v.30, nº2, pp.209-233

ORENA DOMÍNGUEZ, A. (2012): "Las Normas Forales en la Unión Europea: problemática en la Recuperación de Ayudas de Estado" en Gordillo Pérez, L.I. (Coord.), *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos*, Universidad de Deusto, Bizcaia, pp. 137-146.

PÉREZ BERNABÉU, B. (2010): "La concesión de subvenciones y la existencia de determinadas medidas fiscales como supuestos de ayudas de Estado" en MARTÍNEZ GINER, L.F. Y NAVARRO FAURE, A. (coords.), *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.364-396.

PÉREZ BERNABÉU, B. (2011): "*El incumplimiento de España de la obligación de recuperación de Ayudas de Estado. La reciente sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, asuntos acumulados C-465/09 a C-470/09*" en Crónica Tributaria, nº Extra 9, pp. 37-42

VANISTENDAEL, F. (2003): "*The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States*" en EC Tax review, nº3, pp.136-143

VILLAR EZCURRA, M. (2007): "El control de las ayudas de Estado y la competencia fiscal desleal" en CORDÓN EZQUERRO, T. (coord.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, Madrid, vol. II, pp. 2053-2104

VILLAR EZCURRA, M. (2013a): "*Cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad comunitaria europea en el proceso hacia un modelo de fiscalidad de la energía*" en Quincena fiscal, Nº 5, pp. 19-55

VILLAR EZCURRA, M. (2013b): "*State aids an energy taxes: towards a coherent reference framework*" en Intertax, Vol. 41, nº. 6-7, pp. 340-350

WATTEL, P.J. (2013): "*Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters*" en World Tax Journal, nº1, pp. 128-144

EL CONOCIMIENTO SOBRE EL SISTEMA PENAL COMO FACTOR QUE REDUCE LAS ACTITUDES PUNITIVAS.

Deborah García Magna
Patricia García Leiva[**]
[*] Área de Derecho Penal – Departamento de Derecho Público (Universidad de Málaga)
[**] Departamento de Psicología Social, Antropología Social, Trabajo Social y Servicios Sociales (Universidad de Málaga)

INTRODUCCIÓN

En un contexto social en el que los ciudadanos se refieren a la inseguridad (en un sentido amplio[1]), y la desconfianza en el poder político y en la justicia, entre otros, como problemas que les afectan de manera directa o indirecta[2], el legislador suele justificar sus reformas y contrarreformas penales aludiendo a la alarma social que causan determinados sucesos delictivos o situaciones que, a veces, son fruto del mal funcionamiento del sistema[3]. Un análisis detenido de algunas de las reformas que se han producido inmediatamente después de sucesos dramáticos, parece apuntar a que el legislador suele adoptar medidas que causan en la ciudadanía la impresión de que se está actuando con contundencia ante los problemas, aunque ello no sea necesariamente así, pues no siempre la mejor solución resulta ser la más punitiva[4]. Se crea así un círculo vicioso que sustenta este tipo de decisiones de política criminal: los medios de comunicación se hacen eco de la comisión de algún delito grave y explotan los réditos de esta clase de noticias, apoyados con frecuencia por grupos de presión (víctimas, feministas, sindicatos policiales, etc.); la ciudadanía lee, escucha y mira, creándose una opinión a menudo sin contar con la información suficiente; y quien ha de adoptar las medidas de políticas públicas, decide en la mayoría de los casos endurecer el sistema, aunque ello contradiga la opinión de los expertos (Díez Ripollés, 2013).

Palabras clave: actitudes punitivas, prisión, reinserción social y variables cognitivas

En la doctrina ya se ha cuestionado de manera reiterada que la opinión pública realmente se encuentre alarmada a causa de la delincuencia o que demande una mayor severidad del castigo (Varona, 2008; Aizpurúa & Fernández, 2011). Sobre todo en un Estado como el español, donde las tasas de delincuencia son bajas y tienden a seguir bajando[5], y donde la sensación de inseguridad ciudadana también se encuentra por debajo de la media europea[6], resulta contradictorio que nuestros legisladores se empeñen en seguir ampliando los tipos penales, endureciendo las penas y haciendo un uso abusivo de la pena de prisión, máxime cuando estamos ya a la cabeza en número de reclusos por cada 100.000 habitantes en Europa, habiendo superado ya a Reino Unido que, tradicionalmente, ocupaba este poco honroso primer puesto[7]. Podría pensarse que es precisamente por tener a tantos delincuentes en prisión, gracias a la severidad de nuestro Código penal, por lo que nuestras tasas de delincuencia han bajado y los ciudadanos nos sentimos más

[1] Inseguridad económica, laboral, asistencial y, en algún caso, aunque no tanto como se suele creer, personal o ciudadana.
[2] Respecto a la consideración de los partidos políticos y la política en general como problema para España, ver los Barómetros de Opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas de 2013 y 2012, en los que ocupa el cuarto lugar, por detrás del paro, la corrupción y el fraude, y los problemas de índole económica (habiendo, sin embargo, descendido un puesto con respecto a los barómetros del año 2011). En cuanto a la opinión de los ciudadanos sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, ver el III Barómetro de la Actividad Judicial (Fundación Wolters Kluwer, 2012), en el que se recoge que un 65% de los encuestados consideran que ésta funciona "mal" o "muy mal".
[3] Por todos, el caso de Mari Luz Cortés.
[4] La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006 de responsabilidad penal de los menores, menciona el "aumento considerable de delitos cometidos por menores", aunque los propios datos del Ministerio del Interior ("La criminalidad en España en 2006", Gabinete de Estudios de Seguridad Interior de la Secretaría de Estado de Seguridad) señalaban que había un descenso de la delincuencia juvenil. En esa misma Exposición de Motivos se añade que "no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social".
[5] Ministerio del Interior (2013, pág. 147), "Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 2012".
[6] Gabinete de Estudios sobre Seguridad Interior (Secretaría de Estado de Seguridad) (2011, pág. 8), "Evolución de la Criminalidad 2010".
[7] Observatorio de la Delincuencia (2012, pág. 38), "Realidad y política penitenciarias".

seguros. Sin embargo, este sería un análisis apresurado y poco riguroso. Al margen de que no existe una relación directa entre tasas penitenciarias y delincuencia (Larrauri, 2009), la realidad penitenciaria española demuestra que nuestros reclusos permanecen mucho tiempo en prisión (fruto de la severidad de las penas, el riguroso sistema de cumplimiento incorporado con el Código penal de 1995, y la escasa concesión de libertades condicionales en la práctica[8]), pero que no hay una tasa de nuevos ingresos alta (algo lógico al tener unas tasas de delincuencia bajas). Es decir, no es que entren muchos delincuentes en prisión, sino que los que ingresan tardan mucho tiempo en salir, "taponando" el sistema penitenciario.

Ante un panorama como el descrito brevemente, resulta entonces extraño que nuestros legisladores insistan en usar el Derecho penal, reformando una y otra vez el Código penal, la mayoría de las veces para endurecerlo. Se menciona como argumento, como ya se ha dicho antes, que los ciudadanos están preocupados y demandan esa dureza del sistema. Pero si, como ya se ha apuntado, la inseguridad ciudadana no representa un problema especialmente grave para los españoles, ¿de dónde extrae el legislador esa conclusión? ¿Por qué piensa que los ciudadanos están alarmados?

Aun cuando se pueda cuestionar que lo que se pretende al endurecer el Código penal es atender a una supuesta demanda social, es cierto que para averiguar qué quieren los ciudadanos la manera de preguntar influye notablemente en la respuesta que se obtiene. Así, los cuestionarios suelen dar resultados menos meditados y más viscerales que otros métodos de aproximación y estudio de las opiniones sobre el castigo. En la literatura anglosajona (Maruna et al., 2004; Hutton, 2005; Green, 2006; Allen, 2008) se ha podido comprobar cómo los ciudadanos suelen moderar sus actitudes punitivas frente al delito y los delincuentes cuando se les proporciona información adicional más allá de la que obtienen de manera directa (de sus experiencias personales) o indirecta (a través de los medios de comunicación). Las encuestas deliberativas, en las que se informa al sujeto encuestado de detalles sobre el sujeto infractor, las circunstancias en las que ha cometido el delito, las consecuencias que la ley prevé para esa clase de hechos, etc., suelen recoger unos resultados menos punitivos. Partiendo de esta base teórica y empírica, nos hemos propuesto valorar hasta qué punto las opiniones y percepción sobre el sistema penal pueden variar en función del conocimiento que el sujeto tenga. En concreto, el presente estudio pretende analizar los posibles cambios en la actitud punitiva de los estudiantes de Derecho penal de la Universidad de Málaga tras la experiencia de la visita a un centro penitenciario, actividad que forma parte de su proceso de aprendizaje, al estar integrada en la programación docente de la asignatura.

El interés en estudiar precisamente esta faceta del sistema penal se encuentra en una encuesta de satisfacción con las metodologías docentes que se pasó a los estudiantes de Derecho penal hace algunos años, con la intención de obtener retroalimentación sobre las actividades que se organizaban en el contexto de la asignatura (García Magna & Becerra Muñoz, 2012). Además de preguntarles sobre aspectos organizativos de la visita a prisión que realizaron, también se incluyeron algunas preguntas que pretendían recoger su opinión sobre la institución penitenciaria en sí misma y la función que representa en el sistema penal. Los resultados preliminares parecieron mostrar una actitud especialmente punitiva y contraria a la reinserción social. Dichos resultados fueron interpretados con cautela, ya que la encuesta no había sido diseñada para analizar la actitud punitiva de los estudiantes, mencionándose este aspecto tan sólo de manera tangencial. Sin embargo, dado que otros autores han recogido datos similares que podrían apuntar a una actitud más severa frente a la delincuencia en aquellos sujetos que han visitado previamente un centro penitenciario (Varona, 2008), nos propusimos indagar en este aspecto y diseñar una nueva investigación centrada en estudiarlo. Por ello se realizó la presente investigación con el objetivo de analizar qué efecto tiene el conocimiento de la prisión sobre la actitud punitiva de los estudiantes, siendo la hipótesis de partida que la adquisición de conocimiento sobre el sistema penitenciario disminuirá la actitud punitiva de los participantes. Los datos que aquí se presentan son una pequeña selección de una investigación más amplia.

[8] Observatorio de la Delincuencia (2012, págs. 175 y ss.), "Realidad y política penitenciarias", destaca el descenso en la concesión de libertades condicionales entre los años 2000 y 2004, y su estabilización en torno al 9% a partir de entonces, produciéndose, sin embargo, un ligero aumento a partir de 2008 hasta el final de la década.

MÉTODO

Participantes

Han participapdo un total de 36 estudiantes de Derecho penal I. Estos sujetos asisten regularmente a clase y son los que tienen mejor calificación en la asignatura, por tanto, son los que más conocimiento sobre el sistema penal poseen. Estos 36 participantes representan la submuestra de los que han realizado la visita a prisión (80 alumnos en total) y que ha cumplimentado la medida pre y post del cuestionario. La edad media es de 23.4 años, oscilando entre los 19 y los 55 años, y han participado un mayor porcentaje de hombres (55%) que de mujeres (44%).

Instrumento

Se trata de un cuestionario construído específicamente para el estudio con 35 preguntas con distinto formato de repuesta (likert, dicotómicas y categóricas). Mediante los 35 ítems se mide: la valoración de la delincuencia en España, las variables cognitivas de la actitud punitiva (el conocimiento sobre el sistema penal y las fuentes de dicho concocimiento, valoración de las penas impuestas, etc), variables emocionales de la actitud punitiva (visión de la delincuencia, apoyo a la resocialización, etc), variables personales que influyen en la actitud punitiva (barrio de residencia y haber sido víctima de delito), así como las variables sociodemográficas habituales.

Procedimiento

La visita fue realizada por 80 estudiantes en subgrupos de 20, siendo el itinerario y la información recibida similar para todos. Se realiza un primer pase del cuestionario en el mes de marzo y tras la visita a prisión se realiza la segunda medición, transcurriendo tres meses entre la medición pre y post (marzo y junio). Todos los alumnos han participado voluntariamente y en todo momento se les ha garantizado el anonimato. El cuestionario fue cumplimentado indivualmente por los alumnos a través de la plataforma virtual de la asignatura.

RESULTADOS

Los participantes poseen una ideología de centro derecha (media de 5.5, donde 1 es extrema izquierda y 10 extrema derecha) y en su gran mayoría no han sido víctimas de delitos en los últimos 6 meses (No=89.9%, Sí=11.1%). En cuanto al lugar de residencia el 75.0% vive en un zona tranquila, el 16.2% en un barrio de paso y el 8.0% en una zona conflictiva.

Los datos sobre el conocimiento previo de la prisión en una escala del 1 al 4 muestran una media de 1.97 (DT = .06), siendo los reportajes periodísticos y el cine la principal fuente de información.

Tabla nº1. Fuente de información y conocimiento sobre las prisiones

Fuentes	Reportajes periodísticos	Tertulias en radio o tv	Cine	Experiencia de un conocido	Experiencia personal	Total
%	47.2	2.8	33.3	16.7	0.0	100

En cuanto a su posición sobre las condenas más severas (cadena perpetua y pena de muerte) en delitos graves, los datos muestran que tras la visita a prisión más personas son menos punitivas, aunque los resultados únicamente son significativos para el supuesto de la cadena perpetua (Cadena perpetua: McNemar p= 0.008; Pena de muerte: McNemar p= 0.625)

Tabla nº2. Porcentaje de personas que están a favor y en contra de la cadena perpetua y la pena de muerte antes y depués de la visita a prisión

%	Sí cadena	No cadena	Sí pena de	No pena de

	perpetua	perpetua	muerte	muerte
Antes	44.4	55.5	11.1	80.0
Después	22.2	77.7	5.5	94.4

Por último, en cuanto al lugar de residencia y haber sido vícitima de delito en los últimos seis meses, el 100% de las personas que viven en barrios conflictos, así como el 100% de las personas que han sido víctima de delitos consideran necesario implantar la cadena perpetua y la pena de muerte.

CONCLUSIONES

En un primer análisis se confirman los marcos teóricos existentes y las investigaciones empíricas que muestran que un mayor conocimiento implica una menor actitud punitiva. En este sentido, los estudiantes que han participado en el estudio han mostrado una actitud punitiva menos severa una vez que han tenido ocasión de adquirir conocimiento sobre la vida en prisión y las consecuencias que la imposición de la pena de privación de libertad tienen en los sujetos que la sufren. Los resulados previos muestran que las variables que influyen en este cambio de percepción son de tipo cognitivo (adquirir un mayor conocimiento sobre la prisión, la severidad de las penas y sus condiciones de cumplimiento), siempre y cuando no se posean vivencias personales directas con la delincuencia, como haber sido víctima de delito recientemente o vivir en un barrio conflictivo.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que los participantes en el estudio son estudiantes de Derecho penal y que el cuestionario se les pasa a mediados y a finales de curso, será preciso investigar en qué medida ha influido en su opinión sobre el sistema penal el conocimiento adquirido a lo largo del curso como consecuencia del aprendizaje de la asignatura. En este sentido, en futuras investigaciones sería conveniente aislar la influencia que la experiencia de la visita a prisión ha tenido en sus actitudes punitivas, teniendo en cuenta ese otro conocimiento adicional con el que cuentan por ser estudiantes de Derecho penal. Igualmente será relevante analizar la influencia de otro tipo de variabes como la visión sobre la delincuencia y el apoyo a la resocialización.

BIBLIOGRAFÍA

Aizpurúa González , E., y Fernández Molina, E. (2011), “Información, ¿antídoto frente al "populismo punitivo"? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema Judicial Juvenil” (2011), en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 9/2011. Disponible en: www.criminologia.net/pdf/reic/ano9-2011/a92011art3.pdf (Consultado 30/7/2013).

Allen, R. (2008), “Changing public attitudes to crime and punishment. Building confidence in community penalties”, en *Probation Journal*, vol. 55, nº4, december 2008. Disponible en: http://prb.sagepub.com/content/55/4/389.full.pdf+html (Consultado 30/7/2013).

Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), (2013, 2012, 2011), “Barómetros de Opinión”. Disponibles en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/index.jsp (Consultados 20/7/2013)

Díez Ripollés, J.L. (2013), “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)”, en *Boletín Criminológico*, marzo y abril de 2013, nº 142 y 143. Disponibles en: http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/142.pdf y http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/143.pdf (Consultados 15/7/2013)

Fundación Wolters Kluwer, Observatorio de la Actividad Judicial (2012), “III Barómetro de la Actividad Judicial”. http://www.fundacionwolterskluwer.es/html/IIIBarometro.pdf (Consultado 26/7/2013)

García Magna, D., y Becerra Muñoz, J. (2012), “La visita a prisión como metodología innovadora en Derecho Penal”, en *Vivat Academia*, nº 117E (2012). Disponible en: http://www.vivatacademia.net/numeros/n117E/PDFs/Varios16.pdf (Consultado 30/7/2013)

Green, D.A. (2006), “Public opinion versus public judgement about crime. Correcting ‘The comedy of errors’”, en *British Journal of Criminology*, 46.

Hutton, N. (2005), “Beyond populist punitiveness?”, en *Punishment and Society*, vol. 7, nº 3, july 2005. Disponible en: http://pun.sagepub.com/content/7/3/243.full.pdf+html (Consultado 15/7/2013).

Larrauri Pijoan, E. (2009), “La economía política del castigo”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, nº 11/2006. Disponible en: http://www.criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf (Consultado 29/7/2013)

Maruna, S., Matravers, A., y King, A. (2004), “Disowning our shadow: A psychoanalytic approach to understanding punitive attitudes”, en *Deviant Behavior*, 25.

Ministerio del Interior (2013), “Anuario Estadístico 2012”. Disponible en: http://www.interior.gob.es/file/62/62269/62269.pdf (Consultado 30/7/2013).

Ministerio del Interior (2011), “Evolución de la Criminalidad 2010”. Disponible en: www.interior.gob.es/file/54/54476/54476.pdf (Consultado 28/7/2013)

Observatorio de la Delincuencia (2012), “Realidad y política penitenciarias”, ed. Tirant Lo Blanch.

Varona Gómez, D. (2008), “Ciudadanos y actitudes punitivas: Un estudio piloto de población universitaria española”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 6/2008. Disponible en: www.criminologia.net/pdf/reic/ano6-2008/a62008art1.pdf (Consultado 28/7/2013)

“LA MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA O EX PAREJA EN ESPAÑA. UN ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO, DOGMÁTICO–PENAL Y POLÍTICO CRIMINAL”

María del Rosario Gómez López

Resumen: Se presenta el tema y los objetivos que se quieren alcanzar así como el iter de la investigación de la tesis doctoral que se está llevando a cabo. El epicentro de la investigación es la mujer inmigrante víctima de violencia de género en España en el ámbito de la pareja o ex pareja.

Palabras claves: mujer inmigrante, violencia de género, pareja, ex pareja, España.

La violencia que sufre la mujer a manos de quien es o ha sido su marido o compañero sentimental constituye una de las lacras más graves para la sociedad española, y crea una grave alarma social como consecuencia del eco que tiene en los medios de comunicación, receptores habituales de este tipo de noticias. Prueba de ello, es el cambio de esfera que ha tenido, pasando de ser un problema de ámbito privado a uno de carácter público, al que se le ha de dar solución y poner coto a través de medidas legislativas que no sólo atajen el fenómeno sino que lo prevengan. Estas son entre otras, las razones por la que se decide desarrollar una investigación doctoral sobre esta temática. Alentada, entre otras cosas, por el afán y por la necesidad de analizar las herramientas con las que se cuenta a día de hoy para erradicar y prevenir el fenómeno de la violencia machista, así como sugerir modificaciones o incorporaciones en la regulación vigente a dichos efectos.

Si se analizan los datos que proporcionan las instancias oficiales sobre mujeres muertas a manos de sus maridos, ex maridos, parejas y ex parejas, se detecta una altísima representación de las extranjeras. Factores como la falta de redes familiares y sociales de apoyo, las barreras lingüísticas (reconocidas por la Secretaría General de Inmigración y Emigración, a 23 de mayo de 2013, revelando la preocupación que generan estas barreras en el colectivo inmigrante por los obstáculos que originan)[1], la dependencia económica del agresor, su falta de confianza en las instituciones públicas, o el miedo a no ser creída o a que si denuncia el maltrato, sea expulsada, contribuyen a que este colectivo de mujeres sea especialmente vulnerable y susceptible de sufrir un doble proceso de victimización y/o discriminación: a manos de su pareja o ex pareja y del propio sistema nacido para otorgarles *a priori* protección.

Para hacer frente a semejante lacra, en 2004 vio la luz la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral frente a la Violencia de Género, primera norma en el ordenamiento jurídico español que otorgó un tratamiento transversal a esta clase de violencia. Su artículo 1 establece como finalidad actuar contra la violencia que “*como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. Sin embargo, las cifras de mujeres víctimas no terminan de reducirse e incluso la cifra de las extranjeras parece que aumenta, por lo que ha de plantearse si además de bondadosa, se trata de una ley eficaz, o si se quiere, si solventa o maquilla el problema. La

[1] Véase la noticia de prensa recogida en el periódico online Europapress.es. http://www.europapress.es/illes-balears/noticia-inmigracion-reconoce-preocupacion-barreras-linguisticas-encuentran-algunos-alumnos-extranjeros-espana-20130523122451.html

Memoria presentada por la Fiscal de Sala Coordinadora contra violencia sobre la mujer resalta que el número de mujeres nacionales como extranjeras fallecidas en 2012 con respecto a los años anteriores es menor. Por el contrario, destaca que el número de mujeres que interpusieron denuncia es bastante menor siendo el colectivo de mujeres inmigrantes las que menos denuncian los hechos.[2] Esto es debido como bien resalta Inmaculada Montalbán presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, a la situación de crisis económica en la que nos encontramos que trae consigo múltiples obstáculos a los que las víctimas por sí solas no pueden hacerle frente. Destaca Montalbán, que el hecho que las mujeres no se decidan a interponer la denuncia o la retiren, "*nos tiene que hacer reflexionar sobre de maltrato oculto que existe en España*"[3]. Esto pone de relieve, la importancia que tienen las ayudas económicas y sociales para que puedan salir de la situación en la que se encuentran.

Si se analizan las dificultades a las que están expuestas las víctimas, es evidente como las extranjeras soportan más que las nacionales. No sólo por su sexo/género si no por llevar además unido a esto su nacionalidad y su situación administrativa, pues constituyen una diana donde clavar dardos envenenados de discriminación en atención a su nacionalidad, origen, raza o de otra índole, que pueden potenciar aún más la invisibilidad e impunidad de los abusos que sufren, perpetuándolas en esa situación. En este sentido, como afirma la doctrina, puede concluirse que son las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular y las que disponen de una autorización de residencia en España tras haber sido reagrupadas por su agresor, las que encuentran las mayores barreras para acceder a recursos especializados (centros de acogida o de emergencia) y a las ayudas económicas que puedan servirles para superar la violencia, como para acceder a la justicia frente a los abusos sufridos. Tal y como señala RODRÍGUEZ YAGÜE: "*la desprotección legal por procedencia de la mujer migrante es otra forma de violencia contra la mujer*" ("La mujer extranjera como víctima de la violencia de género en el ámbito sentimental", cit., p.150. Estudios sobre género y extranjería. Editorial Bomarzo, 2011).

Asimismo, aunque la Ley Integral contra la violencia de género prevé para las víctimas el derecho a "*recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas*", tal como se reconoce en la Memoria de la Fiscalía General del Estado (2009), existen deficiencias en el acceso a la información de las mujeres inmigrantes sobre los derechos que le asisten y los recursos de los que puede disponer.

En cuanto al importante obstáculo que supone la barrera idiomática, cabe señalar que en las dependencias policiales aún no existe una práctica sistemática, y sin demoras excesivas, de acudir al servicio de intérpretes cuando una mujer que acude a denunciar se expresa con dificultad en el idioma oficial. Y aunque a lo largo del proceso judicial parece estar garantizada la asistencia de intérpretes, no existen controles de calidad sobre los mismos y su formación no está garantizada.

Estos obstáculos con los que se encuentran las mujeres, son el fiel reflejo como acertadamente afirma ACALE SÁNCHEZ de que "*la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no es tan integral como se pretende, porque desconoce la situación en la que se encuentran un grupo bastante numeroso víctima de esta clase de violencia en nuestro país*". ("Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España", p. 137. Sistema penal y exclusión de extranjeros. Editorial Bomarzo, 2006).

Para hacer frente a esta situación, vieron la luz dos instrumentos normativos que se antojan en el ámbito teórico como imprescindibles: son, por un lado, la reforma de la Ley de Extranjería, llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, y por el otro, el recientemente aprobado nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril), reformas que por fin han implementado mecanismos específicos para que estas mujeres puedan salir del lugar en el que se encuentran: queda pendiente la tarea de comprobar y constatar su eficacia más allá de la teoría.

---

[2] De las mujeres fallecidas por violencia machista en 2012, Por cada siete mujeres españolas que interpusieron denuncia, sólo tres mujeres extranjeras lo hicieron. Datos extraídos de la Memoria Fiscalía General. Fiscal de Sala Coordinadora Contra la Violencia sobre la Mujer, 2013. http://www.lrmcidii.org/wp-content/uploads/2013/09/Fiscalia_memoria2013.pdf

[3] Nota de prensa del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, 27 de Junio 2012.

El hecho no obstante de que el camino seguido para incorporar al ordenamiento jurídico estas medidas haya sido a través de la reforma de la legislación de extranjería y no de la propia Ley 1/2004 de protección "integral" frente a la violencia de género, puede estar poniendo de manifiesto que sigue primando su condición de "extranjera" frente al hecho de ser víctima de esta concreta clase de violencia, ensombreciendo el camino emprendido. Se teme pues que en la aplicación de los nuevos mecanismos legales por parte de las instancias policiales, prime la necesidad de controlar los flujos migratorios –sobre la que pivota la legislación de extranjería- sobre la violencia que sufren las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular.

Con esto se pone de manifiesto que la violencia de género y su estela es una realidad a la que hay que seguir haciéndole frente desde los distintos ámbitos, a la vez de crear nuevos instrumentos eficaces para la erradicación y la prevención de la misma, en la medida en que el mero incremento de la sanción penal no ha resultado suficiente hasta este momento. Por ello, se torna imprescindible un análisis profundo y exhaustivo de la realidad jurídica y social de la violencia de género en la mujer inmigrante, así como el estudio de las condiciones de vida de las correspondientes mujeres en sus países de origen, con el fin de analizar qué factores las empujaron a emigrar, siendo éste el objeto del estudio de la presente investigación.
Para llevar a cabo este trabajo, el objetivo primordial es realizar un estudio: dogmático penal y criminológico, que delimite el ámbito de los comportamientos punibles y evidencie la situación real así como la protección institucional ofrecida para las víctimas, cuyo centro de gravedad sea la violencia en la mujer inmigrante. El trabajo culminará con la presentación de alternativas político criminales a la regulación actual.

El fin a alcanzar en este trabajo pasa pues por la disección de tres peldaños:

Primer objetivo general.- Analizar los factores y determinar las causas por los que la violencia de género, lejos de reducirse, se perpetúa, y es tan difícil de erradicar. Y visibilizar la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes.

Segundo objetivo general.- Acotar el marco jurídico penal que integran las conductas constitutivas de delito en el ámbito de la violencia de género. Teniendo como base la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y los tipos penales que dan lugar a este fenómeno criminal (homicidio, lesiones, coacciones, amenazas, privación arbitraria de la libertad, agresiones a la libertad sexual, vejaciones, entre otras.)

Tercer objetivo general.- Realizar un análisis crítico, con propuestas alternativas de regulación; Concluyendo con la formulación como conclusión de una propuesta de *"lege ferenda"*.

El método de investigación variará según la fase del trabajo.

Para la consecución del primer objetivo general, se utilizarán las técnicas de investigación tradicionales en las ciencias criminológicas, mientras que para alcanzar el segundo objetivo general se utilizará la investigación jurídico penal. En cuanto al tercer objetivo, con los datos obtenidos de la investigación dogmática y criminológica, se realizará un análisis crítico.

El estudio criminológico a llevar a cabo tiene la finalidad de sacar a flote la bolsa de criminalidad oculta. Para ello será necesario analizar, en primer lugar, una encuesta de victimización entre el colectivo de mujeres inmigrantes en España (universo) a fin de sacar a relucir la cifra de las mujeres que, a pesar de sufrir esta lacra en sus ámbitos familiares, opta por guardar silencio, no interponiendo la denuncia. A continuación, se procederá al examen de los datos que generan las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística, que nos reflejarán la cifra oficial de delitos que soportan estas mujeres. Finalmente, la cifra real y la oficial se contrastarán con el número de sentencias de los tribunales penales españoles en los que se liquida responsabilidad criminal por hechos de este tenor.

El estudio teórico sobre los resortes normativos existentes en materia de violencia de género será dividido en dos partes. En la primera, se procederá a analizar los instrumentos en el ámbito internacional y europeo para luchar frente a esta lacra. En particular, se partirá de la

Conferencia de Pekín de 1995, sobre la violencia contra las mujeres y además de la Convención latinoamericana de Belém do Pará, de 9 de julio de 1994.
Dentro del ámbito europeo, el Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Humanos de los ciudadanos de la Unión, centrarán el posterior estudio sobre derecho comparado europeo que se llevará a cabo.

Despejado el panorama internacional y centrados ya en el ordenamiento jurídico español, la investigación dogmática, se realizará a través del estudio de la normativa existente en la materia, en particular en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Por último, con respecto al estudio político criminal, se realizará una labor crítica y una formulación de alternativas para conseguir que la norma jurídica sea eficaz.

“EL SESGO MASCULINO Y DE GÉNERO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN TORNO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL”

Juana María González Moreno[1]

Resumen

En este trabajo hacemos un análisis del tratamiento dado a la problemática de la conciliación de la vida familiar y laboral en el Derecho de la Unión Europea. Tomando como marco teórico de referencia la teoría jurídica feminista, y, en concreto, el enfoque de análisis del Derecho elaborado por Carol Smart, simbolizado por las frases “el Derecho es sexista”, “el Derecho es masculino”, y “el Derecho tiene género” (Smart, 1994; 2000), mostramos cómo a pesar de los importantes esfuerzos realizados a nivel de la Unión Europea en pro de la igualdad de hombres y mujeres y por vincular la igualdad con el reparto equitativo entre los sexos de las tareas domésticas y del cuidado de niños, familiares y personas dependientes, determinados aspectos presentes en el Derecho de la Unión Europea podrían no contribuir a la consecución de esos objetivos. Aunque se ha tratado de superar la idea tradicional de que las mujeres son quienes por naturaleza tienen que asumir las tareas domésticas y de cuidado, entendiéndose, desde un punto de vista neutral, que la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales es un problema común a los hombres y a las mujeres que trabajan, y reivindicándose, desde la óptica de la corresponsabilidad entre los sexos, derechos para los hombres en el ámbito del cuidado, entre otras medidas, encontramos todavía evidencias del sesgo masculino y de género del Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral, el cual sigue sin tener en cuenta la especificidad de la experiencia de la vida de las mujeres que consiste en asumir las responsabilidades domésticas y familiares en mayor medida que los hombres, que es la experiencia que hay que revertir, también desde el Derecho.

Palabras clave: mujeres, conciliación de la vida familiar y laboral, Unión Europea

I.INTRODUCCIÓN

En las Comunidades Europeas – en la actualidad, “Unión Europea”, tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, de 2007, por el que se reforman los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas -, desde los años 80 del siglo pasado, la cuestión de la conciliación entre trabajo y vida familiar aparece vinculada a las políticas de igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres: se trata de favorecer la incorporación y la continuidad en el mercado laboral de los hombres y las mujeres que tienen responsabilidades familiares, y de reforzar la igualdad de oportunidades, aunque ello no quita que se persigan además otros fines como el crecimiento económico y, al mismo tiempo, el mantenimiento de las tasas demográficas (González, 2012: 36-45).

[1] Máster en Investigación Aplicada en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía (Universitat Jaume I, Castellón), Diploma de Estudios Avanzados en el área de Derecho Penal, Filosofía, Filosofía del Derecho (Universidad Internacional de Andalucía), Título de Experta Universitaria en Criminología (Instituto Interuniversitario de Criminología, Universidad de Granada). E-mail: jmgmfiloder1@gmail.com

En la década siguiente, la preocupación por la conciliación de la vida familiar y laboral tendrá traducción en directivas y decisiones de carácter vinculante para los Estados miembros, en que se pide a éstos que establezcan políticas sobre interrupción de la actividad profesional, esquemas de permiso parental o de otro tipo, trabajo a tiempo parcial y horarios de trabajo flexibles, servicios de guardería y asistencia a otras personas a cargo. Finalmente, han sido el trabajo a tiempo parcial[2], y determinados permisos como el permiso de maternidad[3], el permiso parental por nacimiento o adopción de un niño/a y el permiso por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente[4], todos ellos regulados en directivas vinculantes, y, en el caso del permiso de maternidad y del permiso parental, además en el Tratado de Lisboa[5], los que han adquirido carta de naturaleza como medidas de conciliación, o de derechos de conciliación, en el caso de los permisos.

Asimismo, habría habido una evolución al interno de los derechos de conciliación, ya que de concebirse como derechos de maternidad concedidos en exclusiva a las mujeres, habrían pasado a configurarse como derechos de conciliación auténticos que buscan ante todo la corresponsabilidad entre los sexos en las labores domésticas, familiares y de cuidado, derechos que, además, son de titularidad individual e intransferible (Rodríguez, 2011: 228, 235). La idea de "corresponsabilidad" entre los sexos o responsabilidad común de hombres y mujeres en las responsabilidades familiares y en el trabajo doméstico, que vendría a ser diferente de la mera "ayuda" de los padres varones a las madres trabajadoras, y también de la conciliación de la vida familiar y laboral, se habría instalado en el Derecho de la Unión Europea, en línea con los tratados internacionales de derechos de las mujeres, como una plasmación de la idea de solidaridad que anima a los estados del bienestar europeos, haciendo partícipes de la responsabilidad del cuidado no sólo a las madres sino también a los padres, a las familias, a las empresas y al Estado.

Sin embargo, a pesar de los avances políticos y normativos en el tema que nos ocupa, a pesar de esa proyección hacia la corresponsabilidad, todavía el peso de las cargas domésticas y familiares sigue recayendo mayormente sobre las mujeres, que son las que se ven obligadas finalmente a "conciliar" (Staerklé et al., 2007). Una realidad que incluso se ha agravado con la crisis financiera que está afectando a los Estados europeos - y a la propia Unión Europa como institución-, por la destrucción de empleo, inicialmente masculino y luego femenino, y por la reducción de las partidas dedicadas a servicios sociales, entre ellas las que tienen que ver con el cuidado de niños, y sobre todo de personas mayores y dependientes, que ha supuesto.

Para cambiar esta realidad, como ya ha advertido la doctrina, sería precisa una nueva organización del trabajo asalariado o la puesta en práctica de *políticas de tiempos*[6] que tengan como eje el cuidado de la vida y no el empleo. No obstante, un factor a tener en cuenta – de

---

[2] Éste es considerado como una modalidad de empleo que facilita la conciliación de la vida familiar y laboral. Vid. la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, el CEEP y la CES (Consideraciones generales, párrafo 5).

[3] Vid. la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia. Aunque no se diga expresamente, el permiso de maternidad suele ser considerado como un derecho de conciliación.

[4] Vid. la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco (revisado) sobre el permiso parental de 18 de junio de 2009 celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que deroga a la anteriormente vigente, de 1996.

[5] En el Tratado se recoge lo ya estipulado en directivas sobre estos permisos, y se dispone en su art. 33 (comprendido en el Título IV de la Carta, denominado Solidaridad), el derecho de toda persona a la protección contra el despido por causa relacionada con la maternidad y el derecho a un permiso remunerado por maternidad y a un permiso parental.

[6] Sobre el alcance de estas políticas, vid. por todos/as: Torns, 2004; 2008.

menor envergadura, sin duda, pero no de menor importancia -, es el modo en que están articuladas normativamente las relaciones entre los sexos y la vida familiar. Fundamentalmente, porque se tiende a dar por presupuesto que dichas relaciones son igualitarias y que hombres y mujeres pueden ejercer en igual medida los derechos de conciliación, cuando en realidad existen fuertes desigualdades de poder. En esta dimensión micro se sitúa nuestro trabajo.

Los objetivos que perseguimos son, por un lado, examinar las formas en que se ha tratado de lograr la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral en el Derecho de la Unión Europea, y por otro, determinar en qué medida la igualación de hombres y mujeres en el ámbito de la conciliación contribuye a la igualdad real entre los sexos. Lo que es lo que es particularmente relevante en el momento actual en que en toda Europa se está produciendo una vuelta al modelo tradicional de roles de género, vigente en el imaginario social – y también en los imaginarios político y jurídico -.

El marco teórico de referencia de nuestro trabajo está constituido por la teoría jurídica feminista, la cual significa el esfuerzo realizado desde los años 70 del siglo XX por introducir la teoría feminista en el discurso del derecho, evaluando críticamente la legislación, las instituciones, los conceptos y valores que conforman el ordenamiento jurídico y presentando alternativas al mismo. Dentro de la teoría jurídica feminista, utilizamos el esquema de análisis del Derecho que propone Carol Smart (1994; 2000) y que implica transitar por tres estadios o categorías de análisis que son los simbolizados por las frases “el Derecho es sexista”, “el Derecho es masculino” y “el Derecho tiene género”.

La frase “el Derecho es sexista” comporta una tarea de detección de las discriminaciones de bulto en perjuicio de las mujeres que son las que el Derecho históricamente ha contenido, mientras que la frase “el Derecho es masculino” alude al estadio subsiguiente de análisis, en el que se pone en cuestión la pretendida objetividad de las normas jurídicas, las cuales aunque no lleguen a contener discriminaciones expresas en perjuicio de las mujeres, en realidad encubren la perspectiva masculina. Y la frase “el Derecho tiene género” constituye una fase más compleja de análisis; en tanto reflejo de la incidencia del postmodernismo en la teoría jurídica feminista, supone atender a las identidades de género que crea el propio Derecho, en definitiva, tener en cuenta que el Derecho no sólo sirve para ocultar las desigualdades entre hombres y mujeres que caracterizan al orden social patriarcal, sino que a la vez reproduce parcialmente este orden, recrea las desigualdades y discriminaciones y produce determinadas identidades de género.

De estas tres frases o categorías de análisis, aplicamos en nuestro trabajo la segunda y la tercera. Puesto que el Derecho de la Unión Europea consagra expresamente la igualdad de hombres y mujeres (no es un Derecho sexista), se trata, ante todo, de ver si, en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral, a la hora de diseñar los mecanismos para lograr la igualdad de hombres y mujeres se ha pensado en los intereses de las mujeres o, por el contrario, en los intereses masculinos (esto es, si estamos ante un Derecho masculino); así como de precisar en qué medida los mecanismos diseñados en el Derecho de la Unión Europea para lograr la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito de la conciliación, contribuyen o no a la construcción de roles estereotipados, de identidades de género (es decir, si dicho Derecho tiene género).

II. LA DESIGUALDAD DE HOMBRES Y MUJERES EN EL ÁMBITO DEL CUIDADO, OCULTA BAJO EL MANTO DE LA NEUTRALIDAD

En el Derecho de la Unión Europea, en el que el principio de igualdad, inicialmente restringido a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, ha ido ampliando sucesivamente su alcance, una de las formas adoptadas para conseguir la igualdad en el ámbito de las responsabilidades familiares y las tareas domésticas ha sido considerar que estas responsabilidades y tareas competen por igual a los hombres y mujeres que trabajan – de lo que da cuenta el propio lenguaje, los términos utilizados en los textos europeos, vinculantes y no vinculantes[7]- y, en consonancia con ello, pedir a los Estados que establezcan medidas de conciliación a las que tengan acceso los trabajadores de uno u otro sexo.

Se ha hecho, por tanto, una apuesta por la neutralidad, en sintonía con la evolución experimentada en el Derecho Internacional, en concreto, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo[8], con el fin de evitar la perpetuación de los roles de género que se estima que se produce cuando las medidas de conciliación se otorgan sólo a las mujeres, pues en vez de promover la igualdad de oportunidades más bien alejan a las madres activas del mercado laboral y contribuyen a perpetuar la idea de que son las mujeres las que deben ocuparse de los niños/as. Como lo expresaba la Comisión Europea ya en 1983 en su propuesta de directiva sobre permiso parental, que consideraba que los permisos especiales podían ir en contra de la igualdad de oportunidades si no se tenía cuidado e insistía en que el permiso parental no debía servir para promover la retirada del mercado de trabajo de las madres activas.

En la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proscrito los derechos especiales para las mujeres en el ámbito de las labores de cuidado, derechos que, a juicio del Tribunal, ni constituyen una forma de proteger la maternidad – que es la única forma de protección de las mujeres trabajadoras, debida a su naturaleza específica, a su diferencia biológica, que se admite hoy- ni tampoco acciones positivas, legitimadas en la normativa de la Unión Europea para eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres[9].

Así, en el caso *Comisión de las Comunidades Europeas c. Francia*[10], el Tribunal de Justicia está en contra de los derechos especiales para las mujeres que se conservan en la legislación francesa en relación con el cuidado, como la prolongación de los permisos de maternidad, la

---

[7] Así, los términos utilizados para designar a quienes se enfrentan a la conciliación de la vida familiar y laboral son: "hombres y mujeres", "trabajadores, hombres y mujeres", "obligaciones profesionales y familiares de hombres y de mujeres", o "toda persona".

[8] En el marco de esta Organización se han eliminado todas aquellas normas que contenían medidas específicas para las mujeres, como era el permiso adicional al permiso de maternidad, contemplado en la Recomendación nº 123 de la OIT sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, de 1965, permiso que se ha ido abriendo a los hombres en recomendaciones posteriores.

[9] Así, en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (artículo 2. Apartado 4); la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer; el Acuerdo sobre Política Social, de 1993, artículo 6, apartados 1 y 2, y en concreto, su apartado 3; el Tratado de Amsterdam, de octubre de 1997 (artículo 141, 1. y 4.); y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, incluida en el Tratado de Lisboa, de 2007 (art. 23), en este último caso, no limitando su aplicación al ámbito laboral.

[10] STJUE de 25 de octubre de 1988, asunto 312/86, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Francia*.

reducción de los tiempos de trabajo, la jubilación anticipada entre otros. Derechos que el Tribunal excluye del marco de la protección por maternidad previsto en el art. 2, apartado 3 de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y también del marco de las acciones positivas, del art. 2, apartado 4 de la Directiva citada. En esto último, rectificando lo que había dicho en el caso *Hofmann*[11], en el que había dado por presupuesto que el establecimiento de medidas de conciliación a favor de las mujeres – en el caso concreto, un descanso por maternidad establecido para después de finalizado el plazo legal de descanso de ocho semanas tras el parto previsto en la legislación alemana - constituía una forma de protección de la maternidad, y, en consecuencia, no era partidario de que dicha medida se otorgara al padre[12].

Ahora bien: esta óptica de la neutralidad, que se ha hecho dominante, y que la doctrina valora en forma positiva como una manifestación del compromiso por la corresponsabilidad en el Derecho de la Unión Europea (así, Rodríguez, 2011; y Ballester, 2012: 60, 62, 63), a nuestro juicio merece algún reparo, sobre todo por su contraste con la cruel realidad, en la que las madres trabajadoras siguen siendo las que mayoritariamente asumen las responsabilidades familiares y existe un uso diferencial de las medidas de conciliación, en concreto, de los permisos para el cuidado infantil, que son solicitados en menor medida por los padres en la mayoría de los países europeos (Badinter, 2011:137), y en ningún caso, cuando se trata de permisos mal pagados o transferibles a la madre (Castro, Pazos, 2012); y en la que el trabajo a tiempo parcial es de patrimonio exclusivo de las mujeres que son madres, con los efectos nefastos que tiene en lo que concierne a la promoción en su carrera profesional y a su jubilación[13].

Catalogar entonces la conciliación como una problemática común a los trabajadores y a las trabajadoras supondría enmascarar una realidad desigual y discriminatoria y además, propiciar el que no se pongan en cuestión las relaciones de género que siguen articulando todavía hoy el cuidado en el ámbito familiar. La huida del esencialismo, es decir, de considerar que las mujeres son "por su naturaleza" cuidadoras de los demás, que es a lo que conducían las medidas específicas para las mujeres en el ámbito del cuidado, hacia la neutralidad, es decir, a considerar que tanto los padres como las madres pueden hacerse cargo del cuidado, y las medidas de conciliación deben ser entonces accesibles tanto a unos como a otras, significaría no tener en cuenta las experiencias de vida de las mujeres, de las que forma parte neurálgica el asumir el cuidado en mayor medida que los hombres, y, en consecuencia, dejar incuestionada la construcción patriarcal de la diferencia sexual. Esta diferencia es la que, según Pateman, ha confinado a las mujeres al cuidado, al espacio doméstico, y la que constituye aún hoy el corazón de la dominación masculina (Pateman, 1995).

---

[11] STJUE de 12 de julio de 1984, asunto nº 184/3, *Hofmann*.

[12] Según el Tribunal, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, ya citada, no obliga a los Estados miembros a permitir la obtención de un permiso por maternidad después del período de protección obligatoria representado por el permiso de convalecencia de ocho semanas tras el parto, de manera alternativa por parte del hombre. Este parecer ha sido criticado porque refuerza el tradicional reparto de las tareas domésticas (vid. Cabeza Pereiro, citado por Martínez Yáñez, 2007:10, y también nuestro análisis: González, 2009).

[13] Como lo reconoce el propio Parlamento Europeo, en su Informe 2003/2129 (INI), sobre conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004, en el que previene contra la tendencia actual a considerar el trabajo a tiempo parcial de las mujeres como una solución general para conciliar la vida profesional y familiar puesto que refuerza el desigual reparto de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres (Informe 2003/2129 (INI), sugerencia nº 9).

III. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS HOMBRES EN EL ÁMBITO DEL CUIDADO Y SU ESCASA VIRTUALIDAD PRÁCTICA

Otra forma en que se ha pretendido lograr la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral en la Unión Europea ha sido solicitando a los Estados que reconozcan en sus ordenamientos jurídicos derechos específicos para los hombres en el ámbito del cuidado, en concreto, un derecho individual e intransferible para atender a los/as recién nacidos/as o derecho al permiso de paternidad, diferente del permiso parental.

Este derecho, que no está regulado aún en una directiva comunitaria, aunque se aboga por ello[14], vendría a ser un medio para alcanzar el fin explícitamente declarado de la corresponsabilidad o responsabilidad común de hombres y mujeres en las responsabilidades familiares y en el trabajo doméstico. Un objetivo éste, el de la corresponsabilidad que, además, se quiere lograr desde la óptica de los derechos, esto es: reivindicando derechos para los hombres con los que compensar sus desventajas en relación a su participación en la vida familiar, como también se señala expresamente[15], y conseguir así la igualdad entre hombres y mujeres.

Asimismo, se ha reclamado que el permiso de maternidad se vincule al permiso de paternidad "con el fin de proteger mejor a las mujeres en el mercado de trabajo y así luchar contra los estereotipos en la sociedad en cuanto al disfrute de dicho permiso"[16], si bien hay que decir que si se reclama esa vinculación entre el permiso de maternidad y el permiso de paternidad es porque, hasta el momento, en el Derecho de la Unión Europea y en el derecho interno de los Estados miembros, uno y otro permiso no tienen la misma entidad[17].

No obstante, desde los textos europeos no se obliga a los Estados a establecer el permiso por paternidad, sólo se recomienda que lo establezcan, y que incentiven y vigilen a los hombres para que lo utilicen[18]; y por otra parte, para éstos, para los hombres, el acogerse al permiso de paternidad, efectivamente, es algo voluntario. El discurso de la corresponsabilidad de hombres y de mujeres en el cuidado se ha traducido en derechos para los hombres, que no en obligaciones, cuando prácticamente la mayoría de los estudios realizados sobre el uso del permiso de paternidad – y de los demás permisos -, arrojan el mismo saldo: su uso diferencial,

---

[14] Puede leerse el Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2009 (2009/2011(INI)), de 1 de febrero de 2010, apartado C, el punto 25 y su letra K.

[15] A título de ejemplo, puede citarse la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, Considerando 2.

[16] Véase el Informe del Parlamento europeo de 2010, ya citado, apartado C, punto 25.

[17] Presentan diferencias notables en cuanto a duración, carácter transferible o no, y remuneración. En principio, en el Derecho de la Unión Europea, el permiso de paternidad tendría carácter remunerado y una duración de dos semanas, frente a las catorce previstas para el permiso de maternidad, el cual incluso se ha querido ampliar aún más – en concreto, a dieciocho semanas, por parte de la Comisión Europea, en la nueva Directiva sobre maternidad, de 2008, aún sometida a discusión, y, a veinte semanas, por parte del Parlamento Europeo -. De ahí las reivindicaciones de la Plataforma PPiiNA (Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción) por que se establezcan permisos de nacimiento y adopción iguales – intransferibles y remunerados al 100% - para hombres y para mujeres (http://www.igualeseintransferibles.org).

[18] Es lo que se hace, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre hombres y mujeres (2006- 2010), COM (2006) 92, 1.3.2006.

esto es, su uso en menor medida por parte de los padres varones, lo que pone en entredicho la eficacia del permiso de paternidad y, en consecuencia, la corresponsabilidad entre los sexos y la igualdad de género.

IV. LA OFENSIVA CONTRA LAS ACCIONES POSITIVAS A FAVOR DE LAS MUJERES

Como complemento de esta tendencia normativa a conceder derechos a los hombres en el ámbito del cuidado que hemos descrito, hay que aludir a la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que existe una discriminación por razón de sexo cuando no se concede a los hombres determinados beneficios vinculados al ámbito del cuidado. Esta interpretación la pone de manifiesto en el caso *Griesmar*[19], en relación con una bonificación en el cálculo de la pensión de jubilación prevista en la legislación francesa para las funcionarias que se hubieren dedicado al cuidado de los/as hijos/as propios o del cónyuge, y también en el caso *Mouflin*[20], en que se valora el derecho a obtener de forma inmediata una pensión de jubilación por parte de las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable.

En ambos casos se parte de dos presupuestos: uno, que los hombres y las mujeres están en situaciones equiparables en relación con el cuidado[21]y, en consecuencia, cuando no se les permite a los hombres acceder a los beneficios en cuestión se produce una diferencia de trato no permitida; y dos, que los beneficios citados no están pensados para resolver las dificultades que por motivos del cuidado tengan las mujeres en el desempeño de la carrera profesional, y por tanto, no constituyen acciones positivas dirigidas a eliminar - aunque sea en el momento de la jubilación – las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres[22].

Pero, en nuestra opinión, estos presupuestos serían discutibles: el primero, porque obedece a una visión de igualdad formal (o de igualación a toda costa) que es discriminatoria en relación a las mujeres, que son quienes en mayor medida – y de forma no tan voluntaria – asumen las responsabilidades familiares y domésticas en la práctica; y el segundo, porque supone no percibir el perjuicio que la dedicación al cuidado causa en las carreras de las mujeres, lo cual es notorio en el caso *Griesmar*[23], en el que el Tribunal se atiene a la dedicación al cuidado como daño *actual* a compensar, y no valora la dedicación pasada al cuidado que es lo que la bonificación en el cálculo de la pensión discutida en el caso trataba de compensar, descalificando, en consecuencia, dicha bonificación como acción positiva.

---

[19] STJUE de 29 de noviembre de 2001, asunto C- 366/99, *Griesmar*.

[20] STJUE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C- 206/00, *Mouflin*.

[21] Puede leerse el apartado 56 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Griesmar*, y el apartado 28 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Mouflin*.

[22] Véase el apartado 65 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Griesmar*.

[23] Y también en otras sentencias del Tribunal, a propósito de demandas planteadas por mujeres en relación con beneficios vinculados a medidas concretas de conciliación para el cuidado de hijos, como son el permiso parental y la excedencia por cuidado de hijos (vid. sus sentencias de 21 de octubre de 1999, asunto C- 333/97, *Lewen*, y de 8 de junio de 2004, asunto C-220/02).

El Tribunal de Justicia, que ha mantenido esta misma argumentación, discutible como decimos, en casos posteriores[24], sostiene en relación a las acciones positivas en el ámbito del cuidado, la misma óptica limitada, reduccionista que tiene en relación con las acciones positivas, en general, como medidas diferenciadoras que constituyen una excepción al principio de igualdad de trato, y por ello, medidas que deben ser interpretadas de manera restrictiva, o como "ventajas" o "preferencias" hacia las mujeres, suscitando así la reacción de los hombres (Barrère, 2003). Las acciones positivas son percibidas como un perjuicio que se produce a un derecho individual de los hombres. No se tiene conciencia, en cambio, del perjuicio que la dedicación al cuidado causa a las mujeres, dedicación que no se valora (aspecto muy evidente en el caso *Griesmar*) ni tampoco de que las acciones positivas son (o deberían ser) un mecanismo para combatir la discriminación estructural que sufren las mujeres, y que se manifiesta también en el ámbito de las responsabilidades familiares y domésticas.

En definitiva, la igualación a toda costa de los hombres en el ámbito del cuidado que se persigue por parte del Tribunal de Justicia, viene a ser una manifestación de las formas contemporáneas de lucha de los hombres en el ámbito del Derecho, como ha señalado Anne - Marie Devreux (2009), una forma de subvertir mecanismos diseñados para conseguir igualdad entre hombres y mujeres como son las acciones positivas, descalificándolas y malinterpretándolas – y de paso, la lucha de las mujeres por la igualdad -, en beneficio de los hombres.

V. CONCLUSIONES

Para concluir, puede decirse que, en el Derecho de la Unión Europea se ha tratado de superar la idea tradicional de que las mujeres son quienes por naturaleza tienen que asumir las tareas domésticas y de cuidado, y por tanto, de evitar que las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral estén dirigidas únicamente a las madres que trabajan. Sin embargo, la óptica de la neutralidad que se ha impuesto, la configuración de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales como una problemática común a los hombres y a las mujeres que trabajan, supone enmascarar la realidad actual en la que siguen siendo las mujeres las que en mayor medida que los hombres asumen las responsabilidades familiares y domésticas.

Por otra parte, la tendencia a reivindicar derechos específicos para los hombres en el ámbito del cuidado como es el derecho al permiso de paternidad, tiene poca virtualidad práctica porque los derechos previstos cuentan con limitaciones ya desde su propio diseño, como son las que tienen que ver con su carácter no remunerado y su carácter facultativo para los Estados, y también para los hombres. Sobre todo, es de lamentar que la corresponsabilidad entre los géneros en el ámbito del cuidado no haya sido entendida en clave de obligaciones, es decir, como la asunción de deberes por parte de quienes hasta ahora sólo han tenido derechos, los hombres.

[24] Puede verse su sentencia de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99, *Lommers*, en que el Tribunal admite la reserva de plaza de guardería para las mujeres trabajadoras como una medida de acción positiva en relación con el cuidado, pero no porque haya reconocido que la reserva de plaza de guardería para las funcionarias tenga como justificación el que son las mujeres quienes desempeñan mayormente el cuidado de los otros sino bajo el peso de una serie de factores que considera que se deben valorar en el caso, entre los que están el que dicha medida haya sido adoptada para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre el personal del ministerio, la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, y el que los funcionarios (varones) pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia, a apreciar por el empleador.

Asimismo, la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a interpretar que existe una discriminación por razón de sexo si se excluye a los hombres de beneficios vinculados con el cuidado de las personas, está sustentada en una argumentación muy criticable desde la que se equipara a toda costa a hombres y mujeres frente al cuidado cuando son las mujeres las que, como hemos dicho, asumen las responsabilidades familiares y domésticas en la práctica, y desde la que se descalifica y malinterpreta las acciones positivas en tanto acciones pensadas para combatir desigualdades estructurales que afectan a las oportunidades de las mujeres, y que también se registran en el ámbito del cuidado.

Todos estos aspectos demostrarían que el Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral no tiene en cuenta los intereses de las mujeres en el ámbito de la conciliación, y en consecuencia, que este Derecho tiene un sesgo masculino y también de género, porque propicia la permanencia del "statu quo", que se mantenga e incluso se deje sin cuestionar la función de maternidad social como función propia y exclusiva de las mujeres. Un sesgo que es preciso visualizar para que no se reproduzca en los distintos escalones del sistema jurídico multinivel de los Estados miembros de la Unión Europea.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Badinter, Elisabeth (2011): *La mujer y la madre. Un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud*, Ed. La esfera de los libros, Madrid.

Ballester Pastor, María Amparo (2012): "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria", en *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, nº 25, Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales, pp. 53- 77.

Barrère Unzueta, Mª Ángeles (2003): "La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 9, 29 pp. Disponible en línea: 10/07/2013 http://www.uv.es/CEFD/Index_9.htm

Castro García, Carmen; Pazos Morán, María (2012): "Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales para conseguir un comportamiento corresponsable?", Instituto de Estudios Fiscales, nº 9, 29 páginas.

Devreux, Anne-Marie (2009): « « Le droit, c´est moi » Formes contemporaines de la lutte des hommes contre les femmes dans le domaine du droit », *Nouvelles Questions Féministes*, Volume 28, Nº 2, 2009, pp. 36- 51.

González Moreno, Juana María (2009): "Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 12/7/84, Asunto Ulrich Hoffmann", *Aequalitas*, nº 25, 2009, pp. 14 – 19.

González Moreno, Juana María (2012): "El Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral y su articulación conforme a la dicotomía público/privado", *Quaderns de Recerca*, Màster Universitari en Integració Europea, nº 14, curs 2011-2012, Institut Universitari d´Estudis Europeus, Universitat Autònoma de Barcelona, ISSN 2014 – 153 X, 60 páginas.

Martínez Yañez, Nora María (2007): "Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género", *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 8, pp. 17-54.

http://conc.ccoo.cat/pandora/incl/reflexiones%20sobre%20permiso%20maternidad.doc [última consulta: octubre de 2010]

Pateman, Carol (1995): *El contrato sexual*, Ed. Anthropos, Barcelona.

Rodríguez González, Sarai (2011): “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 28, diciembre 2011, pp. 227- 249.

Smart, Carol (1994): “La mujer del discurso jurídico”. En: Larrauri, Elena (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI Editores, S.A., Madrid, pp. 168 – 189).

Smart, Carol (2000): “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En: Birgin, Haydée (comp.). *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ceadel, Ed. Biblos. Buenos Aires, pp. 31- 71.

Staerklé, Christian; Delay, Christophe; Gianettoni, Lavinia; Roux, Patricia (2007): “Qui a droit à quoi? Représentations et légitimation de l´ordre social », Collection Vies sociales, Presses universitaires de Grenoble, France, Chapitre 1, pp. 13 – 26.

Torns, Teresa (2004): “Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del Estado del bienestar”, *Trabajo* 13, Universidad de Huelva, 2004, pp. 145-164.

Torns, Teresa (2008): “El trabajo y el cuidado: cuestiones teórico – metodológicas desde la perspectiva de género”, *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 15, enero – junio 2008, pp. 53-73.

LA EXTENSIÓN DEL COMISO EN LA ACTUALIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES

María Concepción Gorjón Barranco
Investigadora. Universidad de Salamanca

Resumen: El modelo económico globalizado ofrece mejores oportunidades de acción a determinados delincuentes, y para hacer frente a este tipo de criminalidad se estima que además de la pena privativa de libertad, resulta de vital importancia incidir directamente sobre los beneficios, y el comiso apunta ser el instrumento más adecuado para anular ese incentivo económico. Así, se han abordado respuestas legales desde instancias internacionales y nacionales. Destaca en el ámbito internacional una propuesta de Directiva del Parlamento europeo y el Consejo *sobre el Embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea* [COM (2012) 85 Final], que coincide en algunos aspectos con la propuesta de reforma penal que el Gobierno español actual está elaborando.

Palabras clave: *comiso, confiscación, política criminal, Estado Social y democrático de Derecho, reforma penal.*

Abstract: The global economic model offers better opportunities for action to certain offenders, and it is estimated that in addition to imprisonment, to deal with this type of crimes, it is vital to have a direct effect on the benefits, and the confiscation seems to be the most appropriate instrument to cancel that economic incentive. Thus, legal responses from international and national organizations have been addressed. It can be highlighted a proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the *Freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union [COM (2012) 85 final]* in the international sphere, which coincides in some aspects with the penal reform that the current Spanish government is developing.

I. INTRODUCCIÓN

Existe una preocupación ciudadana en un estado de crisis económica como el actual, que no es otra que la de ver cómo de la comisión de determinados hechos delictivos se derivan beneficios de los que se sigue disfrutando después de salir de prisión.

Para evitar estas situaciones se regula la institución del comiso. Así la Convención de Viena trata el decomiso como la *privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente*[1].

En el código penal español actualmente se encuentra regulado en el libro I, aunque también en la parte especial, vinculado a algunos delitos como el blanqueo de capitales, delitos contra la seguridad vial, cohecho, o tráfico de influencias entre otros. Pero está en marcha una reforma definida por el Anteproyecto de 2013, y en cuya Exposición de motivos (apartado X) se dice que; "*el Código Penal contenía hasta ahora una doble regulación del comiso… Con la reforma, la regulación del comiso es sistematizada y desarrollada con carácter general para todos los delitos*[2]".

A lo largo de los años la institución ha evolucionado, y ha pasado de vincular directamente la privación de bienes o ganancias de hechos delictivos concretos a difuminar

[1] Convención de las Naciones contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, (art. 1)

[2] Anteproyecto contenido en el Texto enviado al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013

cada vez más esa relación directa entre hecho punible y el bien decomisado[3], a través del denominado comiso ampliado.

II. GLOBALIZACIÓN Y ECONOMÍA

Tras la II GM, la posterior caída del bloque soviético y el fin de la guerra fría, se impuso el sistema Neoliberal o Capitalista con el fin de poner en marcha la maltrecha economía mundial. Desde entonces el predominio y la presencia de las empresas internacionales y la paulatina desaparición del Estado y, con ello, las políticas proteccionistas de la economía[4], han provocado que en estos últimos años la sociedad haya estado marcada por el ritmo económico. En realidad esta situación no es tan novedosa, pues como bien señala ZAFFARONI, ni la sociedad ni la economía permanecen aparte la una de la otra sino que, a raíz de cambios y revoluciones importantes en el progreso se ha fraguado nuestra historia más reciente[5].

Para controlar algunos de los riesgos derivados de la sociedad globalizada se ha triplicado el sistema penal[6], es decir, los Estados han minimizado el bienestarismo creando un estado mínimo en lo socioeconómico y sin embargo máximo en el control social[7]. Por tanto, el auge y poder de las empresas internacionales han hecho remodelar el andamiaje clásico del Derecho penal predispuesto por los estados nacionales, y así se están viendo mermados muchos de los principios sobre los que se asentaban. En este contexto los Estados del siglo XXI afrontan la criminalidad.

La economía a gran escala comienza a tener peso, y consecuentemente se inicia su persecución penal. A partir del código penal de 1995 se introduce en nuestro país el elenco de delitos contra el orden socioeconómico, y se ubica junto a los delitos contra la propiedad, por lo que por vez primera se establece tal bien jurídico diferenciado y comienza el intervencionismo punitivo en esta materia[8]. Pero hacer frente a cierto tipo de criminalidad en la mayoría de las ocasiones organizada y transnacional[9], cuyos beneficios llegaron a alcanzar los 2.1 trillones de dólares durante 2009[10] no resulta una tarea fácil de abordar por los Estados nacionales. Esta motivación económica no se da en el caso del terrorismo, que no busca el beneficio

---

[3] GASÓN INCHAUSTI, F.; *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid, 2007, p. 70, comiso ampliado que también recibe el nombre de "potestad de decomiso ampliada".

[4] PORTILLA CONTRERAS, G.; "La configuración del <Homo Sacer> como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Ed.), Serta, *In memoriam Alexandri Baratt*a, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1405 quien establece que si hasta hace poco el "Estado funcionó como un Estado Providencia, omnipresente, la crisis del Estado fordista impide que se pueda continuar hablando del monopolio del sistema tradicional disciplinario", por lo que el nuevo régimen económico o postfordista, (p. 1406) "no es otra cosa que la mutación de la economía fordista con la desaparición del sistema taylorista, la supresión de las estrategias keynesianas sobre la intervención del Estado en la Economía".

[5] ZAFFARONI, E. R.; "Globalización y crimen organizado", que puede consultarse en p. 1 http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf. El autor afirma que la revolución Mercantil dio paso al Colonialismo, la Revolución Industrial al Neocolonialismo y la Revolución Tecnológica ha dado paso a la Globalización

[6] Ibídem. p. 8

[7] PEREZ CEPEDA, A.; *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, p. 34.

[8] DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; "Sanciones y reparación en el Derecho Penal Económico" en SERRANO-PIEDECASAS, J. R.; DEMETRIO CRESPO, E. (Directores); *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 188.

[9] Acerca de los tipos de qué entender por crimen organizado SERRANO-PIEDECASAS, J. R.; "Respuesta penal al crimen organizado en el código penal español", en *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 765-766

[10] United Nations Office on Drugs and Crime. Estimating illicit finantial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research Report October 2009. Ver en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf

económico, aunque obviamente las organizaciones terroristas necesitan recursos económicos para financiar su actividad[11].

Como ya hemos mencionado, para frenar estas actividades se entiende de manera generalizada que además del recurso a la pena privativa de libertad diseñada para cumplir una función preventivo general, resulta de vital importancia incidir de lleno sobre los beneficios, y para ello se regula el comiso[12], como instrumento que hace posible atajar la razón misma de la existencia de esta criminalidad. Es por eso que desde las instancias internacionales se viene demandando la regulación de instrumentos de esta índole de manera más contundente cada vez.

La naturaleza jurídica de consecuencia accesoria que hoy se le concede al comiso soporta esta idea, pues "destaca la orientación del comiso a la prevención de nuevos delitos. No en el sentido preventivo general o especial que poseen las penas, y que consiste en la contramotivación (subjetiva) para delinquir, sino como finalidad material de retirada de objetos y bienes que pueden propiciar nuevos delitos[13]".

III. EL COMISO

1. POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL ACTUAL

A nivel de Naciones Unidas ha habido varios instrumentos que han diseñado una completa Política criminal en torno al comiso, pasando éste de ser una herramienta secundaria a la primera línea de interés, como así resulta del análisis de la Convención de Viena de 1988, o la Convención de Palermo de 2000 y la Convención de Mérida de 2003.

También en el ámbito europeo ha habido varios instrumentos como la Acción Común de 1998, la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio o la Convención de Varsovia de 2005. Pero destacamos la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito* por el impacto que ha tenido en nuestra legislación nacional. Su finalidad es la de garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada, que al igual que ocurriera en muchos de los instrumentos mencionados anteriormente, en su art. 3.2 da la opción a que cada Estado miembro tome *"las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando: se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada".*

En su art.3 esta Decisión Marco promueve la tipificación del comiso ampliado, en el apartado 1, "*cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción: a) cometida en el marco de una organización delictiva*". El legislador español, en la reforma llevada a cabo por LO 5/2010 tomó de referencia la última de las Decisiones Marco que hemos mencionado para llevar a cabo la reforma.

1.1.PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA 2012

---

[11] GASCÓN INCHAUSTI, F.; "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba", en ROBLES GARZÓN, J. A.; ORTELLS RAMOS, M. (Directores); *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo I, Servicio de publicaciones, Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga, Málaga, 2006, p. 587

[12] BLANCO CORDERO, I.; "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos". Revue éléctronique de l'Association internationale de droit pénal. ReAIDP / e-RIAPL, 2007, A-01:1-19, p. 1, ver en http://hdl.handle.net/10045/9009

[13] GARCÍA ARÁN.M.; "De las consecuencias accesorias", en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (Dircs.); *Comentarios al Código penal. Parte general (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 952

En el año 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa, que dispone la desaparición de la estructura de los tres pilares sobre el que se sustentaba la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht[14]. Desde entonces el único instrumento legal es la Directiva (art. 83.1 TFUE), que además debe adoptarse por el tripartito institucional: Comisión, Parlamento Europeo y Consejo (Art. 294 TFUE).

Por otra parte y entrando en la materia concreta, el Programa de Estocolmo insta a los Estados a que el decomiso de los activos de origen delictivo sea más efectivo, es decir, a "aumentar la capacidad para investigaciones financieras y combinar todos los instrumentos disponibles en Derecho fiscal, civil y penal; debe llevarse a cabo un análisis financiero científico poniendo en común recursos, en especial con miras a la formación. La confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos[15]".

Quizás éste sea el motivo por el que ya en la materia que tratamos en este trabajo, existe una Propuesta de Directiva del año 2012[16], que pretende "*simplificar las normas vigentes y cubrir importantes vacíos legales que están siendo aprovechados por los grupos de delincuencia organizada. Reforzará la competencia de los Estados de la UE para decomisar los bienes transferidos a terceros, facilitará el decomiso de los bienes delictivos, incluso en caso de fuga del sospechoso, y garantizará que las autoridades competentes puedan embargar temporalmente bienes que podrían desaparecer de no tomarse medidas*[17]".

El objetivo de esta Directiva es el de "*responder al actual contexto económico de crisis financiera y ralentización del crecimiento económico, que crea nuevas oportunidades para los delincuentes, incrementa la vulnerabilidad de nuestra economía y de nuestro sistema financiero y presenta nuevos retos para las autoridades públicas a la hora de financiar las necesidades cada vez mayores de servicios sociales y asistencia*".

En la Directiva se define el comiso ampliado como aquel que *"supone el decomiso de activos que superan los ingresos directos de un delito de tal modo que no es necesario establecer una conexión entre los presuntos activos delictivos y una conducta delictiva determinada*".

Se apuntan los límites respecto del mismo, ya que en "el decomiso ampliado solo está permitido cuando un órgano jurisdiccional concluya, basándose en hechos concretos, que una persona condenada por una infracción penal posee activos que es considerablemente más probable que procedan de otras actividades delictivas similares que de otro tipo de actividades. Se da a la persona condenada la posibilidad efectiva de refutar dichos hechos concretos. Además, los poderes de decomiso ampliados no pueden aplicarse a los presuntos productos de actividades delictivas respecto de las cuales el interesado haya sido absuelto en un juicio anterior o en otros casos en los que se aplique el principio *ne bis in idem*". Y podrá aplicarse a los delitos definidos en el art. 83.1 TFUE[18].

En el **art. 4 de la Propuesta Directiva** se definen los poderes de decomiso ampliados de la siguiente manera:

"1. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, cuando un tribunal concluya, basándose en hechos concretos, que es considerablemente más probable que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas similares cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades.*

---

[14] Estructura que se incorpora por el Tratado de Maastricht de 1992 y donde solo dentro del primer pilar se hacía uso de los procedimientos legislativos de la UE, y los otros dos pilares se basaban en una cooperación intergubernamental entre los Estados miembros.

[15] *Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01, 4.05.2010) define los objetivos del Espacio de Libertad, seguridad y justicia para el periodo 2010-2014*

[16] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre el Embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea COM (2012) 85 Final

[17] Consultar en el propio portal de la Unión Europea, https://e-justice.europa.eu/content_confiscation-94-es.do

[18] Es decir, a los delitos de terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada

2. No se podrá proceder al decomiso cuando las actividades delictivas similares mencionadas en el apartado 1

a) no puedan ser objeto de un proceso penal por haber prescrito con arreglo al Derecho penal nacional, o

b) ya hayan sido objeto de un proceso penal resuelto con una sentencia firme absolutoria de la persona o en otros casos en los que se aplique el principio ne bis in idem."

2. NUEVO RUMBO DEL ANTEPROYECTO DE REFFORMA DE 2012

Frente a las clásicas formas de comiso[19], siguiendo la Política criminal diseñada por los instrumentos internacionales, desembarca en el código penal en 2010 el *comiso ampliado*, que como ya apuntamos, supone un salto cualitativo en la desvinculación entre hecho punible y el bien decomisado[20], pues "permite decretar el comiso no solo de los bienes vinculados con el delito objeto del concreto proceso, sino también el de otros bienes que sean el producto de delitos similares al enjuiciado, aunque estos otros delitos no se hayan probado ni sean objeto del proceso en cuestión[21]". Se trata por tanto de "aprovechar un proceso penal en curso para sancionar indirectamente a través del decomiso conductas distintas de aquéllas que son objeto actual de persecución[22]".

El legislador español hace así alarde de cumplimiento con la Política criminal exigida en la esfera internacional y por ese motivo, ya en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 reconocía la necesidad de poner nuestra legislación conforme lo dispuesto en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 febrero 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

El cambio producido en la legislación de 2010 respecto a la anterior de 2003[23] es notable, e introduce dos novedades principalmente: *1)* El *Comiso ampliado:* la presunción instaurada en el art. 127.1 párr. 2 supone poder decomisar los bienes "que se entienda" provienen de una actividad delictiva aunque sea imposible demostrarlo en el caso concreto, siempre que los ingresos sean desproporcionados, etc[24]. *2)* El *Comiso imprudente; se reintroduce* la posibilidad de aplicar el comiso de los bienes, medios, instrumentos y ganancias provenientes de la comisión de delitos imprudentes[25] en el art. 127.2, siempre que la pena prevista para tales delitos imprudentes sea superior a un año.

---

[19] Con carácter general se distingue el comiso de medios e instrumentos del comiso de efectos y ganancias.

[20] GASÓN INCHAUSTI, F.; *El decomiso transfronterizo de bienes*…, op. cit., p. 70, comiso ampliado que también recibe el nombre de "potestad de decomiso ampliada".

[21] GASCÓN INCHAUSTI, F.; "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba"…, op. cit., p. 592

[22] Ibídem.

[23] Mediante LO 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del código penal, el art. 127 CP introduce el comiso por valor equivalente, esto es, aquel que procedería en caso de que no fuera posible el comiso de los bienes vinculados al delito o las ganancias que de éste se obtuvieron, que ya fue criticado por la doctrina, así VALERO MONTENEGRO, L. H.; "Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la ley de extinción del dominio y en el comiso penal", en *Revista vía Iuris, Enero-Junio 2009*, Bogotá, p. 72 pues "no sería justo ni legítimo que en su defecto pudiera aplicar estas figuras sobre otros que el encausado ha adquirido lícitamente y sin relación alguna con el delito, simplemente con el argumento de que estos equivalen a los bienes o valores no encontrados".

[24] Figura jurídica que nos recuerda mucho al enriquecimiento ilícito regulado ya en muchos de los códigos penales latinoamericanos. Como afirma QUINTERO OLIVARES, G; "La reforma del comiso (art. 127)", en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.); *La Reforma penal de 2010*. Análisis y comentarios, Aranzadi, 2010, p. 108 Todavía "existe la necesidad de establecer una relación causal razonable entre el delito cometido (un delito concreto) y los bienes que se poseen".

[25] Con anterioridad al CP-95, el comiso también era extensible no solo a los delitos dolosos sino también a los imprudentes, pero la entrada en vigor del Código penal de 1995 acabó con tal extensión, lo cual supuso "una correcta restricción, que había venido reivindicando la doctrina alegando la inexistencia de razones político criminales que avalasen tal extensión a los comportamientos imprudentes", en MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tercera edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 215

La extensión que lleva aparejada el comiso ampliado "se vertebra en torno a una presunción, en cuya virtud se entenderá que el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el marco de la organización o grupo criminal, o por delito de terrorismo, proviene de la actividad delictiva siempre que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. Con el fin de evitar caer en una infracción de las garantías judiciales constitucionales, deberá interpretarse dicha presunción como *iuris tantum,* permitiendo por tanto la prueba en contra respecto del origen delictivo de los bienes[26]".

El comiso ampliado hoy en día solo sería aplicable a delitos cometidos en el marco de una organización criminal[27] o terrorista[28] o de un delito de terrorismo. Los requisitos para poder decretar el comiso ampliado son fundamentalmente tres: a) Una persona condenada, b) Cuyo patrimonio exceda lo que sus ingresos legales refleja y c) El comiso no se limita a bienes directamente relacionados con el delito objeto de condena[29].

La pregunta que nos hacemos desde 2010 es, por qué sólo a delitos relacionados con el crimen organizado y terrorismo, pues existen conductas individuales igual de graves. Estamos de acuerdo con LUQUIN cuando afirma que "si bien es cierto que la lacra del crimen organizado requiere ser combatido frontalmente, no es menos cierto que existen otros criminales igualmente dañinos para la sociedad que centran su actividad criminal en el ámbito financiero, realizando defraudaciones masivas que perjudican considerablemente a la sociedad[30]", así, advierte que resultaría interesante no dar la opción a los grandes defraudadores de la banca de pasar un número de años en la cárcel y salir después para disfrutar de ese patrimonio criminal adquirido[31].

Éste es el motivo por el que pese a ser una reforma reciente, en el Anteproyecto de reforma se prevé otra de hondo calado penal. El mayor de los cambios se debe a la extensión del comiso ampliado a más delitos de los previstos en 2010, a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, corrupción en el sector privado, delitos informáticos).

Como sabemos, éste se basa en una presunción legal de origen ilícito y en la inversión de la carga de la prueba, que en verdad son sólo facetas de un mismo fenómeno[32]. Podría afirmarse que el comiso ampliado contiene una presunción de origen ilícito respecto de determinados bienes que exigen a la parte acusada la prueba sobre su procedencia lícita para no proceder al comiso de los mismos[33].

En sentido contrario a esta forma de legislar se pronuncia parte de la doctrina alegando que "no se puede dar por probada de forma incidental la procedencia ilícita de ciertos bienes. Ello exige un nuevo juicio con su correspondiente prueba[34]", por lo que el comiso solo podría decretarse respecto de <aquellos elementos patrimoniales> que provengan de esa específica acción delictiva, siendo de otra manera presentaría rasgos similares a lo que era la antigua

---

[26] HAVA GARCÍA, E.; "Comiso (art. 127 y Disposición final sexta)", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), en Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 161

[27] Se entiende desde el Derecho penal español que hay que acudir a los artículos 570 bis y 570 ter para definir organizaciones criminales y grupos criminales respectivamente.

[28] Para Esther Hava hacer alusión al "terrorista" parece superfluo pues acto seguido se hace alusión al delito de terrorismo. Ver en HAVA GARCÍA, E.; "Comiso (art. 127 y Disposición final sexta)",… ob. cit., p. 161

[29] BLANCO CORDERO, I.; "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en PUENTE ABA, L. M.; *Criminalidad organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*, P. 102-103

[30] LUQUIN, E.; "Repensando el Ius Puniendi ", en en PÉREZ ÁLVAREZ, F.; (editor), en *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, P. 446

[31] Ibídem.

[32] GASCÓN INCHAUSTI, F.; "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba"…, op. cit., p. 597

[33] Ibídem.

[34] CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.; *Análisis jurídico penal de la figura del comiso,* Comares, Granada, 2004, p. 48-49.

confiscación de bienes[35]. Ciertamente en determinados casos resulta muy censurable que la injustificación por parte de la persona sea tenida como indicio de un origen delictivo, sin embargo la respuesta penal a estos hechos se hace necesaria. Para una regulación más justa habría que distinguir el comiso de los bienes del comiso de las ganancias[36] y establecer siempre un límite cuantitativo[37].

De igual manera, ante las dificultades que plantea el comiso ampliado propone CORDERO BLANCO que se establezca un procedimiento separado para enjuiciar el comiso, ya sea de carácter accesorio o independiente del proceso penal principal, que permitiría imponer el comiso con independencia de que se haya producido la condena de una persona[38].

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien comencé exponiendo mi preocupación como ciudadana sobre la creación y existencia de determinados patrimonios criminales, mi acercamiento al tema como penalista no puede dejar de lado las garantías propias que rodean al Derecho penal.

Ciertamente la mayoría de las veces es difícil establecer un vínculo entre esos hechos delictivos y los beneficios derivados de ellos, por lo que se recurre a las presunciones legales para resolverlo e intentar que las personas responsables cumplan un número de años de condena pero que al salir no disfruten de ese patrimonio forjado al hilo de las actividades delictivas previas.

No negamos la buena intención de la Política criminal forjada alrededor del comiso en los últimos años, sin embargo no pueden negarse las dificultades de tales bondades y su impacto en un Estado social y democrático de Derecho.

Partimos de la idea de que el comiso ampliado es necesario, pero resulta criticable que el legislador lo extienda tanto a los bienes como a las ganancias, pudiendo reducir su aplicación solamente a las ganancias, y siempre estableciendo un límite cuantitativo para evitar que el comiso pueda abarcar todo el patrimonio de la persona.

Otra de las preocupaciones acerca de una regulación de tales características es el riesgo de contagio que estas disposiciones de presunción de origen ilícito y carga de la prueba lleguen al ámbito de la delincuencia clásica y sigamos cargando con respuestas penales siempre a los mismos, dejándoles desprovistos de las garantías más esenciales.

Aunque la reforma del comiso es una reforma bienintencionada, pues urge a nivel global regular la criminalidad de los poderosos, la misma no puede abordarse por cualquier medio pasando por alto garantías inherentes al Derecho penal.

---

[35] Ibídem.

[36] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; "Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico" en PÉREZ ÁLVAREZ, F.; (editor), en *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 482, para quien el comiso de valor equivalente resulta adecuado para el caso de las ganancias pero no para el de los medios o instrumentos, y añadimos que esta opción sería igualmente aplicable al comiso ampliado.

[37] QUINTERO OLIVARES, G.; "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, nº 12, 2010, P. 5

[38] BLANCO CORDERO, I.; "Comiso ampliado y presunción de inocencia" en PUENTE ALBA, L. M. (Directora), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*, Comares, Granada, 2008, p. 105.

BREVES APUNTES SOBRE EL SISTEMA DE CORRUPCIÓN PÚBLICA: PLANTEAMIENTO CRIMINOLÓGICO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Erick Vladimir Guimaray Mori

RESUMEN: El fenómeno jurídico-social de la corrupción es uno de los problemas más importantes y graves de una sociedad. Y ello no solo por suponer un beneficio particular por sobre los legítimos intereses de la comunidad en su conjunto, sino, principalmente, por el efecto de exclusión en los ciudadanos respecto de los beneficios de la administración estatal de recursos, la misma que debería beneficiar a todos por igual basándose los principios de objetividad y legalidad. El legislador penal consciente de la envergadura del problema instrumentaliza una serie de figuras jurídico-penales de prohibición y sanción de conductas llevadas a cabo por funcionarios públicos en ejercicio y -beneficio propio- de las funciones que el Estado descarga sobre ellos. Así, en términos político-criminales, se busca responder con igual intensidad un fenómeno tan sofisticado como dañino: el sistema de corrupción pública.

***Palabras clave*:** corrupción pública, funcionario público, interés público, beneficio privado y tipificación penal.

ABSTRACT: The social phenomenon of corruption is one of the most important and serious a society problems. And this not only for suppose a particular benefit above the legitimate interests of the community as a whole, but, mainly, by the effect of exclusion on the citizens about the benefits of a State administration of resources that should benefit equally to all on the basis of the principles of objectivity and legality. The legislator, aware of the magnitude of the problem criminal clarified a series of juridical figures of prohibition and punishment of conduct carried out by officials public in exercises and - profit - functions which the State discharges on them. Thus, Político terms, seeks to respond with equal intensity a so sophisticated as harmful phenomenon: the system of public corruption.

Key words: Public corruption, public official, public interest, private gain and corruption criminality.

Introducción

Las líneas que siguen son parte del trabajo de investigación encargado para finalizar los estudios de Máster en la Universidad de Cádiz. Se trata de presentar algunas ideas que describan criminológicamente el objeto de estudio, sus principales características, variantes e impacto negativo en la sociedad. Para luego esbozar, en los términos que el espacio asignado permite, las principales instituciones del razonamiento penal presentes en la tipificación de los delitos contra la Administración Pública.

La corrupción pública, y aunque esto muchas veces pase desapercibido, incide en el ejercicio de una serie de derechos fundamentales para el libre desarrollo y participación social de las personas. Es decir, cuando los recursos del Estado se asignan guiados por intereses privados, y en tanto ello ineficientes para la comunidad, el impacto sobre la asignación de servicios públicos sufre una serie de tergiversaciones, no solo en su dación, sino también en su calidad y, muchas veces, en su costo. Algo que repercute, si bien en distintos grados, en la calidad de vida de las personas. Pensemos por ejemplo en quienes dejan de percibir una jubilación justa porque determinada partida presupuestaria ha sido desviada hacia otros fines aparentemente lícitos, pero que en verdad solo sirvieron para beneficiar ilegalmente a unos pocos.

De otro lado, la respuesta político-criminal frente al fenómeno jurídico-social de la corrupción también tendrá que asirse de una serie de instrumentos que permitan su control, persecución y

sanción. Si bien es cierto la importancia de los intereses lesionados fundamenta de sobremanera la atención del ordenamiento penal, no es este el único medio con que cuenta el sistema social para hacer frente a la degradación de un principio básico de convivencia pacífica, el cual se refiere a que nadie puede beneficiarse exclusivamente de aquello que está pensado para el beneficio de todos. Por ejemplo, un método sumamente utilizado es la transparencia institucional como medida efectiva que impide, o por lo menos obstaculiza, las gestiones ilegales que necesitan de la clandestinidad para tener éxito.

Las siguientes líneas buscan describir el problema de la corrupción pública y también la forma en la que el legislador penal hace frente a este tipo de criminalidad. Además, intento apuntar ciertas ideas en torno a las figuras jurídico penales involucradas. Si, de pronto, el lector estima como razonable alguna de ellas, habré cumplido mi propósito.

I. Planteamiento criminológico del fenómeno jurídico-social de la corrupción

El denominador común de los actos que se llevan a cabo en el funcionamiento del sistema de corrupción pueden describirse, principalmente, en dos características fundamentales: i) se trata de personas con poder político que utilizan parcelas de la gestión pública, sobre las que tiene injerencia directa o indirecta, en beneficio privado, propio o de terceros; y, ii) el mecanismo de corrupción que se lleva a cabo es complejo, coordinado y estratégico, involucrando en la mayoría de los casos la presencia de algún particular interesado en determinada gestión estatal, el cual a cambio de la ventaja recibida por la Administración paga en secreto por los "servicios" brindados.[1]

La función pública puesta al servicio de intereses privados necesariamente incide de forma negativa en algún sector de la sociedad y la complejidad de la operación no solo obstaculiza la labor de persecución y captura de los responsables, sino que en muchas ocasiones para comprender a cabalidad del entramado corrupto es necesario partir de sus resultados finales.

El análisis del fenómeno jurídico-social de la corrupción es tan complejo como las estrategias de las que se valen sus protagonistas para tener éxito, por ende, las siguientes líneas buscan aproximar al lector a una visión general desde el plano criminológico del concepto en mención.

Etimológicamente el vocablo "corrupción" proviene del verbo en latín *"rumpere"* que significa arrancar. Se decía, metafóricamente, que al hombre corrupto le habían arrancado el alma, no físicamente, sino moralmente.[2] Aunque el cambio de los parámetros sociales sea algo connatural a la evolución social, hoy en día la raíz latina del término sigue vigente en su noción básica.[3] Así, éticamente entendida *«En la corrupción se estima una mezcla de deslealtad con apropiación de aquello que se administra para el resto, y por ello la palabra conlleva la repulsa»*.[4] De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española y en referencia a las organizaciones públicas, el término corrupción supone *la utilización de las funciones y medios públicos en beneficio de sus propios gestores*.

Una conducta se califica como corrupta porque quien la realiza utiliza el poder del que dispone guiado por intereses distintos al del titular del poder cedido.[5] Y esta definición es

---

[1] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen en ella.* Estudios de Derecho Penal. Granada: Comares, 2004, pp. 4.

[2] ZAÑARTU, Mario. "El contexto humano de la corrupción". En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996, pp. 15.

[3] CORTINA, Adela. LA regeneración moral de la sociedad y de la vida pública. En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 30.

[4] SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, pp. 96.

[5] *Ibíd.* pp. 15-16.

aplicable tanto si se trata de corrupción en el sector privado o en el sector público. En lo concerniente al sector público, la voluntad o interés que el acto corrupto trasgrede se encuentra en el mandato constitucional de objetividad y legalidad que rige la Administración Pública (art. 103 CE). Interés general y prestacional cuyo titular es la propia sociedad, motivo por el cual se habla de gestión pública.[6] Por tanto, la corrupción pública se define como las acciones que pervierten el fin prestacional de la Administración.[7] Se trata de conductas que desvían el poder público hacia intereses o poderes particulares.[8] Es decir, el beneficio privado se convierte en la causa o motivo del acto público.[9]

Un sistema de administración estatal corrupto contraviene un principio general, propio de los países civilizados, según el cual quedan excluidos de las funciones públicas quienes se encuentren privadamente interesados en ella.[10] Y si quedan excluidos es porque la concepción administrativa-ejecutiva sometida a la Ley y al Derecho no puede ser cambiada por una voluntad administrativa particular.[11]

Desde el plano práctico o de funcionamiento, el fenómeno de corrupción pública se caracteriza por aprovechar el monopolio del uso de la fuerza y de la administración de los recursos, con que cuenta el Estado, a favor de un ilegítimo interés particular. En las transacciones corruptas se utilizan herramientas propias de la economía y del mercado para fines capitalistas.[12] Es decir, siendo que es el poder de la Administración la herramienta que el funcionario ofrece y que el particular necesita, la concentración de poder con que cuenta el Estado hace casi indefectible la consecución del beneficio buscada por el particular interesado.[13] Y esto hace de la ilegal transacción (poder público – beneficio privado) una operación altamente rentable. De esta forma, los actos de corrupción suelen insertarse como parte del intercambio clandestino que opera en los mercados social, político y económico.[14]

Las conductas de corrupción se pueden presentar en distintos niveles de la organización social, por ejemplo en el plano económico y del mercado (de ahí que se tipifique conductas de *corrupción de particulares*[15]) o en el plano político, que probablemente sea el de mayores

---

[6] Una nota característica del nuevo Estado liberal es que la sociedad y sus nuevas exigencias, en desmedro del autoritarismo, empezaban a ser fundamento de la ley. Sobre esta afirmación ver en: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Cuarta edición. Marina Gascón (traducción). Madrid: Trotta, 2002, pp. 23.

[7] DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública. En: AA.VV. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Vol. III. Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002, pp. 174.

[8] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 192.

[9] VIRGOLINI, Julio. Crímenes excelentes. *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Colección Tesis Doctoral 2. Edmundo Hendler e Ignacio Tedesco (Directores). Buenos Aires: Editores del pueblo, 2004, pp. 258.

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Op Cit.* pp. 18. Ver también: AEDO, Cristian. Reflexiones sobre la corrupción. En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996, pp. 21.

[11] PAREJO, Luciano. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 118.

[12] PECES BARBA, Gregorio. «La corrupción en las Instituciones y en la sociedad civil». En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 21.

[13] ZARZALEJOS, Antonio José. *«Descripción del fenómeno de la corrupción»*. En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 14.

[14] VELASCO, Demetrio. «Corrupción pública e inmoralidad privada». En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 42

[15] Sistemáticamente, de acuerdo al Código Penal la conducta tipificada en el art. 286 bis se enmarca en el Capítulo XI de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Sin embrago, para un sector de la doctrina no sería solo la competencia el interés tutelado en los delitos de corrupción entre particulares. Sobre esta interesante discusión, ver en: BOLEA BARDON,

repercusiones sociales o en todo caso el que mayor estupor causa en la sociedad.[16] En este sentido, la corrupción política se define como *«el hecho ilícito realizado por un representante del pueblo elegido por sufragio universal, o vinculado a un partido político, quien en virtud de su posición actúa bien para beneficio personal, bien para otra persona relacionada (o no)»*.[17]

Cabe anotar que en la gran mayoría de los casos el fin de la actividad de corrupción es el beneficio económico, pero no es el único caso.[18] Los réditos de un acto de corrupción en el ámbito político, por ejemplo, pueden consistir en la obtención de mayor poder. De otro lado, limitar el objeto de reproche penal al ilícito enriquecimiento de los funcionarios, traería como consecuencia que no exista responsabilidad penal allí donde la estrategia corrupta no devengue réditos.

El catálogo de conductas de corrupción es inabarcable, así como los intereses involucrados en dicha actividad. Desde la promulgación de leyes favorables a cierto sector empresarial, hasta la debilidad o inutilidad que los propios incriminados o acusados producen en la investigación y juzgamiento de sus delitos, pasando por las clásicas conductas de sobornos y colusiones ilegales entre funcionarios públicos y particulares interesados en alguna contratación estatal. Sin embargo, la corrupción es mucho más que el ilícito y reprochable beneficio particular de una persona o de un sector empresarial. Un sistema de corrupción pública incide negativamente en la configuración de las relaciones sociales instituidas de acceso y goce de las ventajas y protecciones que proporciona una administración legal de los recursos públicos. Generando con ello el efecto más pernicioso de la corrupción: un proceso de exclusión.[19] Derechos tales como la salud, la vivienda, el trabajo, etc., pensados para toda la ciudadanía, el sistema de corrupción los convierte en intereses negociables distorsionando así la noción más básica de justicia social, que lejos de ser previsible e igualitaria resulta siendo negociable y arbitraria.

Así, partiendo del palpable daño económico contra el erario público, con la consecuente desatención del algún sector social como legítimo beneficiario del gasto público, los efectos perniciosos de la corrupción pública inciden sobre el desarrollo y la justicia social de un país.[20] En efecto, en cuanto a las obras públicas, por ejemplo, cuando el contrato se realiza en virtud de intereses personales y sin las garantías de imparcialidad y objetividad que deberían haber primado, la ejecución de la obra se lleva cavo mediante el diseño y los materiales que menos costos le generen a la empresa contratista (pues se trata de recuperar la "inversión" realizada ante el ente público[21]) con el lógico perjuicio de los usuarios con la deficiente construcción. Del mismo modo, podría ser que gracias a un entramado malversador, un hospital haya adquirido medicamentos caducos, ocasionando, por lo menos, complicaciones de salud en los pacientes que dependan de tales fármacos.

Carolina. «El delito de corrupción privada. El bien jurídico, estructura típica e intervinientes». Revista electrónica Indret. Barcelona, marzo 2013, pp. 10-14. Página web consultada el 15 de julio de 2013. NAVARRO FRÍAS, Irene y Lourdes V. Melero Bosch. «Corrupción entre particulares y tutela del mercado». Revista electrónica Indret. Barcelona, Octubre de 2001, pp. 15. Página consultada el 04 de agosto de 2013. «www.indret.com».

[16] DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública*. *Op Cit*, pp. 6.

[17] JIMÉNEZ, Juan Luis. «Corrupción local en España». Cuadernos Económico de ICE. Nº 85, 2013 pp. 24. Página web consultada el 4 de septiembre de 2013. «www.revistasice.com».

[18] ARTAVIA ARAYA, Fernando. «Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción». Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica. Nº 119, 2008 (I), pp. 16.

[19] VIRGOLINI, Julio. *Op Cit*, pp. 261.

[20] Entiendo con este término el otorgamiento objetivo e imparcial de las prestaciones que el Estado pueda procurar. Sobre este punto: AEDO, Cristian. «Reflexiones sobre la corrupción». En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996, pp. 24.

[21] Sobre las garantías legales que deben guiar la contratación pública, ver en: GIMENO FELIU, José María. *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación a España)*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 128.

Sin embargo, estos daños que se especifican en una concreta gestión institucional corrupta no son los únicos. Desde una perspectiva *macro* los altos índices de corrupción disminuyen el crecimiento económico de un país, pues un sistema económico irregular, poco previsible y garantista eleva los costos del mercado con el resultado lógico de ahuyentar la inversión.[22] Así mismo, el sistema de corrupción puede comprometer seriamente la sostenibilidad de los recursos naturales de un país (una concesión de explotación minera a una empresa que jamás realizó un estudio de impacto ambiental). Es más, desde el plano supranacional, cuando las instituciones públicas son contaminadas por prácticas corruptas no solo pierden legitimidad frente a la ciudadanía, sino que reflejan el poco o nulo afianzamiento democrático de sus instituciones.[23]

Si esto es así, se puede afirmar que la corrupción es probablemente el problema social más crucial de los que obstaculizan el desarrollo de una nación, pues perjudica el correcto funcionamiento de todas las instituciones sociales.[24] Sin embargo, las medidas de control y sanción no son exclusivas del Derecho penal, medidas tales como la educación en valores, la elección de los profesionales más competentes o la reducción de facultades discrecionales en los funcionarios públicos parecen ser herramientas idóneas que permitan desestabilizar el sistema de corrupción. Así mismo, mientras mayores sean los niveles o mecanismos de transparencia institucional menores serán los espacios donde se puedan llevar a cabo conductas de corrupción.[25]

Sin perjuicio de lo expuesto, un correcto planteamiento político criminal solo puede aspirar a reducir razonablemente la actividad criminal de corrupción hasta grados inferiores de impacto negativo en el funcionamiento de las instituciones públicas.[26] Y esto es así porque eliminar la actividad delictiva dentro de una sociedad parece ser algo utópico, y con mayor razón cuando se trata de la corrupción: un "mal social" que ha acompañado a todas las sociedades a lo largo de la historia.[27] Casi como si fuese parte de la naturaleza humana.[28]

II. Elementos comunes en el castigo de conductas contra la Administración Pública

El CP español regula los delitos contra la Administración Pública en su Título XIX. Sin embargo, no es este el único apartado, del cuerpo normativo en mención, donde se haga referencia a tal estatus. A continuación se exponen algunas consideraciones acerca de esta observación, centrando el análisis en lo referente a los delitos contra el fin prestacional del Estado.

En primer lugar, el Código penal español ratifica la concepción de que el Derecho penal se dirige sobre las conductas de peligro o lesión efectiva contra bienes jurídicos, no así sobre los resultados de la misma, sin que ello quiera decir que el resultado físico no es valorado en el razonamiento penal. Por ejemplo, en el delito de cohecho basta la sola solicitud de un beneficio o ventaja ilícita por parte del funcionario para que el tipo penal se configure. También en el delito que sanciona la revelación de secretos (art. 417 CP), no se exige, en términos de prohibición penal, que tal acto genere daños contra los titulares de la información, antes bien, el

---

[22] JIMÉNEZ, Juan Luis. *«Corrupción local en España»*. Cuadernos Económico de ICE. Nº 85, 2013, pp. 25. Página web consultada el 4 de septiembre de 2013. «www.revistasice.com».

[23] HEGEMANN, Petra and Sergio A. Berumen. «A neoschumpeterian review of the impact of corruption on competitiveness and foreign direct investment». Revistas Científicas Complutenses. Papeles de Europa. Vol. 22, 2001, pp. 41.

[24] BOLEA BARDON, Carolina. *Op* Cit, pp. 3 / 10.

[25] JIMÉNEZ, Juan Luis. *Op Cit,* pp. 29

[26] BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 20.

[27] ZARZALEJOS, Antonio José. *Op Cit,* pp. 11.

[28] VIRGOLINI, Julio. *Op Cit,* pp. 242. PECES BARBA, Gregorio. *Op Cit,* pp. 19.

perjuicio solo gradúa el *quantum* de pena a imponer. Respecto del delito de tráfico de influencias (art. 428 CP), del mismo modo, el resultado fáctico de la conducta prohibida solo agrava la sanción penal. En el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP) basta, a efectos de prohibición penal, con el ofrecimiento por parte del particular interesado de cualquier beneficio indebido hacia el funcionario internacional, para sancionar la conducta. Pasa lo mismo en el delito de prevaricación (art. 404 CP) donde la resolución injusta y arbitraria no tiene que perjudicar a nadie en particular para ser sancionada.

En segundo lugar, en la tipificación de conductas lesivas del bien jurídico "correcta Administración Pública", el legislador habría previsto el tipo de injusto del delito omisivo. En doctrina se distingue entre el delito de omisión propia y el de omisión impropia o comisión por omisión. Según amplia mayoría,[29] el primer caso se trata de la no realización de una conducta exigida por la ley (trasgresión de una norma preceptiva), donde el acaecimiento de un resultado típico no es elemento del tipo y en consecuencia no se exige la evitación del mismo por el agente. Por ejemplo, el art. 412.3 CP que sanciona al funcionario que obligado por su cargo no preste el auxilio requerido por un particular. Por otro lado, el delito de omisión impropia se caracteriza porque al *garante* le es impuesto un deber de evitar el resultado típico. Así, se dice, los delitos de comisión por omisión son equiparables al delito de resultado.[30] Un ejemplo de esta clasificación podría ser lo estipulado en el art. 432 CP donde se sanciona al funcionario que permitiese que un tercero sustraiga efectos o caudales públicos, cuando la evitación de tal suceso, de forma directa o no, haya estado dentro de sus atribuciones funcionariales.

Sin perjuicio de los antes dicho, si algún mandato expreso contenido en la Ley se dirige exclusivamente al funcionario público es porque el razonamiento que le atribuye responsabilidad penal parte de la constatación que sobre el ejercicio de la función pública rigen una serie de obligaciones o deberes jurídicos. Y si ello fundamenta el desvalor la conducta del funcionario (y no de los demás intervinientes, por ejemplo), poco aporta la distinción entre si su conducta se llevó a cabo por omisión propia, por omisión impropia o por comisión delictiva. Pues, desde un plano valorativo: i) el deber de garante ha de exigirse en ambos tipos de omisión; y, ii) la evitación de un resultado típico no solo subyace al delito de omisión impropia,[31] sino que es elemento fundamental por el que se prohíben conductas, es decir, también abarcan a los delitos de omisión propia. Por último, distinguir entre la acción y la omisión arrastra consigo un sesgo causalista, que poco ayuda en la definición del comportamiento típico (se puede "omitir" un deber a través de la "comisión" de otro delito) contenido en la norma penal, que por lo demás, tiene naturaleza valorativa.

En tercer lugar, el art. 22.7 CP estipula como circunstancia agravante (genérica) que el agente, en la comisión del delito, se prevalezca de su posición como funcionario público.[32] El fundamento de esta disposición radica en que si el Derecho penal sanciona conductas, será en ellas donde se desvalore el aprovechamiento indebido de la función pública. Sin embargo, esta agravante no opera en todos los supuestos, sino solo en los tipos penales comunes donde el agente se valga de las ventajas que le otorga el ejercicio de la función pública.[33] De lo contrario, se sancionaría a un funcionario público por el simple hecho de serlo, trasgrediendo

---

[29] Por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5º edición. Miguel Olmedo Cadente (traducción). Granada: Comares, 2002, §58, pp. 652.

[30] JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Op Cit*, §58, pp. 654.

[31] Sobre las supuestas diferencias entre los delitos de omisión, específicamente, ver en: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (traducción de la segunda edición alemana Gotinga – 1982). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 282-284.

[32] En doctrina se menciona que el precepto del 22.1 y el 22.2 (alevosía y abuso de superioridad, respectivamente) también podrían ser formas agravadas que alcancen a la comisión delictiva a través del aprovechamiento el poder público. Algo en lo que no estoy de acuerdo, no por el razonamiento utilizado, sino por la innecesariedad de prever distintas formas de calificar un mismo supuesto de hecho. Ver en: DE LA MATA BARRANCO, Norberto. «El funcionario público ante el Derecho Penal». Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 20, enero de 2010, pp. 24.

[33] ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte Especiale II. Settima edizione Aggiornata di Luigi Conti. Milano: Giuffré editore, 1977, pp. 714.

así los principios del vigente *Derecho penal de hecho*. Entonces, por ejemplo, si un funcionario público dejara de cumplir sus deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, claramente la tipificación de su conducta en el art. 226 CP no será agravada en virtud de su cargo. Lo contrario sucede si un funcionario valiéndose de su autoridad y sin que medie causa legal detiene a otra persona. En este caso, distinto al común de los supuestos, el art. 167 prevé la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior, además de la inhabilitación absoluta.[34]

En este orden de ideas, el Código Penal prevé dos supuestos de hecho que excluyen la responsabilidad penal del funcionario público en ejercicio de su cargo. Así, el art. 20.7 CP menciona que están exentos de responsabilidad criminal los que obren en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En un ordenamiento penal donde es clave el elemento del tipo referido a la ilegalidad del acto realizado por el funcionario es lógico concluir que la exención de responsabilidad del art. 20.7 CP tiene sentido, pues en tales supuestos no existe lesión del algún bien jurídico. Es decir, siendo que la afectación del bien jurídico es un dato valorativo, la lesión física del objeto del bien jurídico carece de relevancia penal cuando se trata de una lesión autorizada por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, respecto de lo que en doctrina se conoce como *obediencia debida* solo habrá que apuntar la constatación de que en un Estado de derecho solo son órdenes vinculantes las que se ajustan al ordenamiento jurídico.[35]

Si esto es así, tanto el ejercicio del cargo como la obediencia debida son supuestos de actuación jurídicos y por ello, como en cualquier otra conducta ajustada a derecho, no acarrean responsabilidad penal.

En algunos supuestos típicos el estatus de autoridad o funcionario público, sin que se trate de delitos contra la Administración Pública, fundamenta la propia prohibición penal, como sucede, entre otros ejemplos, con el art. 174 CP, que sanciona la tortura, en el art. 219 CP que castiga la autorización de un matrimonio conociendo sus vicios de nulidad y en los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, del Título XVI del Código Penal, donde se sanciona al funcionario o autoridad que conociendo la ilicitud de un proyecto (sea de construcción, derribo o funcionamiento de industrias o actividades contaminantes) avale o resuelva a favor del otorgamiento de licencia para determinadas actividades (arts. 320, 322 y 329 CP).

En cuarto lugar, el Código Penal recoge como pena privativa de derechos la inhabilitación absoluta y especial del cargo público, así como su suspensión (art. 39). La inhabilitación absoluta (art. 41 CP) supone la privación la todos los cargos, honores y empleos públicos que ostente el penado, aunque alguno de ellos no haya sido utilizado para delinquir, a diferencia de la inhabilitación especial o de la suspensión. Por lo demás y de acuerdo al art. 32 CP, la suspensión o inhabilitación del cargo puede imponerse como pena principal (cuando así lo estipule el propio tipo penal) o como pena accesoria (cuando la ley declare que otras penas las llevan consigo -art. 54).

La inhabilitación tiene mayor trascendencia que la sola consecuencia directa ante el abuso del poder para cometer delitos. En ocasiones es una respuesta lógica ante la comisión de conductas delictivitas que sin estar referidas a un concreto ejercicio de la función pública, sí muestran falta de idoneidad para su eventual ejercicio.[36] Es el caso del art. 196 CP donde se sanciona a quien estando obligado a ello deniegue o abandone los servicios sanitarios poniendo en grave peligro la salud de las personas. Puede que se trate de un enfermero contratado por una clínica particular, pero su conducta, a criterio del legislador, lo descalifica también para ejercer la función pública de administración del servicio de salud. Por ello, el artículo en mención prevé como sanción, además, la inhabilitación especial para empleo o

---

[34] Más ejemplos de conductas delictivas comunes agravadas por el estatus de funcionario público de su autor, se encuentran en los arts. 175, 177 bis 5, 183.5, 204, 222, 369.1, entre otros, del CP.

[35] MEINI, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*. Lima: Ara editores, 2009, pp. 129.

[36] La idoneidad para el cargo público es un requisito indispensable, de ahí que se sancionen conductas de usurpación como la del art. 402 CP.

cargo público. Inhabilitación especial, porque para lo único que se ha mostrado ineptitud es para la función de brindar atención sanitaria, no así, por ejemplo, para el ejercicio de la función estatal recaudadora de impuestos.

En quinto lugar, respecto del elemento subjetivo del tipo, el legislador penal ha previsto como punibles solamente las conductas dolosas en los delitos contra la Administración Pública. Y esto es un acierto en la legislación. En efecto, el dolo presupone el conocimiento de los presupuestos materiales positivos y negativos que sustentan la punición de una conducta. No se trata de averiguar la voluntad del delincuente, como sí de atribuirle una serie de conocimientos propios de las relaciones sociales en las que participa. Y este punto es absolutamente relevante en el análisis de la conducta de corrupción, y en general, de conductas contra la Administración Pública. Es decir, los funcionarios públicos están conscientes de los deberes y derechos que el Estado descarga sobre ellos, y es que el acto de asunción del poder de vincular al Estado con sus actos es una decisión voluntaria, autónoma y racional, lo cual legitima en todos sus extremos la eventual atribución de responsabilidad (penal o administrativa) ante la defraudación de los deberes funcionariales. Desde este razonamiento, resulta lógico que el legislador haya previsto solamente la sanción dolosa de los comportamientos contra la Administración.

Sin embargo, siendo que el dolo no abarca la calificación jurídica del comportamiento, puede que el funcionario público, en los hechos concretos, no se haya percatado de que su conducta se subsume en algún tipo penal de los previstos en el Título XIX del CP. Lo cual carece de relevancia en un sistema de atribución de conocimientos. Salvo, claro está, que el funcionario no haya podido conocer la ilicitud de su conducta.

Finalmente, los delitos que el Código Penal tipifica a partir del art. 419 (y hasta el 445) podrían calificarse como delitos de corrupción en sentido estricto, por la sencilla razón de que el legislador explicita en el hecho alguna conducta donde un funcionario se aprovecha de su cargo buscando algún beneficio, propio o de tercero. Es el caso por ejemplo, de conductas como el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación, por citar algunos ejemplos. Esta constatación tiene sentido si se advierte, además, que existen otros tipos penales donde se sanciona el incumplimiento de algún deber funcionarial sin que se requiera una conducta corrupta (en el sentido de desviación del poder público en beneficio privado), como sucede, por ejemplo, cuando un funcionario se negase a dar cumplimiento de una resolución emitida por su superior jerárquico (art. 410 CP) o cuando no se negase el auxilio requerido a la Administración de Justicia (art. 412 CP), por motivos estrictamente personales o por simple irresponsabilidad del agente (pensamos en el caso de rencillas personales o en utilizar el horario de trabajo para actividades de otra índole).

Si esto es así, se puede afirmar que el bien jurídico “correcta Administración Pública” puede ser lesionado por conductas de distinta naturaleza, que incluyen o no prácticas corruptas en sentido estricto. Por lo demás, si los comportamientos que lesionan el interés protegido en mención, cuando no se refieran a actos de corrupción, tienen o no la suficiente gravedad para estar recogidos en el Código Penal es una cuestión que tendrá que definirse de acuerdo a las bases político-criminales que el legislador maneje, aunque como primera impresión parece ser que solo resulta legítimo sancionar penalmente los comportamientos que tergiversen el servicio público haciéndolo vendible y escaso, como sucede cuando la administración de recursos se realiza de forma corrupta.

Conclusiones

Los actos de corrupción se registran en todas las sociedades de mundo, con mayor o menor grado de impacto, institucionalidad o cotidianidad. La sistematicidad en la tipificación de los delitos contra la Administración pública, y en específico, contra su correcto funcionamiento

permite a los operadores jurídicos contar con herramientas más eficiente para hacer frente al sistema de corrupción cada vez más nutrido, interconectado y, lo que es peor, dispuesto a pasar por alto cualquier principio ético conocido.

Probablemente, las consecuencias nefastas del fenómeno jurídico-social de la corrupción no solo tengan que ver con su efecto de exclusión en la sociedad, sino también con los actos posteriores de obstrucción en el juzgamiento o investigación de los responsables, pues sin la garantía de un proceso penal objetivo y razonable que sancione a los responsables, el mensaje de impunidad solo reafirma la rentabilidad de las prácticas corruptas, y en tanto ello, la creciente desconfianza en la ciudadanía acerca del destino de sus recursos.

El Código Penal incorpora una serie de figuras jurídicas que abarquen en su totalidad la respuesta político criminal ante una de las formas delictivas altamente perniciosa. Desde la sanción de inhabilitación hasta el castigo de los particulares inmiscuidos en las actividades que tergiversan el fin prestacional de la Administración. Sin embargo, además de una exhaustiva tipificación hace falta la labor interpretativa del operador jurídico, que permita adecuar la taxativa tipificación a los múltiples escenarios en que los actos de corrupción puedan presentarse. Y esta es una tarea impostergable en la actualidad.

Bibliografía

- **AEDO**, Cristian. «Reflexiones sobre la corrupción». En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996, pp. 21-29.
- **ANTOLISEI**, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte Especiale II. Settima edizione Aggiornata di Luigi Conti. Milano: Giuffré editore, 1977.
- **ARTAVIA ARAYA**, Fernando. «Decisiones públicas, beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción». Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica. Nº 119, 2008 (I).
- **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2012.
- **BOLEA BARDON**, Carolina. «El delito de corrupción privada. El bien jurídico, estructura típica e intervinientes». Revista electrónica Indret. Barcelona, marzo 2013.
- **BORJA JIMÉNEZ**, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- **CORTINA**, Adela. «La regeneración moral de la sociedad y de la vida pública». En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 29-39.
- **DEMETRIO CRESPO**, Eduardo. Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública. En: AA.VV. *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*. Vol. III. Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002, pp.173-191.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto. «El funcionario público ante el Derecho Penal». Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 20, enero de 2010.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto. *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen en ella.* Estudios de Derecho Penal. Granada: Comares, 2004.
- **FERRAJOLI**, Luigi. «El Estado Constitucional de Derecho Hoy: EL Modelo y su Divergencia de la Realidad». En: AA.VV. Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, pp. 15-58.
- **GIMENO FELIU**, José María. *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación a España)*. Madrid: Civitas, 1995.
- **HEGEMANN**, Petra and Sergio A. Berumen. «A neoschumpeterian review of the impact of corruption on competitiveness and foreign direct investment». Revistas Científicas Complutenses. Papeles de Europa. Vol. 22, 2001, pp. 39-60.
- **JESCHECK**, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5º edición. Miguel Olmedo Cadente (traducción). Granada: Comares, 2002.
- **JIMÉNEZ**, Juan Luis. «Corrupción local en España». Cuadernos Económico de ICE. Nº 85, 2013 pp. 24. Página web consultada el 4 de septiembre de 2013. «www.revistasice.com».

- **KAUFMANN**, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo (traducción de la segunda edición alemana Gotinga – 1982). Madrid: Marcial Pons, 2006.
- **MEINI**, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*. Lima: Ara editores, 2009.
- **NAVARRO FRÍAS**, Irene y Lourdes V. Melero Bosch. «Corrupción entre particulares y tutela del mercado». Revista electrónica Indret. Barcelona, Octubre de 2001. Página consultada el 04 de agosto de 2013. «www.indret.com».
- **PAREJO**, Luciano. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado, 1995.
- **PECES BARBA**, Gregorio. «La corrupción en las Instituciones y en la sociedad civil». En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 19-29.
- **SABÁN GODOY**, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas, 1995.
- **VELASCO**, Demetrio. «Corrupción pública e inmoralidad privada». En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 39-52.
- **VIRGOLINI**, Julio. Crímenes excelentes. *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Colección Tesis Doctoral 2. Edmundo Hendler e Ignacio Tedesco (Directores). Buenos Aires: Editores del pueblo, 2004.
- **ZAGREBELSKY**, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Cuarta edición. Marina Gascón (traducción). Madrid: Trotta, 2002.
- **ZAÑARTU**, Mario. "El contexto humano de la corrupción". En: AA.VV. *Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad*. Aula de ética. Universidad de Deusto. Bilbao, 1996, pp. 13-21.
- **ZARZALEJOS**, Antonio José. *«Descripción del fenómeno de la corrupción».* En: *Corrupción y Ética*. Cuadernos de Teología Deusto. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, pp. 11-19.

EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Pablo Jarne Muñoz

Becario de Investigación

Universidad de Zaragoza

Resumen: La distribución comercial es un sector de gran actualidad. En los últimos años hemos conocido un buen número de textos tendentes a regular esta categoría de contratos. No obstante, ninguno de ellos ha prosperado, debido en buena medida a la existencia de intereses antagónicos entre las partes y de algunas cuestiones particularmente delicadas. Uno de estos puntos controvertidos es la problemática relativa al control de las condiciones generales en estos contratos. El desequilibrio de poder existente entre el cabeza de red y los diversos distribuidores conlleva que la redacción de los contratos quede atribuida generalmente al primero. En esta situación, nos encontramos frecuentemente con la utilización de cláusulas muy onerosas para el distribuidor. Este trabajo se centra en la búsqueda de soluciones para estas prácticas abusivas, a través del control de las condiciones generales de la contratación. A lo largo del mismo se pone de manifiesto la insuficiencia del régimen jurídico actual, que deja a la contratación entre empresarios fuera de la tutela ofrecida por el control de las llamadas "cláusulas abusivas", limitado a la contratación con consumidores.

Palabras clave: Distribución comercial, condiciones generales, control, contratos de distribución, contratos de adhesión.

Abstract: *Commercial distribution is an area of great interest currently. In recent years we have seen a large number of texts aimed to regulate this category of contracts. However, none of them have prospered due to the existence of conflicting interests between the parties and to some particularly sensitive issues. One of these sensitive points is the problematic control of the general conditions in these contracts. The power imbalance between the head and the dealers causes that the drafting of the contracts is generally attributed to the head. In this situation we frequently observe the use of clauses really onerous for the dealer. This paper focuses on finding solutions to these abusive practices, through the control of the general conditions. Throughout this paper we are going to highlight the inadequacy of current legal regime that leaves the contracts between merchants outside the protection offered by the control of "abusive clauses", limited to the contracts with consumers.*

Keywords: *Commercial distribution*, *general conditions*, *control*, *distribution contracts, adhesion contracts.*

1. Introducción.

Para abordar satisfactoriamente el estudio del régimen de las condiciones generales de la contratación en el sector de la distribución comercial, considero necesario realizar en primer lugar una breve aproximación a la naturaleza de estos contratos y a las relaciones que laten en los mismos. Esto nos permitirá crear una base sobre la que trabajar e identificar los matices que en esta categoría contractual presenta la utilización de condiciones generales en los contratos, a día de hoy sin duda generalizada.

Los contratos de distribución comercial pertenecen a la llamada distribución integrada, categoría jurídica que engloba diversas modalidades contractuales en las que los distribuidores, que actúan como revendedores en nombre propio, se integran de un modo intenso en la red del fabricante. La distribución integrada surgió como un modo de trasladar el riesgo de las operaciones comerciales del cabeza de red a los diversos distribuidores, posibilitando a este un crecimiento más rápido y una disminución de la onerosidad en su

actividad. Los distribuidores, si bien pasaban a soportar el riesgo de sus operaciones, veían compensado el sacrificio con las ventajas derivadas de la pertenencia a una red conocida y con un *goodwill* consolidado.

De las ideas apenas apuntadas cabe ya deducir que la relación entre el cabeza de red y los diversos distribuidores que se adhieren a la misma difícilmente va a ser una relación entablada en un plano de igualdad. A lo largo de la vida del contrato se observa un desequilibrio de poder importante, que tendrá diversas manifestaciones, y que se observa ya en los estadios iniciales de la relación jurídica, incluso antes de la formalización del contrato.

Así, por lo que a este trabajo respecta, el diverso peso específico que el cabeza de red y el fabricante van a ostentar se muestra en primer lugar en la fase de negociaciones. Y es que podríamos decir, sin faltar a la verdad, que en la fase precontractual en el sector de la distribución comercial la negociación es escasa, en ocasiones nula. Los contratos son, por lo general, aportados por el cabeza de red, quien ha predispuesto el contenido del clausulado, restando únicamente a los distribuidores la posibilidad de aceptar el contrato propuesto o desistir.

Estos contratos-tipo se integran por condiciones generales de la contratación, elaboradas con la intención de que formen parte de los diversos contratos que el cabeza de red formaliza con los distribuidores que integran la misma. Este hecho, en sí, no tiene por qué ser visto con malos ojos por la doctrina. Además de los clásicos argumentos esgrimidos en favor de las condiciones generales, con base en su contribución a la agilización del comercio, en el sector de la distribución comercial vienen a cumplir otra importante función, como es la de homogeneizar las diversas relaciones verticales entre el cabeza de red y el conjunto de distribuidores de su red.

Así, el recurso a las condiciones generales en los contratos de distribución es sumamente frecuente y su utilización se contempla en los modernos textos encaminados a regular el sector[1]. No obstante, el problema surge cuando, prevaliéndose de su facultad de predisponer unilateralmente el contenido del contrato, el cabeza de red inserta cláusulas tendentes a establecer un contenido jurídico obligacional inequitativo, injusto o, con todas las precauciones derivadas de la utilización de este término en el ámbito tratado, “abusivo”.

Este es uno de los problemas más importantes a los que la distribución comercial ha de hacer frente, y en los que la futura Ley de Contratos de Distribución Comercial habrá de centrarse. Y es que si bien es cierto que de modo tradicional la litigiosidad en el sector ha estado asociada a la fase extintiva de las relaciones contractuales, buena parte de los problemas que afloran en la fase terminal tienen su germen en una deficiente fase de negociaciones o en un inadecuado clausulado contractual.

A lo largo de este trabajo vamos a tratar de exponer el régimen que nuestro Derecho reserva a las condiciones generales en la contratación entre empresarios, las diferencias que encontramos con la contratación con consumidores y, finalmente, estableceremos en sede de conclusiones algunas consideraciones en relación al modo en que a nuestro juicio se debe abordar la regulación de la utilización de condiciones generales entre empresarios, prestando especial atención a las singularidades propias del sector de la distribución comercial.

2. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

Una vez efectuada la presentación del trabajo y apuntados los diferentes aspectos que vamos a abordar en las siguientes páginas es necesario hacer una serie de apuntes sobre la caracterización en nuestro ordenamiento jurídico de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Se trata de una cuestión importante, ya que ambos

[1] Así, entre otros, la utilización de condiciones generales se recoge en el art. 9 del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 que dispone que *“Cuando se utilicen en un contrato condiciones generales de la contratación la parte predisponente estará a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”.*

términos no siempre se utilizan con la suficiente propiedad, teniendo este hecho una importancia notable por las consecuencias que de su uso incorrecto pueden derivarse.

El recurso a las condiciones generales en la contratación entre empresarios en nuestro país ha de ajustarse en línea de principio a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Esta norma, en adelante LCGC, tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En la propia redacción que se da a ambas normas cabe apreciar ya la primera diferencia sustancial entre ambas, y es que mientras la Directiva queda expresamente limitada a la contratación con consumidores la LCGC se concibe con una idea más abierta de regular las condiciones generales allí donde se encuentren, no solamente en las relaciones de consumo[2].

Así, la Ley dispone que son condiciones generales de la contratación *"las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*[3].

Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, el art. 2.1 establece que la Ley se aplica a los contratos que contengan condiciones generales que se celebren entre un profesional y cualquier persona física o jurídica, encargándose el apartado tercero de precisar que el adherente podrá también ser un profesional.

Pero volviendo a la cuestión que nos atañe, ¿qué sucede cuando en un contrato entre profesionales encontramos condiciones generales de carácter injusto, de excesiva onerosidad en perjuicio de una de las partes? ¿Cabe considerarlas cláusulas abusivas, de modo análogo a lo que sucede en el Derecho de consumo? La respuesta ha de ser negativa, pero requiere de numerosas puntualizaciones. De la lectura de la Exposición de Motivos de la LCGC se desprende de un modo inequívoco la voluntad del legislador de deslindar los conceptos de condición general de la contratación de aquel de cláusula abusiva[4].

Así, el concepto de cláusula abusiva quedaría reservado a las relaciones entre consumidores, que eran las únicas a las que se orientó la Directiva 93/13/CEE. No obstante, este hecho no es óbice para que podamos considerar que pueden producirse actuaciones abusivas al redactar el

---

[2] Como se indica en la Exposición de Motivos, "La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"

[3] Art. 1.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

[4] "Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual."

clausulado de un contrato entre empresarios. Estas podrán producirse, por supuesto, pero no gozarán de los remedios aplicables a las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, que como nos indica el art. 8.2 LCGC será la nulidad, al disponer que *"En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".*

No obstante esta declaración, en caso de que en un contrato entre profesionales encontremos cláusulas que puedan ser consideradas como abusivas la parte perjudicada no se encontrará huérfana de protección, pero deberá remitirse a las normas generales de nulidad contractual, como nuevamente se encarga de apuntar la Exposición de Motivos[5]. En definitiva, recurriendo a la libertad de pactos y a los dictados de la buena fe, sin poder recurrir al elenco de cláusulas consideradas en todo caso abusivas por el TRLGDCU[6].

3. El control de las condiciones generales entre empresarios en la LCGC.

Habiendo señalado las diferencias existentes entre el concepto de condiciones generales y de cláusulas abusivas, que se concretará en una disociación de los remedios aplicables a situaciones de abuso cuando nos encontramos ante contratos con consumidores y entre empresarios, procede centrarse a continuación en la cuestión del control de las condiciones generales entre empresarios, tal y como se recoge en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que es la norma a la que reenvían los diversos proyectos en materia de distribución comercial que se han elaborado en nuestro país.

En la misma se establece un control que podemos considerar en dos fases. En primer lugar encontramos un control de carácter previo, generalmente denominado control de incorporación. Para el caso de que este no haya resultado eficaz, se establece asimismo un control a posteriori, que permite enjuiciar el contenido de la concreta cláusula que ha desplegado esos efectos injustos, que coherentemente recibe el nombre de control de contenido.

Veamos en primer lugar el régimen del control de incorporación previsto en la LCGC. El art. 5.1 LCGC afirma que la incorporación de las condiciones generales al contrato se produce cuando el adherente las acepte y el contrato sea firmado por todos los contratantes. En cuanto a la

---

[5] "Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas".

[6] Estamos haciendo referencia al art. 82 del Texto Refundido, que, tras definir en su primer apartado las cláusulas abusivas como "*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 y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*", establece en el apartado cuarto que serán abusivas en todo caso las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90:

a) *vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*

b) *limiten los derechos del consumidor y usuario,*

c) *determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*

d) *impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*

e) *resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*

f) *contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.*

aceptación, el segundo apartado precisa de un modo un tanto oscuro que *"No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".*

En otras palabras, además de firmar el contrato, el adherente deberá aceptar las cláusulas y, para ello, no será suficiente con que el predisponente le informe de su existencia, sino que deberá procurarle un ejemplar de las mismas. Estas cláusulas generales, indica el art. 5.5 en lo que debería ser probablemente la declaración inicial en la materia, habrán de ser redactadas ajustándose a los criterios de transparencia, claridad, concisión y sencillez. Diversas previsiones se efectúan en relación con los documentos notariales[7], los contratos que no requieren forma escrita[8] y los supuestos de contratación telefónica y electrónica[9].

Una vez dispuestos los requisitos de incorporación, el legislador aborda los supuestos patológicos, las situaciones en las que no quedarán las condiciones generales incorporadas al contrato, en el art. 7. Estos supuestos de no incorporación tienen su fundamento, como sucede de un modo general con las situaciones asociadas a deberes de base informativa, en el necesario conocimiento que el adherente ha de poseer de las concretas informaciones, para poder obligarse con conocimiento de causa.

En caso de que tal conocimiento no pueda producirse, bien por no tener acceso a la información, o bien por ser esta de difícil comprensión, la incorporación no se producirá. Así, no quedarán incorporadas al contrato en virtud del art. 7 a) en primer lugar las condiciones que el adherente *"no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5".* Se exige por lo tanto un conocimiento completo de las condiciones generales, reiterándose la necesidad de la firma establecida por el art. 5. La exigencia de la firma en todo caso ha sido criticada por algún sector de la doctrina, al considerar que es una exigencia que se muestra demasiado onerosa en ciertos sectores del tráfico comercial[10].

En segundo lugar, tampoco quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que, aun pudiendo ser conocidas por el adherente, atenten a los criterios de transparencia y claridad enunciados como hemos visto más arriba en el art. 5.5. Así, en virtud del art. 7 b) no quedarán incorporadas al contrato las condiciones *"que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas*

---

[7] Art. 5.2 *"Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan".*

[8] Art. 5.3 *"Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración".*

[9] Art. 5.4 *"En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma".*

[10] Señala DURANY PICH cómo resulta excesiva la exigencia de forma en todos los contrarios escritos, especialmente si se defiende su aplicación a los contratos entre empresarios. Considera que sería más oportuno mantener la exigencia de la aceptación de la incorporación, sin reforzarla con la de la firma, puesto que ya asegura "una razonable posibilidad de conocer por parte del adherente mediante los requisitos del aviso expreso y de la entrega de las condiciones generales". *Vid.* DURANY PICH, S., "Comentario de los artículos 5 y 7", en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 284.

por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Vistas las condiciones que han de verificarse para que las cláusulas pasen a formar parte del contenido contractual, pasamos a ocuparnos del control de contenido, que tendrá lugar en caso de que las condiciones generales hayan superado el control de incorporación, desplegando su potencial lesivo durante la vida del contrato. No es exagerado afirmar que se trata de uno de los preceptos que más duras críticas ha recibido en los últimos años, siendo mayoritaria la opinión de que reitera lo innecesario y omite lo fundamental.

El art. 8 LCGC, que lleva el título de "Nulidad" se compone de dos apartados que consideraremos de manera individualizada con la intención de llevar a cabo un estudio detallado de cada uno de ellos. En primer lugar, el apartado primero establece que *"Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".*

Hay que plantearse la utilidad de una declaración en tal sentido, desde el momento en que constituye una práctica repetición de lo dispuesto en el art. 6.3 de nuestro Código Civil[11]. De hecho, la única novedad aportada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es la referencia a que se contradiga lo dispuesto en la Ley "en perjuicio del adherente", que se ha entendido por buena parte de la doctrina como una cortapisa a que el predisponente pueda instar un control de contenido sobre el clausulado que él mismo ha elaborado[12].

Pero esta reiteración del art. 6.3 del Código Civil tiene una consecuencia de más envergadura, como es privar a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de un control específico. Y es que, como se ha puesto de manifiesto, "un control específico de contenido de las condiciones generales no tendría por objeto la contravención de normas imperativas o prohibitivas, sino en gran medida la sustitución de normas de derecho supletorio o dispositivo"[13].

Una vez analizada esta cuestión, el apartado segundo del art. 8 precisa que *"En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*, referencia que a día de hoy a que entender realizada al TRLDCU.

La interpretación que haya que dar a lo dispuesto en este párrafo ha constituido un verdadero quebradero de cabeza para la doctrina a lo largo de estos años, no existiendo de hecho a día de hoy una interpretación uniforme en la materia, al menos en algunos puntos.

A mi juicio, cualquier intento de reconstruir el régimen establecido por el art. 8.2 LCGC ha de partir de la puesta en relación con su Exposición de Motivos, que como hemos visto anteriormente realiza un esfuerzo notable en llevar a cabo la caracterización de las condiciones generales por un lado, y de las cláusulas abusivas, por otro. El principal problema surge de la interpretación que deba otorgarse a la expresión "en particular", que abre el precepto.

---

[11] *"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".*

[12] *Vid.*, por todos, CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª C. "Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: Retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro", en AA.VV. *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, 2013, pg. 260.

[13] *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ J.Mª, "La nulidad de las condiciones generales", en AA.VV. *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pgs. 193 y ss.

La opción más lógica a mi entender es la de considerar que el art. 8.1 establece el régimen general, viniendo el siguiente apartado a reconocer la existencia de un tratamiento específico en aquellos contratos que hayan sido celebrados con consumidores, donde además serán nulas las llamadas cláusulas abusivas, concepto que hemos analizado en un epígrafe precedente, y que habrá de vincularse con lo dispuesto en la normativa de consumo.

No obstante, hay que reconocer que la expresión “en particular” crea ciertas dudas, ya que si bien parece indicar la existencia de un régimen particular para el caso de que se contrate con un consumidor, no excluye de modo expreso a la contratación entre profesionales del recurso al mismo. Esta omisión del legislador ha dado lugar a una interesante controversia acerca de su presunta intención. Sin ánimo de entrar en detalles que exceden de las pretensiones de este trabajo, reiterar mi convencimiento de que la Exposición de Motivos ha de actuar como guía en este proceso interpretativo. Bien es cierto que la misma no tiene valor normativo, pero es indudable su valor como instrumento teleológico, que no es ni más ni menos que lo que se viene necesitando en esta sede.

Recapitulando, el control de las condiciones generales en los contratos de distribución comercial se articula a lo largo de un proceso con dos fases diferenciadas. En primer lugar, deberán cumplir con las exigencias derivadas del conocimiento del adherente, que se reflejarán en la aceptación y firma del contrato. Una vez incorporadas al mismo, en caso de que se muestren como una fuente de desequilibrio en perjuicio del adherente, este podrá instar el control de contenido, recurriendo al régimen común sobre nulidad contractual derivado del Código Civil y del Código de Comercio, es decir el régimen clásico de obligaciones y contratos.

Esta es la situación que a día de hoy encontramos en el sector y de un modo más general en la contratación entre profesionales. Dicho esto, creo oportuno realizar una serie de reflexiones sobre la idoneidad de este régimen, planteando algunas cuestiones en sede de conclusiones.

4. Conclusiones

De todo lo dicho hasta el momento se deduce que los distribuidores, al adherirse a una red de distribución comercial, no se encuentran totalmente desprotegidos frente al poder del cabeza de red de predisponer el contenido contractual. Todavía, el régimen que se les atribuye no es otro que el régimen general de obligaciones y contratos. En cambio, sí que encontramos un régimen específico y de clara finalidad tuitiva en relación con los contratos celebrados con consumidores.

Si bien está fuera de toda duda la necesidad de que la contratación con consumidores goce de un régimen propio, ¿no encontramos algunas de las razones que justifican tal especificidad asimismo en las relaciones que se producen en las redes de distribución comercial?

Sin ánimo de ser exhaustivo, piénsese en la asimetría informativa que existe entre las partes, en el diferente peso atribuido a estas a la hora de llevar a cabo las negociaciones, o en el hecho de que algunas de las figuras que integran la categoría, de modo paradigmático el contrato de franquicia, constituyan una opción habitual para todos aquellos que se plantean tener un primer contacto con el mundo empresarial. ¿No son estos motivos suficientemente sugerentes como para plantearse la posible aplicación de algunas de las previsiones en materia de consumo a los contratos de distribución comercial?

No pretendo equiparar la situación de los distribuidores a la del consumidor, pues es evidente que el carácter profesional de los primeros acarrea una neta diferencia en cuanto al nivel de protección conferido. No obstante, aparece del mismo modo en toda su claridad la heterogeneidad existente en la contratación entre empresarios. Y es que, si bien en ocasiones nos encontramos con partes que negocian en pie de igualdad, a menudo nos encontramos con relaciones que presentan un fuerte desequilibrio entre las partes.

Este hecho se pone de manifiesto en los contratos de distribución comercial, caracterizados frecuentemente como contratos de dependencia. Es esta situación de dependencia del distribuidor respecto del cabeza de red la que aconseja otorgar una protección específica frente

a la facultad unilateral de este último de predisponer el contenido del clausulado contractual, que vaya más allá del régimen general de nulidad contractual reconocido por el art. 8.1 LCGC.

Las posibilidades son numerosas y los países de nuestro entorno dan buena muestra de ello. Cabría pensar en la utilización del elenco de cláusulas abusivas en materia de consumidores, no de un modo directo a través de aplicación analógica, sino en tanto indicios que pudieran orientar al juez al enjuiciar la compatibilidad de una concreta cláusula con el principio de buena fe, al modo alemán. O bien ir más allá y establecer una relación propia de cláusulas consideradas abusivas para la contratación entre empresarios, como sucede en Derecho francés tras la Ley de modernización de la economía de 2008[14].

Una vez apuntada la conveniencia de llevar a cabo una reforma que implemente un control de contenido específico aplicable a los contratos de distribución comercial hay que señalar que estamos ante un problema extensible a un buen número de sectores, no siendo la futura Ley de Contratos de Distribución Comercial el lugar idóneo en el que regular la cuestión. Habrá de ser la propia LCGC la que, en un momento dado, se plantee establecer una regulación específica para el control de las condiciones generales en la contratación entre pequeños empresarios en situación de dependencia, o bien tratar de adaptar de algún modo las previsiones efectuadas en sede de contratación con consumidores a este tipo de relaciones.

5. Bibliografía.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 75 y ss.

ALONSO SOTO, R., "El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución", en AA.VV., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pgs. 33 y ss.

AVILÉS GARCÍA, J., "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de contratación en España", *RCDI*, 1998, pgs. 1533 y ss.

BALLESTEROS GARRIDO, J.A., "La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas", *AC*, nº 2, 2000, pgs. 743 y ss.

BERCOVITZ, R., "Art. 8. Nulidad", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pgs. 259 y ss.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., "El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas", *RJN*, julio-septiembre 2000, pgs. 9 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª C. "Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: Retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro", en AA.VV. *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, 2013, pgs. 251 y ss.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., "Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, *ADC*, 1998, pgs. 1301 y ss.

[14] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Bosch, Barcelona, 2008.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor", *RDM*, 1985, pgs. 419 y ss.

DURÁN RIVACOBA, R., "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", *RDP*, 2000, pgs. 99 y ss.

DURANY PICH, S., "Comentario de los artículos 5 y 7", en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 264 y ss.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., "Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución", *RDCD*, nº 10, 2012, pgs. 15 y ss.

ESTEVAN DE QUESADA, C., "El abuso de dependencia económica en las redes de distribución", en AAVV, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, pgs. 9-20.

GÓMEZ POMAR, F., "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho", *InDret*, nº 113, 2002, pg. 88.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación", *ADC*, 2001, pgs. 1105 y ss.

JORDÁ CAPITÁN, E., "El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación: La pretendida exclusión en el ámbito de la contratación entre empresarios", en AA.VV. *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, 2013, pgs. 193 y ss.

LETE ACHIRICA, J., "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir", *AC*, 2000, pgs. 635 y ss.

MARTÍ MIRAVALLS, J., "Anulabilidad por ausencia, falta de veracidad o insuficiencia de información precontractual en el contrato de franquicia", *RDM*, 2005, pgs. 865 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ J.Mª, "La nulidad de las condiciones generales", en AA.VV. *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pgs. 193 y ss.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., "Régimen jurídico de los contratos de distribución (De la D.A. 1ª de la Ley del Contrato de Agencia por la que se establece el régimen jurídico de la distribución de vehículos automóviles e industriales al proyecto de ley de contratos de distribución)", *Derecho de los Negocios*, nº 252, 2011, pgs. 7 y ss.

PAGADOR LÓPEZ, J., "Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales", en AA.VV. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pgs. 219 y ss.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales", *AC*, 2003, pgs. 2171 y ss.

REGLERO CAMPOS, L.F., "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología", *AC*, 1999, pgs. 1637 y ss.

RUIZ MUÑOZ, M., "Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial), en AA.VV., *Los contratos de distribución comercial*, La Ley, Madrid, 2010, pgs. 351 y ss.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: Panorama legislativo", *RDM*, 1980, pgs. 385 y ss.

SERRANO ALONSO, E., “Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, pgs. 4689 y ss.

VATTIER, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *RCDI*, 630, 1995, pgs. 1523 y ss.

VICENT CHULIÁ, F., “Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial”, en AA.VV. *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pgs. 387 y ss.

ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, 2002.

NIÑAS SOLDADO: PECULIARIDADES DE GÉNERO

Carolina Jiménez Sánchez

Profesora Ayudante del Área de

Derecho Internacional Público

Universidad de Málaga

Introducción

La participación de niños en los frentes ha sido un fenómeno en constante aumento desde el final de la II Guerra Mundial, lo que parece estar conectado con las características de las nuevas tipologías de conflictos armados[1], que trascurren entre fuerzas regulares, irregulares, guerrilla y terrorismo. En efecto, será a partir de los años cincuenta y sesenta del siglo XX cuando esta práctica adquiera dimensiones alarmantes, fundamentalmente a raíz de las luchas de liberación nacional desplegadas en África y Asia en el contexto del ejercicio del derecho de autodeterminación[2].

Pese a que la protección otorgada el Derecho Internacional Humanitario ha ido progresivamente en aumento, esto no ha significado un descenso de los casos de niños militarizados, sino todo lo contrario. En los años ochenta la cuestión llega a su máximo apogeo, instaurándose como una táctica de guerrilla generalizada en la práctica totalidad de conflictos que tenían lugar en aquel momento, de tipo tradicional o clásico como el de Irán-Irak o luchas de carácter nacionalista o revolucionario como en El Salvador, Myanmar, Camboya, Angola, Líbano, Etiopía, Nicaragua o Filipinas[3].

Actualmente, las últimas estimaciones oscilan entre 250.000 y 300.000 menores participando activamente en los frentes armados[4]. Aunque el foco de este fenómeno se suele concentrar en África, se han registrado estas prácticas en países de todo el mundo, entre ellos Colombia, Chechenia, o Irlanda del Norte. En concreto, en Colombia se ha calculado que han formado parte de los grupos armados unos 14.000 menores[5], mientras que en Somalia, desde el desmoronamiento del Estado unos 200.000 han participado en las milicias. En Sudán alrededor de 17.000 niños y niñas tomaron parte activa en los grupos armados en los disturbios de 2004[6].

Las consecuencias son lamentables, ya que la mayoría de los conflictos actuales se desarrollan en zonas fronterizas, donde los combatientes de uno y otro lado no distinguen entre

---

[1] COHN, I; GOODWIN-GILL, G, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts,* 2ª edición, Oxford University Press, New York, 1997, pp. 228.

[2] HERNÁNDEZ PRADAS, S., "La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario", en *Derecho Internacional Humanitario,* (RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., Coord.), Tirant lo Blanch, Cruz Roja Española, 2007, pp. 615-633, p. 627.

[3] Ibídem., p. 626.

[4] OTUNNU, O. A., "Era of Application: Instituting a compliance and enforcement regime for CAAC", Declaración ante el Consejo de Seguridad, Nueva York, 23 de febrero de 2005, p. 3.

[5] *Child Soldiers Global Report,* Coalición para acabar con la utilización de niños soldados, Londres, 2004.

[6] Niños asociados con grupos armados, Hojas informativas sobre la protección de la infancia, *UNICEF*, 2010. Accesible en: http://campuslaam.sos-kd.org/mediateca%5CPROTECCION%20INFANTIL/DOCUMENTOS/5_Hojas%20informativas%20sobre%20la%20proteccion%20de%20la%20infancia.pdf.

niños o adultos[7], aunque esta conciencia interna tan sólo se vería reflejada en el mejor de los casos, ya que los niños se han convertido en primeros objetivos de los grupos armados e insurgentes, lo que tiene como resultado una altísima cifra de víctimas mortales cada año[8].

La vulnerabilidad de los menores en un conflicto armado es inmensa, ya que cuando las familias se ven obligadas a huir de sus hogares para buscar un lugar seguro, éstos son habitualmente separados de sus progenitores[9], y es entonces cuando se convierten en fáciles presas para los grupos armados, que los suelen reclutar por medio de violentos secuestros[10]. Son hechos comunes en un conflicto, y ocurren frecuentemente en el interior de campamentos de refugiados, donde la situación no suele ser de ser segura o estable. Según datos de UNICEF, en el año 2006 había 9300 menores no acompañados viviendo en los campamentos de Uganda, y la situación en éstos era de desorganización, inseguridad y malnutrición, existiendo altas cifras de mortalidad infantil dentro de los mismos[11].

1. La protección de los menores combatientes en el Derecho Internacional Humanitario

En 1949 se comenzó tímidamente a proteger a la infancia como parte especialmente vulnerable de la población civil a través de los Convenios de Ginebra, si bien es cierto que anteriormente habían existido intentos por garantizar su suerte. La primera organización internacional que se había creado para asumir este difícil deber se denominó Unión Internacional de Socorro a la Infancia[12], promovida por el Comité Internacional de la Cruz Roja tras la I Guerra Mundial.

Desde esta época, se han ido creando nuevos instrumentos de protección, que culminarían en 1989 con la *Convención de Derechos del Niño*[13], texto que reafirmaba la necesidad de asegurar la aplicación de la normativa de Derecho Internacional Humanitario relativa a los niños, y al que se incorporó en el año 2000 un Protocolo Facultativo sobre la participación de éstos en los conflictos armados[14], después de que se iniciara su elaboración por iniciativa del Comité de Derechos del Niño en 1994[15].

Si bien la protección de la infancia como parte de la población civil había comenzado a desarrollarse con los Convenios de Ginebra de 1949, la regulación jurídico-internacional de la participación de los menores en las hostilidades resulta bastante reciente. Pese a que el fenómeno no es nuevo, y ha tenido una presencia considerable a lo largo de nuestra historia[16],

---

[7] MADUBUIKE-EKWE, J. N., "The International Legal Standards adopted to stop de participation of children in armed conflicts", *Annual Survey of International and Comparative Law,* vol. 11, pp. 29-48.

[8] KLAUS, M., *Kinder und Krieg- eine Bestandaufnahme",* 1999, UNICEF. Informe accessible en: http://library.fes.de/pdf-files/iez/01374.pdf.

[9] Ibídem.

[10] GACHNOCHI, G., "Niños entrenados y/o educados para matar y para morir", *Aperturas Psicoanalíticas: Revista de Psicoanálisis,* nº 36, 2010, accesible en: http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000673&a=Ninos-entrenados-yo-educados-para-matar-y-para-morir.

[11] UNICEF, *Humanitarian Action: Uganda Donor Update,* de 16 de mayo de 2006. Accesible en: http://www.reliefweb.int/rw/RWB.NSF/db900SID/lsgz-6PUE7A.

[12] La Unión Internacional de Socorro a la Infancia (o a los niños, en otras fuentes) se fundó en Ginebra en 1920 y trataba de promover el bienestar infantil, especialmente mitigando los efectos de los conflictos armados en los mismos.

[13] Convención sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, UNICEF. En: http://www.unicef.org/spanish/crc/.

[14] Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, aprobado por la Resolución A/RES/54/263 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 25 de mayo de 2000, produciéndose su entrada en vigor el 12 de febrero de 2002. Vid: http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-conflict.htm.

[15]HERNÁNDEZ PRADAS, S., "La protección especial…, op. cit.

[16] Existe constancia de la participación de niños en las guerras de épocas primitivas, cuando éstas eran necesarias para la existencia de la comunidad, así como en la Edad Media, época en la que esto constituía un honor para los niños que comenzaban a ser considerados como caballeros. Será a partir de 1700

la presencia de menores en la I y II Guerra Mundial puede considerarse casi como excepcional, razón por la cual el asunto pasa totalmente inadvertido por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Si puede considerarse que existe alguna alusión a esta problemática, sería a través del artículo 51 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra[17], en cuyo párrafo segundo se establece lo siguiente:

> *"No se podrá obligar a trabajar a las personas protegidas, a no ser que tengan más de dieciocho años".*

Del citado artículo podríamos deducir una prohibición de reclutamiento forzoso a menores de 18 años, pero nada respecto al alistamiento voluntario[18].

La protección de los menores como combatientes apareció por primera vez de manera expresa en los Protocolos Adicionales de 1977[19]. En el Protocolo I, se ceñía a la participación directa de los menores de 15 años, aunque tampoco se trata de una prohibición expresa, sino más bien de una limitación. Tal y como aparece en su artículo 77.2:

> "*Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad"*[20].

Será el Protocolo II el que amplíe la protección, limitando no sólo la participación directa sino también la indirecta[21], y usando, además, un tono algo más imperativo:

> "*Los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades*"[22].

En los artículos citados tanto del Protocolo I como del Protocolo II, así como en relación al artículo 51 del IV Convenio de Ginebra, se puede apreciar la que se ha convertido en la mayor polémica en relación a los llamados "niños soldado": el límite de edad legal para participar en las hostilidades. A lo largo de los textos jurídicos que regulan la protección de la infancia, se puede observar que el desacuerdo está en las edades de 15 y 18. En efecto, el límite de edad que aparece en los Protocolos Adicionales (15 años) responde al concepto de niño que se deduce de diversas disposiciones de los Convenios de Ginebra, que establecen una protección especial de los menores de 15 años como categoría especialmente protegida dentro de la población civil, existiendo un estatuto ambiguo en los niños de edades comprendidas entre los 15 y 18 años. De hecho, existen algunas disposiciones en las que sí se fija el límite de edad en los 18 años, como en la que se refiere a la prohibición de la pena

---

cuando la cuestión se generalice, incorporándose menores a los nuevos ejércitos profesionales que venían a sustituir a los mercenarios tradicionales.

[17] IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/AB1C1C7C1F0BA414C1256DE10053D111.

[18] RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., "La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario: los niños soldado", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp. 217-239.

[19] HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 614..

[20] Artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

[21] Artículo 1.4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977. Protocolo Adicional II visitado en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/protocolo2.htm.

[22] Artículo 4.3 (c) del Protocolo II.

capital y de los trabajos forzados[23], aunque también hay que subrayar que en muchos artículos del Derecho de Ginebra que se refieren a la protección especial del niño no se hace referencia específica a la edad.

Especialmente interesante resulta la prioridad que establecen los Protocolos Adicionales de reclutamiento de los niños de más edad. Como se puede deducir, este curioso aspecto resulta fruto de las negociaciones y debates entre las delegaciones de los Estados parte en los mismos. De este modo, es cierto que la mayoría de Estados se opusieron a subir el límite de edad a los 18 años, aunque el asunto se encontraba sobre la mesa. Pese a que la propuesta fue rechazada, el ánimo conciliador de las delegaciones propició que se incluyera de manera parcial y, si se me permite, muy superficial, con el resultado ya comentado en los artículos 77.2 del Protocolo I y 4.3 (c) del Protocolo II.

Por lo que se refiere a la Convención sobre los Derechos del Niño, hay que señalar que uno de sus pilares más contundentes estriba en el reconocimiento del derecho de los menores a la supervivencia y al desarrollo, lo que implica una obligación a cargo de los Estados de garantizar no sólo el derecho de los niños y niñas a no morir, sino a recibir la protección necesaria para el libre desarrollo de su personalidad hasta llegar a adultos. Es cierto que este texto jurídico-internacional supone el mayor avance habido en relación a la protección de los menores de manera universal, situación además consolidada por el amplísimo número de ratificaciones, realidad que hoy día sólo queda empañada por la ausencia de dos Estados: Somalia y Estados Unidos[24].

La regulación relativa a la participación de los menores en los conflictos armados que aparece en la Convención se encuentra en su artículo 38, que establece cuatro párrafos de prohibiciones al respecto:

> *"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.*
> *2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.*
> *3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.*
> *4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado".*

Como podemos observar, pese a los más de 10 años transcurridos desde los Protocolos Adicionales de 1977 a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, los avances en la regulación de los niños soldado son prácticamente nulos y además, al adoptar la misma fórmula prevista en el Protocolo I, no sólo no refuerza la protección ya existente, sino que supone un retroceso en relación con la regulación aplicable a los conflictos armados no internacionales según el Protocolo II, que, como aludimos anteriormente, prohíbe tanto la participación directa como la indirecta[25].

Mayor importancia en este asunto tiene el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, que intenta enmendar los errores y retrocesos de la Convención. Dada su reciente redacción y su entrada

---

[23] Estas prohibiciones aparecen en los Artículos 51 y 68 del IV Convenio de Ginebra, en el 77.5 del Protocolo I y en el 6.4 del Protocolo II.
[24] Vid. http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html.
[25] HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 614, p. 393.

en vigor internacional en 2002, este texto va a servir de contrapunto para superar las débiles limitaciones establecidas por el Derecho Internacional Humanitario y por la Convención del Derechos del Niño. A lo largo de 13 artículos el Protocolo realiza contundentes avances, entre los que se cuentan:

- Prohibición de la participación de los menores en las hostilidades tanto de manera directa como indirecta.

- Fijación del límite de edad legal para la participación en las hostilidades en los 18 años.

- Obligación para los Estados de presentar, junto con la ratificación, una declaración vinculante de la edad mínima.

- Inclusión como sujetos activos de la prohibición a los grupos armados no gubernamentales de oposición.

- Obligación de adoptar medidas eficaces para la desmovilización de menores utilizados en las hostilidades.

El Protocolo venía a responder a un problema que, pese haber estado siempre ligado a los conflictos armados, comenzaba a tocar sensibilidades de manera profunda, con el auge del fenómeno a partir de los años cincuenta y sesenta. Aunque hemos de ser conscientes del mérito que puede ser atribuido al texto, hay que tener en cuenta que la prohibición afecta a la participación de los menores en las hostilidades, pero no a su reclutamiento[26].

Por su parte, el Derecho Internacional Penal ha regulado la participación de los menores en los conflictos armados a través del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tipifica como crimen de guerra la participación de los menores en las hostilidades de manera directa (artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii), si bien, tras los debates en el proceso de negociación, se acordó que en esta expresión se entendieran incluidas también las actividades no exclusivamente de combate, sino relacionadas con la cooperación bélica-militar, comprendiendo por tanto las conductas de participación indirecta[27]. Esto supone en todo caso un avance para que no tengan lugar los hechos de reclutamiento y utilización de niños en los conflictos armados, lo que daría lugar a la responsabilidad penal de los individuos que han ordenado o permitido su reclutamiento y, por tanto, no de los niños en sí.

Por otro lado, es cierto que en el Estatuto de Roma la edad límite que corresponde a esta prohibición vuelve a ser la de 15 años, lo que no encaja con la tendencia actual de fijarla en los 18 años de edad, tal y como establecen los textos normativos más recientes como el citado Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño o el *Convenio nº 182 de la OIT relativo a la Prohibición e Inmediata Acción para la Eliminación de las Peores Formas del Trabajo Infantil*[28].

En este sentido, resulta relevante señalar que en los comentarios al Estatuto de Roma, la no fijación de la edad mínima en los 18 años se justifica de la siguiente manera:

> "*This was rejected by delegations, primarily based on the argument that there was no adequate support for the customary status of the age limit of 18 in international law, which indeed appeared at least doubtful. Several delegations however remained unhappy that the age limit under sub-paragraph (xxvi) is not higher than 15 years*"[29].

---

[26] ARELLANO VELASCO, M., *La guerra no es un juego. Uso y participación de niños en conflictos armados*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2008, p. 113, pp. 275.

[27] *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Draft Statue and Draft Final, (1998). UN Doc. A/Conf. 183/2Add. 1, 14 April 1998.

[28] *Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*, Ginebra, 17 de Junio de 1999. Fecha de entrada en vigor: 19 de noviembre de 2000. Texto en: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182.

[29] TRIFFTERER, O., *Commentary on the Roma Statute of the International Criminal Court*, 2ª Edición, Verlag C. H. Beck, München, 2008, pp. 1954, p. 468.

Al respecto, hay que considerar que durante la negociación del Estatuto de Roma, aún no había sido aprobado el Protocolo Facultativo de la Convención del Derechos del Niño. Y que, por tanto, la única legislación existente al respecto eran los Protocolos Adicionales y el artículo 38 de la mencionada Convención.

De igual manera, es cierto que la importancia del Estatuto de Corte Penal Internacional es tal que su influencia sobre Estatutos de Tribunales Internacionales ha sido imparable, como el del Tribunal Especial para Sierra Leona, que estipula en su artículo 4 igualmente el límite de la edad legal para la participación de niños en las hostilidades en 15 años[30].

El artículo 8.2. b. (xxvi) del Estatuto sanciona el reclutamiento o alistamiento de menores estrictamente en las fuerzas armadas nacionales, lo que otorga al precepto un significado restrictivo que lo aleja de su objetivo, dado que la mayoría de los conflictos armados actuales son de carácter no internacional y en ellos intervienen multitud de actores no estatales. En los comentarios al Estatuto de Roma se realiza la siguiente interpretación:

> "*The wording <national armed forces> was accepted as a compromise. The adjective <national> was added to <armed forces> in order to meet the concerns of several Arab States who feared the armed forces alone might be applied to the Intifada and young Palestinian joining it*"

No obstante, esta peligrosa omisión viene a resolverse en artículo 8. 2. e. (vii) que debe su existencia a la necesidad de aclarar el contenido sobre este punto, incluyendo la expresión <grupos>, además de fuerzas armadas nacionales. La diferencia, sin embargo, estriba en el carácter del conflicto armado, internacional o interno, puesto que en el artículo 8. 2. b. se establece que constituirían crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales el reclutamiento o alistamiento de menores exclusivamente en las fuerzas armadas nacionales, mientras que en el artículo 8. 2. E. (vii) relativo a conflictos armados no internacionales, constituye crimen de guerra su participación tanto en las fuerzas nacionales como en otros grupos[31].

A nivel regional, también existen textos protectores de Derechos Humanos y de los derechos de la infancia que incluyen prohibiciones sobre la participación en las hostilidades de los menores, aunque sigue habiendo discrepancia respecto de la edad límite, estableciéndose en unos los 15 años y en otros los 18. Así, la *Carta Africana de la Infancia* prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años de edad, mientras que la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*[32] establece el límite en los 18, cifra que también recogen la *Declaración de Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo* [33], el Protocolo interpretativo de la *Declaración de Maputo* y la renovada *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*[34].

También la Organización de Naciones Unidas ha adoptado diversos actos relacionados con la problemática de los niños y los conflictos armados, posicionándose como uno de los temas objeto de análisis periódico, dada su preocupante situación. Así, la Asamblea General declaraba su especial preocupación por el tema en su cuadragésimo octavo período de sesiones en la Resolución titulada "Protección de los niños afectados por los conflictos armados"[35], requiriendo de la acción del Secretario General para el nombramiento de un experto en colaboración con el Centro de Derechos Humanos y UNICEF. Desde este comienzo, el tema ha sido objeto de un cercano examen, centrando su preocupación en la desmovilización y la reintegración de los menores.

---

[30] Vid Estatuto en: http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176.

[31] TRIFFTERER, O., *Commentary on the…,* op. cit.,p., 496.

[32] *Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos*, (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Kenia. Texto en: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf.

[33] *Cape Town Principles and Best Practices*, UNICEF, 27-30 April, 1997. En: http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf.

[34] *Carta Africana sobre Derechos y Bienestar del Niño*, Organización para la Unidad Africana, de 11 de Julio de 1999. Accesible en: http://www.africa-union.org/child/home.htm.

[35] Resolución 48/157 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 1994.

Por su parte, el Consejo de Seguridad, ha condenado repetidamente el reclutamiento de menores en sus resoluciones, llegándolo a considerar como un problema que compromete a la paz y a la seguridad internacionales. En este sentido, una de las resoluciones más recientes del Consejo de Seguridad sobre los niños y los conflictos armados muestra especial preocupación porque los niños siguen siendo un alto porcentaje de las bajas de los conflictos armados y, además, reafirma su intención de tomar medidas contra los autores de las repetidas violaciones en este sentido[36].

Por otro lado, es necesario admitir que habrá que confiar en los medidas existentes para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, entre las que se cuentan las siguientes:

- Medidas preventivas: establecidas tanto en los Convenios de Ginebra como en los Protocolos Adicionales, y relativas tanto a la oportuna adaptación de las legislaciones internas como a la necesaria difusión del Derecho Internacional Humanitario y de la Convención de Derechos del Niño[37].

- Mecanismos de control: estos sistemas están previstos tantos en los Convenios de Ginebra como en el Protocolo Adicional I y se basan fundamentalmente en la labor de dos grupos de sujetos: (las Potencias Protectoras[38] y la Comisión Internacional de Encuesta). Respecto a la última, hay que señalar que los Convenios de Ginebra prevén un sistema de encuesta[39] para favorecer la investigación de las violaciones de Derecho Internacional Humanitario alegadas en las mismas.

Medidas represivas: la represión de las violaciones de Derecho Internacional Humanitario tienen su fundamento en la responsabilidad penal tanto estatal como individual que nace de las obligaciones contenidas en los textos convencionales. No obstante, esta represión también puede ser interna, al tratarse de actos contrarios al Derecho Internacional Humanitario, ya que los Estados tienen la obligación de hacer cesar cualquier infracción o acto contrario a los Convenios de Ginebra o a sus Protocolos Adicionales. Sin embargo, cuando se trata de represiones por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, la acción interna es menos eficaz debido a que el reclutamiento de niños no se considera infracción grave según el IV Convenio de Ginebra ni el Protocolo I Adicional[40] .

Por lo que se refiere a la represión internacional de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, serán los Tribunales Internacionales *ad hoc* y, de manera general, la Corte Penal Internacional, los encargados de sancionar a los individuos responsables de dichas conductas.

En relación a la Corte Penal Internacional, la militarización de niños sí supone un crimen de guerra, con las diferencias ya comentadas respecto a conflictos armados de carácter internacional o de carácter interno, por lo que el enjuiciamiento de estas conductas es sancionable desde el punto de vista internacional-penal[41].

---

[36] Resolución S/R/1882 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 4 de agosto de 2009. Punto 7. c.

[37] HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño…,* op. cit., p. 445.

[38] Las Potencias Protectoras son Estados no Parte en el Conflicto armado encargados tanto de salvaguardar los intereses de las Partes como de la población civil. Al respecto Vid.: PREUX, J., "Potencia Protectora", *Revista Internacional de la Cruz Roja,* marzo-abril. 1985, pp. 86-95.

[39] Artículos 52, 53, 132 y 159 de los Convenios de Ginebra de 1949.

[40] Según estos textos, son violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario: el homicidio internacional, la tortura y los tratos inhumanos, la deportación o traslado ilegal, la detención ilegal, la toma de rehenes, la privación del niño a ser juzgado, las prácticas inhumanas o degradantes y la demora de la repatriación de niños.

[41] En este sentido es interesante señalar que la Corte Penal Internacional, el 14 de marzo de 2012, dictaba su veredicto sobre el caso *Lubanga*, condenándole a 14 años de prisión por el alistamiento y reclutamiento de menores de 15 años, (Vid. Veredicto en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf?utm_source=CICC+Newsletters&utm_campaign=149ea23b5f-DRC_Date_for_Lubanga_Verdict_Announced2_29_2012&utm_medium=email), veredicto que era

2. Niñas soldado: menores + mujeres

La problemática y la preocupación internacional ha tendido a focalizarse en los varones, -inferencia propiciada entre otros factores por el lenguaje sexista que hace de términos masculinos los neutros-. En palabras de TWUN-DANSO *"Not only does the practice of using girls in conflicts around the world continue today, but so does the silence enshrouding this phenomenon. International discussions, peace accords, reports, studies and demobilisation and rehabilitation programmes all use the generic term 'child soldiers' to describe children involved in armed conflicts and then proceed to focus primarily on boys as combatants. Girls are largely forgotten, ignored or dismissed"*[42].

SAVE THE CHILDREN calcula que hoy en día existen alrededor de 120.000 niñas trabajando o combatiendo con grupos armados en todo el mundo, lo que supone más de un 40% del total de menores militarizados[43]. Los países africanos han usado en cada conflicto niños y niñas, tanto en las fuerzas armadas como en los grupos rebeldes u opositores, aunque el reclutamiento de niñas es mayor en los grupos rebeldes que en las fuerzas armadas gubernamentales. Entre los Estados donde suceden estas prácticas se incluyen: Angola, Burundi, DRC, Eritrea, Etiopía, Liberia, Libia, Mozambique, Ruanda, Sierra Leona, Sudán o Uganda. En Angola, se militarizaron niñas por debajo de los trece años por parte del UNITA, que además suponían más del 40% del total de todos los menores reclutados[44].

Es cierto que tanto las niñas como los niños soldado son víctimas de una situación de graves consecuencias en el desarrollo de su personalidad y la propia preservación de sus vidas, su integridad y dignidad. Sin embargo, en el casos de aquéllas, a su condición de menor hay que sumar su condición de mujer, y por tanto el hecho de estar expuesta además a otro tipo de conductas derivadas de la violencia basada en el género.

Antes de comenzar a analizar cuáles serían estas conductas, es preciso descartar las teorías simplistas y generalizadoras, que a lo largo de los años han querido presentar a las menores como individuos títere que en todos los casos han sido reclutadas por la fuerza y que, durante su estancia con el grupo armado, han sido víctimas de violencia sexual. Lo cierto es que estas conductas existen, como veremos más adelante, pero no de manera absoluta.

En primer lugar, y desechando el primero de los mitos, existen dos tipos de reclutamiento por los que una niña pasa a formar parte de un grupo armado: forzoso y voluntario[45]. El primero, que incluye la utilización de violencia física o coacción, se ha convertido en las últimas décadas en la manera más difundida de reclutar a menores, tendiendo especial incidencia en los conflictos africanos, en los que ha llegado a provocar un auténtico nivel de automatismo[46]. El reclutamiento de mujeres y niñas como combatientes se realiza para la utilización de éstas, además de cómo soldados, en labores como cocineras, porteadoras, limpiadoras o esclavas sexuales, funciones que han sido consideradas muy necesarias para los grupos armados[47]. Así, con los secuestros forzosos suplían necesidades básicas de las que no eran capaces de oponerse por sí solos. Los escenarios más comunes de este tipo de reclutamiento se sitúan principalmente en África, aunque también hay casos en otros continentes. Sierra Leona, Congo, Liberia, Uganda y Angola pueden considerarse como los conflictos donde éstas prácticas han tenido más incidencia.

---

confirmado por la Sentencia de 10 de julio de 2012. Accesible en la web de la Corte Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1438370.pdf.

[42] TWUM-DANSO, A., *African´s Young Soldiers. The Co-Option of Chilhood*, Institute of Security Studies, Monograph nº 82, pp. 57, p. 40. Accesible en: http://www.issafrica.org/pgcontent.php?UID=1535.

[43] *Bajas olvidadas de la guerra: las chicas en el conflicto armados*, Save the Children, 2007.

[44] The Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, *Girls with Guns, An Agenda on Child Soldiers for Beijing Plus Five*.

[45] BRETT, R., *Girls Soldiers: Challenging the Assumptions*, Quaker United Nations Office, 2010.

[46] QUÉNIVET, N; SHAH-DAVI, S., "Girls Soldiers and Armed Conflict", en *Human Rights issues in the 21st Century, (*BECKER, S. M; SCHNEIDER, J. N., Ed.), pp. 103-132, p. 106.

[47] TURSHEN, M., "The Political Economy of Rape", en *Victims, perpetrator*s or actors?", en *Gender, Armed Conflicts and Political Violence*, Zed Books, London, 2001, pp. 23.

Respecto al reclutamiento voluntario, la primera circunstancia que hay que subrayar es su propia existencia, ya que en muchos casos la doctrina ha querido ver el forzoso como el único modo, quizá en una trasposición de esquemas patriarcales en los que no se concibe que una chica quiera o pueda luchar[48]. De hecho, también se aprecian estas connotaciones en los textos jurídicos internacionales adoptados para la protección de la infancia, como es el caso de la *Declaración de Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo*, en la que se establece que un niño soldado es:

> *"Any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed forced or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messengers and anyone accompanying such groups, others than family members.* ***The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage***[49]*. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms"*[50].

Probablemente, la definición fue redactada con las mejores intenciones, intentando asegurar que las chicas no quedaran excluidas. Sin embargo, como se aprecia en la negrita que he considerado oportuna realizar, estas concepciones tienden a asumir que todas las niñas son víctimas de violencia sexual y matrimonio forzado y que, por tanto, éstas se encuentran en alguna medida fuera de las líneas de combate y de las hostilidades, no viéndolas como soldados en el sentido de los campos de batalla[51] y condenándolas a una estigma general que, en la práctica, no siempre se cumple.

En cualquier caso, los hechos demuestran que muchas chicas se adhieren voluntariamente a los grupos armados, y que sus motivaciones para hacerlo tienen que ser especialmente consideradas, pues incluyen elementos decisivos basados en las diferencias de género. Algunos ejemplos de zonas de conflicto en los que se produce el alistamiento voluntario de niñas son Colombia, Sri Lanka o Filipinas, donde la totalidad de niñas entrevistadas por los investigadores han declarado unirse al grupo armado de manera totalmente voluntaria[52]. Obviamente, esto no significa que en estos escenarios no se produzcan secuestros y reclutamientos forzosos, pero se encuentran en mayor o menor medida conviviendo con el voluntario.

En efecto, respecto al alistamiento voluntario la polémica se ha centrado en el concepto de voluntariedad cuando se trata de menores, y en la ilegalidad de la participación de éstos en las contiendas, sea de manera forzada o voluntaria. Sin embargo, parece que el aspecto interesante pueda ser el hecho de que éstos autodefinan su conducta como voluntaria[53], por lo que el análisis al respecto no puede tratarlos como sujetos pasivos desprovistos de toda naturaleza.

Las motivaciones que muestran los estudios empíricos son específicamente referidas a las niñas, aunque en alguno de los casos los niños también sean susceptibles de ser atraídos por estas circunstancias. Las influencias más significativas son tres:

1. <u>Abusos y explotación en el ámbito doméstico o familiar</u>. Esta es una de las motivaciones más frecuentes y, además, una de las que afectan a niños y a niñas. Sin embargo, su influencia sobre las niñas es más notoria, debido a que éstas son con más asiduidad víctimas de abusos en el ámbito familiar, sea sexual o de otro tipo. Según las entrevistas realizadas a estas niñas, hay una altísima correlación entre esta circunstancia y el alistamiento en los grupos armados. De

---

[48] BRETT, R., "Girls Soldiers: Denial of Rights and Responsabilities", *Refugee Survey Quarterly,* vol. 23, nº 2, 2004, pp. 30-37, p. 33.
[49] Negrita de la autora.
[50] *Cape Town Principles and Best Practices,* adoptada en el Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilisation and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, 27-30 de abril de 1997, Ciudad del Cabo, Sudáfrica.
[51] BRETT, R., "Girls… op. cit., p. 30.
[52] FOX, M. J., "Girls Soldiers: Human Security and Gendered Insecurity", *Security Dialogue,* vol. 35, nº 4, December, 2004, pp. 465-479, p. 470.
[53] BRETT, R:, "Girls... op. cit., p. 32.

hecho, la mayoría de ellas citas el abuso o explotación familiar como la primera razón por la que decidieron alistarse[54]. En algunas ocasiones, y en el ámbito concreto de las niñas, no se trata de abuso o explotación, sino simplemente de frustración en relación con roles impuestos por la esfera social, como en lo relativo a un matrimonio no deseado.

2. La propia seguridad. Ésta es otra de las circunstancias que afecta especialmente a las niñas, en concreto a aquellas que han sido víctimas de violación u otra agresión sexual, pues el alistamiento en el grupo les hace sentirse más seguras, puesto que están armadas. En situaciones extremas como las que están siendo objeto de estudio, el hecho de estar armada puede constituir una de las opciones más lógicas y racionales desde el punto de vista de la seguridad individual, debido al alarmante número de chicas que sufren violaciones, incrementado además en tiempo de conflicto.

3. Igualdad. Esta es una motivación exclusiva de las niñas, puesto que se trata de reivindicaciones de género. De hecho, ya hemos visto en epígrafes anteriores, relativos a las guerrilleras y a las terroristas, como la igualdad es una de las motivaciones que está siempre presente en los análisis del alistamiento voluntario de féminas en los grupos armados. En algunos casos, las chicas han comentado deseos de equiparación con los hombres, asumiendo idénticos patrones de actuación, lo que puede verse como una masculinización social. El deseo de portar armas y llevar uniforme militar han sido algunas de estas razones. Sin embargo, hay otras que van más allá de consideraciones estéticas, y que vienen a incidir en la equiparación de roles sociales con respecto a reivindicaciones políticas, o en otro orden de cosas, a obtener los privilegios de combatiente, que a veces escapan de las concepciones sociales rígidamente asumidas en las sociedades en tiempo de paz.

Volviendo al reclutamiento forzoso, parece ser que existe una estrecha conexión entre éste y la explotación sexual sistemática y abusos a las niñas. Además éstas son obligadas a realizar las labores domésticas para las fuerzas armadas o grupos rebeldes, debiendo estar siempre dispuestas para realizar la comida, pudiendo ser a muy diferentes horas del día o de la noche.

Las chicas superan multitud de complejas situaciones, desde violaciones a golpes y torturas, en muchas ocasiones teniendo la muerte como consecuencia[55]. Según los datos existentes, cuando intentaban escapar eran, en la mayoría de ocasiones, encontradas y secuestradas por segunda vez, lo que propiciaba que acabaran perdiendo su propia identidad a consecuencia de los múltiples secuestros. Uganda, Congo, Angola, Liberia o Sierra Leona son los lugares donde se ha registrado mayor correlación entre la militarización de niñas y la explotación sexual. Ésta puede ocurrir de manera violenta, esto es, siendo físicamente forzadas, o por medio de coacción.

Sus vidas se encuentran expuestas a diferentes formas de violencia basada en el género. De hecho, las agresiones y abusos sexuales, en especial la violación, no eran sólo usadas como medio de punición o castigo, sino que a menudo significaba un instrumento de subyugación profunda, sumado además al sentido de protección e integridad física que lleva a las niñas a verse a sí mismas como impuras y dañadas[56]. Estas violaciones venían perpetradas por los miembros del grupo armado, incluyéndose también a los niños. En efecto, uno de los elementos que diferencia a las niñas y niños soldado es que éstas están aún más expuestas a la violencia, en especial a la sexual, e incluso por parte de los propios menores, lo que las posiciona en el último escalón de la discriminación por el hecho de ser menores y mujeres. En este sentido, algunas teorías apuntan que una de las razones por las que los grupos armados

[54] KEAIRNS, I., *The Voices of Girls Soldiers,* Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Quaker United Nations Office, London, Octubre 2002, pp. 30., p. 3.
[55] BRETT, R., "Girls..., op. cit., p. 32.
[56] WESSELS, M., *Child Soldiers: From Violence to Protection,* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, pp. 293, p. 94.

deciden reclutar a niñas es por la idea de que, a menor edad, menor probabilidad de que estén infectadas por el SIDA[57].

En el conflicto de Uganda, las niñas soldados eran requeridas sexualmente por otros soldados, tomaran o no parte en las actividades de combate[58]. En la República Democrática del Congo, éstas eran en alguna medida enviadas para espiar al enemigo[59], haciendo las veces de esclavas sexuales[60], situaciones que también se han registrado en Angola[61]. Los datos son escalofriantes: en Liberia según los estudios realizados, más de un 75% de las mujeres y niñas asociadas con grupos armados posteriormente rehabilitadas, ha declarado haber sido víctima de violencia sexual.

Otra de las servidumbres que las niñas soldado soportan es la del matrimonio forzado, también llamado en tiempos de conflicto "bush marriage" o "AK47 marriage"[62]. En Sierra Leona un 60% de las niñas soldado se convirtieron en "bush wives", fenómeno que también ha sido documentado en Liberia o Angola, y que tiene muchas similitudes con los matrimonios entre menores y comandantes de las FARC en Colombia. Por supuesto, se trata de elecciones al margen de la decisión de la niña, aunque en ocasiones puede tener la iniciativa o asentir el matrimonio por razones de seguridad respecto a los demás soldados, pues el estatus de esposa evita en muchas ocasiones las violaciones por parte del resto de las fuerzas.

En este sentido, hay que destacar que desde la sentencia adoptada por el Tribunal Internacional para Sierra Leona, el matrimonio forzado constituye un crimen contra la humanidad[63], incluido en la categoría de "otros actos inhumanos", punibles bajo el artículo 2(i) de su Estatuto. La importancia de este hecho es vital, ya que como apunta PARK se trata de un hecho histórico: "*the first time in international legal history "forced marriage" is being prosecuted as a "crime against humanity" in Sierra Leone´s post-conflict Special Court*"[64]. El reconocimiento del matrimonio forzado como acto inhumano tiene gran importancia en cuanto a la derivación de responsabilidades penales individuales para los crímenes basados en el género, asunto que trataremos ampliamente más adelante.

Pese a todo lo anterior, es preciso admitir que algunas de las niñas que han formado parte de grupos armados coinciden en señalar que han adquirido elementos positivos en su estancia con el grupo, que pueden apuntar a algún tipo de empoderamiento con respecto a su situación en el pre-conflicto[65]. El hecho de portar armas y tomar parte activa en los combates, e incluso matar, puede conllevar en algunos casos cierto sentido de autonomía y respeto. Del mismo modo, estas nuevas habilidades adquiridas han conllevado para las niñas la posibilidad en algunos conflictos de convertirse en líderes, ganando su igualdad con los niños y hombres como soldados en una demostración de compromiso hacia la lucha armada y de vileza suficiente para matar[66].

También hay que tener en cuenta que no todas las niñas soldado han tenido experiencias idénticas, sino que existen diferencias dependiendo de los grupos armados, de los países y de los conflictos. En primer lugar, el modo de reclutamiento supone una de las distinciones fundamentales, ya que como hemos visto anteriormente, es habitual que las chicas

---

[57] KEAIRNS, I., *The Voices of Gilrs Child Soldiers,* Quaker United Nation Office, New York, 2002, pp. 30.
[58] LEIBIG, A., "Girl Child Soldier in Northern Uganda: Do Current Legal Framework offer Sufficient Protection?", *Northwestern University Journal of International Human Rights,* vol. 3, Spring, 2005, pp. 1-16.
[59] TWUM-DANSO, A., *African´s…,* op. cit, p. 39
[60] VERHEY, B., *Where are the Girls? Study of Girls Associated with Armed Forces and Groups in the Democratic Republic of Congo,* Save the Children and the NGO Group, London, 2004.
[61] KEAIRNS, I. E., *The Voices of,* op. cit.
[62] PARK, A., "Other Inhumane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers before the Criminal Court", *Social and Legal Studies,* vol. 15, nº 3, 2006, pp. 315-337, p. 327.
[63] Prosecutor v. Issa Hassam Sesay, Morris Augustine Gbao, 2004.
[64] PARK., A., "Others…, op. cit., p. 315.
[65] TWUN-DANSO, A., *Africa*n´s...op. cit., p. 41.
[66] QUÉNIVET, N; SHAH-DAVI, S., "Girls Soldiers… op. cit., p. 122.

secuestradas sean víctimas de violencia sexual, mientras que las que se alistan voluntariamente lo pueden ser bajo coacción o no serlo.

Igualmente, los ritos de iniciación al grupo varían dependiendo del país o conflicto. Así, en Sri Lanka existía el llamado "Hero´s Welcome"- similar al de otros conflictos de África-, que consistía en batirse en una batalla a muerte matando o muriendo, y cuyo éxito proporcionaba todo un homenaje al triunfador o triunfadora[67].En Angola, las chicas eran usadas como "Okulumbuissa"[68], es decir eran forzadas a quedar sistemáticamente embarazadas al comienzo de su pubertad y, por otro lado, eran forzadas a bailar, cantar y responder a las demandas sexuales de los soldados cada noche, debiendo mantener el nivel de excitación apropiado las 24 horas del día. El agua fría era uno de las técnicas usadas para mantenerlas despiertas[69].

Situación bastante diferente, era la de las niñas soldado en Filipinas. Como comentamos anteriormente, el alistamiento voluntario era la norma habitual en este conflicto. Justamente, la mayoría de los grupos opositores dotaban a los reclutadores de sistemas reflexivos con las chicas que venían voluntariamente a alistarse, dándoles la oportunidad de evaluar las ventajas e inconvenientes hasta que estuvieran absolutamente seguras de tal decisión. En principio, según las entrevistas y estudios al respecto, la filosofía de estos grupos era de igualdad entre hombres y mujeres y no se han documentado casos de violencia sexual, al menos de manera usual entre los miembros de los grupos armados. De hecho, las normas del grupo rebelde prohibían expresamente el abuso sexual de mujeres o niñas. Un rígido sistema de separación de sexos impedía igualmente tocar o hablar con alguien del otro sexo a solas. Las relaciones sexuales también estaban vedadas.

En el conflicto colombiano la mayor preocupación se ha focalizado en el control reproductivo y de enfermedades de transmisión sexual. Así, todas las chicas deben recibir medios anticonceptivos y contraconceptivos antes de entrar definitivamente en el grupo armado. El DIU es el método elegido por la mayoría de ellos, aunque también la píldora o las inyecciones contraconceptivas en otros casos[70]. Igualmente, a los hombres infectados con el VIH se les proporcionaban preservativos. Las niñas que se quedaran embarazadas no tenían elección salvo el aborto, norma obligatoria de las FARC[71].

Conclusiones

Las niñas militarizadas sufren muchos de los problemas que tienen los niños soldado, pero además son víctimas en muchos casos de violencia basada en el género. En estos casos, tras su desmovilización, encuentran enormes trabas para su futuro. Ejemplos de ello son las lagunas en la educación, el trauma del secuestro o –en su caso- de violencia sexual, la experiencia de matar, la drogadicción o las heridas de guerra. Sin embargo, lo que hace de las experiencias de niñas una situación de necesario análisis por separado no es más que el estatus inferior que tienen las mujeres y las niñas en la sociedad pre-conflicto, como ya se ha puesto de relieve anteriormente.

Una de las mayores preocupaciones que trasciende a esta cuestión, es la de cómo tendrá lugar la reconstrucción y desarrollo de la vida de estas niñas. Efectivamente, la militarización de un menor dejas huellas imposibles de borrar y de describir, pero sin duda en el caso de las niñas habrá que sumar las derivadas del rol que las mujeres están llamadas a cumplir, las debilidades político-sociales de su sociedad[72] y, consecuentemente, la marginación

---

[67] KEAIRNS, I, *The Voices*…, op cit, p. 11.
[68] Ibídem., p. 7.
[69] Ibídem., p. 8.
[70] *Aprenderás a no llorar*, niños combatientes en Colombia, División de las Américas de Human Rights Watch, accesible en www.hrw.org/spanish/informes/2003/colombia_ninos.pdf.
[71] KEAIRNS, I., *The Voices*..., op. cit., p. 9.
[72] ABRIL STOFFELS, R., "Las niñas en los conflictos armadas: un colectivo olvidado y una ocasión perdida", en *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales,*

por cuestiones de honor de la familia. Esto conlleva, en suma, que en el período pos-conflictual las niñas que han sido víctimas de violencia sexual sean fuertemente estigmatizadas por su familia y sociedad, por lo que la prostitución suele ser un camino habitual a tomar para las mismas[73]. Además, el SIDA suele convertirse en otro elemento más a sumar entre las consecuencias nefastas del conflicto en la vida de estas niñas. No obstante, la reintegración en las sociedades de las niñas soldado va a resultar compleja, tanto por factores internos como externos, esencialmente, comunitarios. Además, las niñas ya no serán más niñas, sino mujeres.

Es necesario que el Derecho Internacional ofrezca una protección específica a las niñas soldado y que las labores de Desarme, Desmovilización, y Reintegración (DDR) pongan énfasis en construir una educación en igualdad. Ello podría subsanarse con un protocolo específico que desarrollase una adecuada protección a las niñas en contextos de conflicto armado. Este protocolo debería contemplar la diferencia que existe en el plano social entre las niñas y los niños, y los diferentes efectos que las hostilidades tienen sobre unos y otros. Además, debería considerarse a las niñas como diferentes a las mujeres, si bien ambas son receptoras de un determinado estereotipo de género, su susceptibilidad no es igual debido al elemento fundamental de la minoría de edad.

Si la adopción de un protocolo puede ser un objetivo difícil de llevar a cabo, no se puede pasar por alto la actualización de los preceptos existentes, en especial los Convenios de Ginebra y la Declaración de Principios y Buenas Prácticas de Ciudad del Cabo. La necesidad de tal actualización de preceptos viene corroborada por la Sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso *Lubanga*, en la que se ha puesto de manifiesto la ceguera de género en la condena al individuo por alistamiento y reclutamiento de menores, perdiendo la oportunidad de constatar el impacto de género diferenciado que se produce en el fenómeno de los niños soldado, pese a existir evidencia de violencia sexual, embarazos y matrimonios forzados entre las niñas alistadas.

Bibliografía

- ARELLANO VELASCO, M., *La guerra no es un juego. Uso y participación de niños en conflictos armados,* Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2008, pp. 275.
- BRETT, R., "Girls Soldiers: Denial of Rights and Responsibilities", *Refugee Survey Quarterly,* vol. 23, nº 2, 2004, pp. 30-37.
- BRETT, R., *Girls Soldiers: Challenging the Assumptions*, Quaker United Nations Office, 2010.
- COHN, I; GOODWIN-GILL, G, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts,* 2ª edición, Oxford University Press, New York, 1997, pp. 228.
- FOX, M. J., "Girls Soldiers: Human Security and Gendered Insecurity", *Security Dialogue,* vol. 35, nº 4, December, 2004, pp. 465-479
- GACHNOCHI, G., "Niños entrenados y/o educados para matar y para morir", *Aperturas Psicoanalíticas: Revista de Psicoanálisis,* nº 36, 2010.
- HERNÁNDEZ PRADAS, S., "La protección especial del niño en el Derecho Internacional Humanitario", en *Derecho Internacional Humanitario,* (RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., Coord.), Tirant lo Blanch, Cruz Roja Española, 2007, pp. 615-633.
- HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados: marco jurídico para su protección internacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 439.
- LEIBIG, A., "Girl Child Soldier in Northern Uganda: Do Current Legal Framework offer Sufficient Protection?", *Northwestern University Journal of International Human Rights,* vol. 3, Spring, 2005, pp. 1-16.
- MADUBUIKE-EKWE, J. N., "The International Legal Standards adopted to stop de participation of children in armed conflicts", *Annual Survey of International and Comparative Law,* vol. 11, pp. 29-48.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F y FORNER DELAYGUA, J., (Dirs.), Barcelona, 2010, pp. 173-201, p. 179.

[73] MACHEL, G., *The Impact of War on Children,* Hurst&Co, Londres, 2001, pp. 230, p. 18.

- OTUNNU, O. A., “Era of Application: Instituting a compliance and enforcement regime for CAAC”, Declaración ante el Consejo de Seguridad, Nueva York, 23 de febrero de 2005.
- PARK, A., “Other Inhumane Acts: Forced Marriage, Girl Soldiers before the Criminal Court”, *Social and Legal Studies,* vol. 15, nº 3, 2006, pp. 315-337
- QUÉNIVET, N; SHAH-DAVI, S., “Girls Soldiers and Armed Conflict”, en *Human Rights issues in the 21st Century, (*BECKER, S. M; SCHNEIDER, J. N., Ed.), pp. 103-132, p. 106.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario: los niños soldado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp. 217-239.
- TRIFFTERER, O., *Commentary on the Roma Statute of the International Criminal Court,* 2ª Edición, Verlag C. H. Beck, München, 2008, pp. 1954.
- TURSHEN, M., “The Political Economy of Rape”, en *Victims, perpetrator*s or actors?”, en *Gender, Armed Conflicts and Political Violence,* Zed Books, London, 2001, pp. 23.
- TWUM-DANSO, A., *African´s Young Soldiers. The Co-Option of Chilhood,* Institute of Security Studies, Monograph nº 82, pp. 57
- VERHEY, B., *Where are the Girls? Study of Girls Associated with Armed Forces and Groups in the Democratic Republic of Congo,* Save the Children and the NGO Group, London, 2004.
- WESSELS, M., *Child Soldiers: From Violence to Protection,* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, pp. 293.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Damián Jurado Cabezas.
Becario Colaboración MEC 2012/2013.
Universidad de Cádiz.

Resumen: El autor analiza brevemente el régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (BOE 23 de junio de 2010) y que entró en vigor el 22 de diciembre del mismo año. El reconocimiento de esta responsabilidad penal supone probablemente la reforma de mayor calado en nuestro Código desde su promulgación en 1995. Esta relevancia deriva no sólo de la necesidad de su previsión desde un punto de vista pragmático, habida cuenta de los elevados índices de criminalidad cometidos bajo el manto de las personas jurídicas, sino sobre todo por el escollo dogmático que supone la previsión de tales entes como sujeto activo del delito en un Código Penal construido sobre los conceptos de persona física y acción finalista. Desde entonces, la máxima latina *societas delinquere non potest* ha dado paso a aquella otra que afirma que *societas delinquere et puniri potest*.

Palabras clave: Código Penal, persona jurídica, responsabilidad penal, principio de culpabilidad, defecto de organización.

ABSTRACT: The author analyzes slightly the legal regulations about criminal liability of corporations which have been implemented by the LO 5/2010, June 22nd, reforming the Penal Code, and came into force in December 22nd 2010. The establisment of criminal liability of legal persons is probably the most prominent reform in our Penal Code since it has been published in 1995. This prominence is because criminal liability is requered, due to the high figures of crimes committed under the shadows of corporations, as well as the dogmatic hurdle that means recognizing legal persons as active person of a crime in a Penal Code which was based on the ideas of individual person and finalist action. From this point on, the Latin quote *societas delinquere non potest* has turned into *societas delinquere et puniri potest*.

Key words: Penal Code, legal person, criminal liability, culpability, management failure.

Con el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se satisfacen las exigencias derivadas de los instrumentos internacionales, particularmente de ámbito comunitario, que reclamaban una respuesta efectiva, aunque no necesariamente penal, frente a la delincuencia empresarial. Así, entre otros: las Directivas 2001/36/UE, 2008/99/CE y 2009/123/CE y las Decisiones Marco 2001/413/JAI, 2003/82/JAI, 2004/68/JAI y 2004/757/JAI.

Dejando a un lado los argumentos a favor –de índole pragmático– y habiendo el legislador dado por superada los argumentos esgrimidos en contra de tal responsabilidad penal con su expresa adopción –incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena–, el régimen legal instaurado por la meritada Ley Orgánica se centra sustancialmente en el art. 31 bis CP que resulta complementado por los arts. 33.7, 66 bis, 116.3, 129 y 130.2 CP a los que deben añadirse los correspondientes delitos de la Parte Especial en los que cabe esta nueva responsabilidad penal (arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 348, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 570 quáter, 576 bis CP).

En primer lugar, el sistema que desencadena la responsabilidad penal de la persona jurídica –hecho de conexión– se establece en el art. 31 bis 1 CP en cuya virtud aquélla será penalmente responsable de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, bien por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho (hecho de conexión del primer párrafo del art. 31 bis 1 CP), bien por las personas sometidas a la autoridad de los anteriores como consecuencia de no haber ejercido sobre ellos el debido control (hecho de conexión del segundo párrafo del art. 31 bis 1 CP).

En cuanto a la representación podemos definirla como aquella institución jurídica, por medio de la cual una persona –el representante– actúa en nombre de otra –el representado– de

manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último, nunca del representante[1]. En el Derecho civil el concepto de representante legal invoca a aquella representación que se produce por mandato de la ley para suplir la falta o la limitación de la capacidad de obrar del sujeto, siendo muy frecuente sobre todo en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia: el defensor judicial de los bienes del desaparecido (art. 181 CC), el representante legal del declarado ausente (art. 184 CC), los padres que ejercen la patria potestad de los hijos (art. 154.2 CC), el tutor del menor o incapacitado (267 CC), etc. Y esta representación legal se contrapone a la llamada representación voluntaria que es la que se debe a la existencia de un previo poder de representación –apoderamiento– o a una posterior ratificación por parte del *dominus*[2], esto es, es el propio interesado quien designa o acepta libremente a otra persona para que actúe como representante suyo.

En relación con las personas jurídicas y, en particular, en el ámbito de las sociedades mercantiles, se distingue también entre representación voluntaria y representación legal siendo ésta calificada como representación orgánica por corresponder a los miembros de los órganos de administración de la persona jurídica. Ciertamente, "*las sociedades mercantiles necesitan valerse de órganos con distintas esferas de competencia*", entre los que se encuentra el órgano de administración de la sociedad, correspondiendo la facultad de representación de la misma a este órgano o a algunos de sus miembros si bien debe, en todo caso, tenerse en cuenta que "*la condición de administrador no comporta necesariamente la facultad de representar a la sociedad: pueden existir administradores con poder de representación y administradores que carezcan de él*"[3].

Por tanto, si con representación legal se quiere hacer referencia a aquella que es impuesta en virtud de disposición legal y ésta, en el caso de las sociedades mercantiles, hace referencia a los administradores a los que según la ley corresponda tal función, pudiera parecer que carece de sentido la expresa referencia al representante legal al quedar adsorbida por la de administrador que a continuación de aquélla se menciona. Para evitar que esta previsión quede vacía de contenido, entiende DEL ROSAL BLASCO que "*cuando el Código Penal se refiere, en dicho precepto, a los representantes legales del ente colectivo, se está, en realidad, refiriendo a los representantes voluntarios que (…) también representan, dentro del ámbito del poder o de las facultades de representación que se les ha conferido, a la persona jurídica*",[4] a lo que debe añadirse que no sólo se está haciendo mención a dichos representantes voluntarios, sino también a aquellas personas que tengan atribuida la representación de las personas jurídicas que no revisten forma societaria o que, a pesar de ostentarla, no reciben el nombre de administradores, "*evitándose así lagunas punitivas*"[5].

Dicho lo cual, el concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas, debiendo entenderse por tal a "*quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo con las normas generales que rigen la respectiva modalidad societaria*" [STS 59/2007, de 26 de enero (RJ\2007\1587)]. Así se dispone también en la STS 816/2006 de 26 de julio (RJ\2006\7317), reiterada en la más reciente STS 480/2009 de 22 de mayo (RJ\2010\662), según la cual por "*administradores de derecho se entiende en cada sociedad a los que administran en virtud de título jurídicamente válido (…) o, en general, a los que pertenezcan al órgano de administración de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil*".

---

[1] DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, en "*Sistema de Derecho Civil. Volumen I*", Madrid, Tecnos, 2012, página 474.
[2] Ibíd., página 474 y siguientes.
[3] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel (directores), "*Lecciones de Derecho Mercantil*", Pamplona, Civitas, 2011, páginas 189 y siguientes.
[4] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "*La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, Nº 1, del Código Penal*", Cuadernos de Política Criminal, 2ª época, I, número 103, 2011, páginas 55 y 56.
[5] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "*La responsabilidad penal de las personas Jurídicas"*, en DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, Julio, "*Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011"*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Ediciones, 2011, página 95.

Las dificultades se plantean en relación al concepto de administrador de hecho. A este respecto, el Tribunal Supremo, con ocasión de la aplicación del art. 31 CP y de los delitos societarios –arts. 290 a 297 CP–, opta por una interpretación del concepto en la que muestra una atención preferente a criterios de índole material frente a los de orden formal. En efecto, la antes mencionada STS 59/2007 de 26 de enero (RJ\2007\1587), considera como administrador de hecho no sólo a "*aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil*" sino también a "*quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y, concretando en él los poderes de un administrador de derecho*", es decir, "*la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador*"[6], siempre y cuando todo ello se lleve a cabo, "*de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión*". Los términos empleados por la STS 480/2009 de 22 de mayo (RJ\2010\662) para referirse al administrador de hecho son los de "*quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*". En igual sentido, pero aún más ilustrativa si cabe, la STS 606/2010 de 25 de junio (RJ\2010\7169) en la que se sostiene, con ocasión de la cláusula de transferencia de responsabilidad que supone la actuación en nombre de otro del art. 31 CP, que "*ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad*" y "*ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla*", lo que implica que "*también puede devenir intranets* (sic)*, quien sea administrador de hecho*" al objeto de "*evitar la impunidad de quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre lo mismos*".

En el caso de delitos cometidos por los empleados sometidos a la autoridad de los representantes o administradores, se contempla una exigencia *ex novo* consistente en que se haya cometido el delito "*por no haberse ejercido (…) el debido control*" por las personas mencionadas en el primer párrafo del art. 31 bis 1 CP debiendo valorarse a tal efecto "*las concretas circunstancias del caso*". Como se verá *ut infra*, este debido control se convierte en pieza fundamental del sistema[7], ya que puede ser entendido como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica siempre y cuando sea considerado como "*una conducta social de defecto de control u organización*" y no como "*omisión individual del deber de control por parte de las personas físicas correspondientes*"[8], supuesto éste último que quedaría incluido en el primero de los hechos de conexión (comisión por omisión). Por tanto, y sólo por lo que respecta al hecho de conexión previsto en segundo párrafo del art. 31 bis 1 CP, ese debido control ha de ser exigido a las personas físicas de los representantes y/o administradores[9] y se produce tal infracción "*cuando éste hubiera conocido los hechos (esto es, el riesgo o la certeza de comisión de un delito por parte del empleado o dependiente) y los hubiera podido remediar, sin necesidad de que las medidas correctoras fueran de la propia competencia*"[10].

En cuanto a los requisitos de la conducta delictiva cometida tanto por el representante o administrador como por las personas sometidas a la autoridad de aquéllos, dispone el art. 31 bis 1 CP que la misma sea realizada en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho.

La actuación "*en nombre o por cuenta*" de la persona jurídica se refiere a la vinculación o relación con la actividad de la persona jurídica –giro o tráfico de la empresa– siendo, por tanto, necesario que las personas físicas mencionadas actúen en el marco de sus competencias.

---

[6] Así, por ejemplo, en la STS 1027/2003 de 14 de julio (RJ\2003\6033) se considera coautores de un mismo delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social al administrador de hecho y de derecho.

[7] DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "*Responsabilidad de personas jurídicas*", en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, "*Reforma Penal 2010*", Madrid, Memento Experto Francis Lefebvre, 2010, página 20.

[8] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 26 de febrero de 2009, página 9.

[9] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "*La delimitación típica …*", ob. cit., página 90.

[10] DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "*La delimitación típica …*", ob. cit., páginas 91 y 92.

Quiero ello decir que tan sólo son susceptibles de generar responsabilidad penal los supuestos de *extralimitación material* que son aquellos en los que representantes o administradores cometen el delito en el ámbito de sus competencias o con ocasión del ejercicio de las mismas[11] si bien vulnerando, obviamente, el orden jurídico-penal. Lo anterior implica la exclusión de aquellos supuestos en los que el representante o administrador comete un ilícito penal consecuencia de una actuación que no queda dentro del marco de sus competencias –*extralimitación formal*–, en cuyo caso tendrá lugar la irresponsabilidad de la persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de la persona física infractora a la que pudiera haber lugar. Y ello porque, como señala ZUGALDÍA ESPINAR, una acción de exceso no puede considerarse expresión del poder de la persona jurídica[12].

Por último, el término "*provecho*" ha de interpretarse en el sentido de que la persona física actúe en beneficio o utilidad de la persona jurídica siendo indiferente que sea un beneficio directo o indirecto así como inmediato o potencial por referirse a una situación futura que incluso puede que no llegue a producirse. Tampoco se limita exclusivamente a un beneficio o utilidad económico y, en todo caso, resulta compatible con el provecho propio de la persona física.

Sin embargo, no se establece el fundamento de dicha responsabilidad y es en este punto donde la Doctrina se esfuerza por construir un sistema de imputación que resulte compatible con el principio de culpabilidad**.** *Prima facie*, parece que a tenor de lo dispuesto en el art. 31 bis 1 CP se opta por el modelo vicarial respecto al hecho de conexión del primer párrafo (responsabilidad penal por los hechos cometidos por representantes o administradores), mientras que en el supuesto del segundo párrafo (responsabilidad por los hechos cometidos por los subordinados) se opta por un modelo de culpabilidad propia como consecuencia de la expresa referencia a la omisión del debido control.

No obstante, si queremos conservar intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, el modelo vicarial no puede ser sostenido. Y es que la reforma operada por la LO 5/2010 no ha supuesto la modificación del art. 5 CP, plasmación del principio de culpabilidad, que establece que "*no hay pena sin dolo o imprudencia*". En efecto, este principio implica la responsabilidad personal o responsabilidad por el hecho propio –o prohibición de la responsabilidad penal por el hecho ajeno, si se prefiere– así como la exigencia de dolo o imprudencia y la atribuibilidad o imputabilidad del autor. Se hace necesario, por tanto, al igual que ocurre con las personas físicas, la existencia de un hecho propio de la persona jurídica para así evitar tanto una indeseable responsabilidad objetiva –sin dolo o imprudencia– como una responsabilidad por el hecho ajeno, ambas incompatibles con aquel principio. A este respecto, dentro del modelo de responsabilidad o culpabilidad propia, se alude al llamado "*defecto de organización*" o *management failure*, formulado originariamente por TIEDEMANN, y que supone fundamentar la responsabilidad penal del ente bien en la omisión de las medidas de precaución y de control que le eran exigibles para garantizar el desarrollo no delictivo de la actividad de la empresa bien en la implementación de una estructura defectuosa de organización que favorezca o facilite el ilícito penal. Y este defecto de organización podría tener lugar de forma dolosa o imprudente (sin olvidar la exigencia de previsión expresa de esta última para su punición –art. 12 CP–) siendo, por tanto, compatible con el art. 5 CP.

---

[11] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "*La reforma del art. 129 CP*" y "*La responsabilidad penal de las personas Jurídicas"*, en DÍAZ MAROTO y VILLAREJO, Julio, "*Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011"*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Ediciones, 2011, página 98; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español*", Revue électronique de l'AIDP, 2011, s.n.; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "*La delimitación típica ...*", ob. cit., páginas 85 y siguientes; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, "*Responsabilidad de personas jurídicas*", en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, "*Reforma Penal 2010*", ob. cit., páginas 17 y 18; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*", en La Ley 14962/2010, s.n.; Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, página 40.

[12] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "*Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)*", La Ley Penal, número 76, año VII, noviembre 2010, página 8.

Por otro lado, la responsabilidad penal de la persona física que realiza el hecho de conexión y la de la persona jurídica se configuran como responsabilidades independientes. En efecto, por una parte, el art. 31 bis 2 CP establece que "*la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física no haya sido individualizada o no haya sido podido dirigir el procedimiento contra ella (…)*". De aquí puede derivarse algún problema ya que el art. 31 bis 1 CP dispone que la responsabilidad penal de la persona jurídica tendrá lugar como consecuencia de los "*delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho"* y "*por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control"* mientras que el art. 10 CP define los delitos y las faltas como "*las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*", de donde se deduce, *a sensu contrario*, que no hay delito sin que concurra dolo o culpa. De este modo, si la persona física, autora material del ilícito penal, no resulta determinada por la causa que sea, ocurrirá que no podrá probarse si actuó dolosa o imprudentemente ni, por tanto, si existió o no delito en los términos del art. 10 CP, o si por el contrario concurría una causa de justificación (o que se trate de un supuesto de error de tipo invencible) que haga que la conducta no sea merecedora de sanción penal. Probablemente, hubiera sido más acertado que el legislador, en vez del término "delitos" hubiera utilizado en su lugar el de "hechos".

Por su parte, el art. 31 bis 3 CP establece que la concurrencia en las personas físicas de "*circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven su responsabilidad*" no excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por tanto, es necesario que el hecho de la persona física sea típico y antijurídico pero no que aquélla sea culpable. Tampoco afecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica que la responsabilidad de la persona física aparezca agravada. Insiste también el art. 31 bis 3 CP en la irrelevancia para la persona jurídica que supone el fallecimiento o la sustracción a la acción de la justicia de la persona física autora material del delito.

En cuanto a los delitos en los que cabe tal responsabilidad penal, ha de señalarse que el sistema de *numerus clausus* no termina de convencer pues aunque, mayoritariamente, son delitos relacionados con la realidad económica en la que se desenvuelven las empresas, ni están todos los delitos económicos ni todos los delitos tienen esta consideración. El número de delitos de los que podría ser responsable una persona jurídica no sólo podría ser mayor sino que, además, resultaría conveniente en tanto en cuanto son muchos más los ilícitos penales que no resultan ajenos a la actividad de las personas jurídicas.

A lo anterior, ha de añadirse la falta de adaptación al nuevo régimen de ciertos tipos que aun cometidos por personas jurídicas remiten al reformado art. 129 CP, ahora sólo aplicable a entes sin personalidad jurídica, dando lugar a insostenibles lagunas de impunidad. Se da tal circunstancia en los delitos relativos a la manipulación genética (162 CP), los de alteración de precios en concursos y subastas públicas (262 CP), el delito societario de obstrucción de la actividad inspectora (294 CP), los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 359 a 365 CP, el delito de falsificación de moneda (art. 386 CP) y los delitos de asociaciones ilícitas (art. 520 CP).

Se establece un sistema de atenuantes *postdelictuales* en el art. 31 bis 4 CP (confesión, colaboración y reparación y establecimiento de medidas eficaces de prevención y detección del delito – programas de cumplimiento o *compliance programs*–) mientras que el legislador guarda silencio respecto a posibles agravantes y eximentes completas. Ahora bien, respecto a éstas últimas, puede afirmarse que el *telos* de la reforma –autorregulación de las personas jurídicas– permite considerar la existencia de, al menos, una exención total de la responsabilidad penal: el establecimiento de eficaces programas de cumplimiento con anterioridad a la comisión del delito. En efecto, si a tenor de la letra d) del art. 31 bis 4 CP, el "*haber establecido antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*" atenúa la responsabilidad penal, *sensu contrario*, el hecho de contar con un programa de cumplimiento eficaz *ex ante* a la comisión del ilícito penal debe conducir a la irresponsabilidad penal de la persona jurídica en

tanto en cuanto no puede hablarse de defecto organizativo como injusto propio de la persona jurídica y, por consiguiente, el hecho antijurídico sólo resultaría atribuible a la persona física. Otra conclusión, además de contraproducente respecto al *telos* que subyace tras la reforma y las circunstancias atenuantes –autorregulación de las personas jurídicas–, no tendría sentido alguno pues mientras que la persona jurídica que implanta un programa de cumplimiento idóneo y creíble antes de la comisión del delito no obtendría ninguna ventaja, aquella otra que lo hace una vez cometida la infracción penal y antes del juicio oral, se beneficiaría, en cambio, de una atenuación de la pena[13].

No ofrece el legislador un concepto de persona jurídica a efectos penales por lo que habrá que estar a lo establecido en la legislación civil y mercantil y asumir la jurisprudencia recaída en estos órdenes sobre este aspecto, en especial en lo que se refiere a las sociedades en formación y las sociedades irregulares [SSTS de 1 de octubre de 1986 (RJ\1986\5230) y 740/2010 de 24 de noviembre (RJ\2011\580)] . Sí contempla, en cambio, una serie de personas jurídicas excluidas en el art. 31 bis 5 CP (el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas así como las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general), listado no exento de polémica pero suavizada en cierta medida por la inclusión de los partidos políticos y sindicatos como personas jurídicas penalmente responsables a raíz de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

En materia penológica, se configura la multa como la pena reina y se añaden otra serie de sanciones penales cuya imposición dependerá del criterio del juzgador, previa valoración del triple juicio contenido en el art. 66 bis CP ("*su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos; sus consecuencias económicas y sociales y, especialmente los efectos para los trabajadores; el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control"*). A su vez, se configura un sistema de determinación judicial de la pena de multa por remisión al art. 66 CP y unas reglas propias para el resto de penas en el art. 66 bis CP.

Finalmente se establece un régimen de traslado o continuidad de la responsabilidad penal en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión y disolución aparente (art. 130.2 CP) no demasiado respetuoso con la legislación mercantil, en concreto, con la Ley 3/2003, de 3 de junio, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, pues según ésta algunos de aquellos supuestos suponen la extinción de la persona jurídica originaria.

[13] NIETO MARTÍN, Adán, "*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*" en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coordinador), "*Curso de Derecho Penal. Parte General*", ob. cit., página 552.

APORTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR A LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

María Lidón Lara-Ortiz

Profesor Asociado Derecho Administrativo, Universitat Jaume I

RESUMEN

La regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida por la L.O. 5/2010, se configura sobre criterios de imputación tomados del Derecho civil, y más concretamente dentro de este, de la responsabilidad civil de carácter extracontractual y derivada de hechos de otro; esta particularidad, plantea ciertos problemas dogmáticos respecto al Derecho penal clásico, y también problemas de virtualidad práctica, debiendo acudir al Derecho civil y mercantil (societario), en cuanto a la configuración de esa responsabilidad basada en hechos de otro y, al Derecho administrativo sancionador, donde la problemática de la atribución de responsabilidad administrativa ha sido tratada anteriormente en relación con las personas jurídicas, especialmente en materia tributaria, de modo que, las conclusiones a que se ha llegado en el ámbito administrativo pueden servir para clarificar la operatividad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y aportar soluciones a los problemas planteados en relación, especialmente, con la configuración de la culpabilidad, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, y la extensión de la responsabilidad penal a los entes sin personalidad.

Palabras clave: Derecho administrativo sancionador, personas jurídicas, responsabilidad, penal, culpabilidad.

1. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD; UN DERECHO PENAL DISTINTO AL CLÁSICO

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como se regula actualmente en el artículo 31 bis CP, se ha construido sobre criterios de imputación tradicionalmente utilizados en la configuración de la responsabilidad civil derivada de hecho de otro, y supone unos presupuestos y elementos bien diferentes a los del Derecho penal clásico, lo cual permite que nos planteemos si cabe hablar de una nueva categoría de Derecho penal. Esta idea ya se había apuntado anteriormente a la reforma penal de 2010, con ocasión de la redacción dada por la L.O. 15/2003, al artículo 31 CP que recogía una incipiente responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues se introducía la solidaridad en el pago de la multa del autor del delito (persona física) y de la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se actuaba. Esta norma era para algunos autores, "extremadamente confusa en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad solidaria" impuesta a la persona jurídica[1], y se planteaba si <<estamos ante una institución de naturaleza penal o si, por el contrario, tiene otra naturaleza>>[2]. Otras posturas mantenidas en la doctrina al respecto son la de identificar esta responsabilidad con una sanción administrativa o la de considerarlo una distinta forma de sanción penal, pues para la admisión de su naturaleza penal existían algunas dificultades dogmáticas. A la vista del actual artículo 31 bis CP, debemos considerar que estamos ante una auténtica sanción penal puesto que se recoge en una norma penal, y es consecuencia de una infracción penal; ahora bien, indudablemente con unas características muy particulares.

---

[1] MIR PUIG S., (2004) Derecho Penal, Parte General, Barcelona: Ed. Reppertor, p. 201.

[2] SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA I., (2006) "El art. 31.2 del Código penal, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", INDRET 2/2006, p. 8-10, http://www.indret.com.

Dado que su particularidad radica en que se parte de un hecho delictivo cometido materialmente por una persona física, y se imputa a la entidad en base a los criterios clásicos de atribución de responsabilidad civil[3] por hecho de otro, podemos plantearnos si estamos ante una nueva categoría de derecho penal[4], pues como ha sido puesto de manifiesto por diversos autores[5] no puede, en estos casos, concurrir el elemento de la culpabilidad tal y como se concibe en sentido clásico.

Por este motivo, encontramos posiciones[6] que destacan el difícil encaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal clásico; aunque, debemos partir de la idea de que la responsabilidad requiere la concurrencia del elemento subjetivo[7]. Ello es así, tratándose de responsabilidad civil, penal, y administrativa en el ejercicio de la potestad sancionadora (respecto a este último, así resulta de los artículos 130 y 137 Ley 30/1992, artículo 179 de la Ley 58/2003, General Tributaria). Este denominador común, la culpabilidad, permite encontrar similitudes en la responsabilidad civil, administrativa y penal de las personas jurídicas, que serán de utilidad para la configuración de esta última, menos desarrollada por ser novedosa en nuestro derecho, que las otras dos.

2. LOS ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA, ¿PUEDEN CONSIDERARSE RESPONSABLES?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, que viene a reconocer la capacidad de infracción administrativa de las personas jurídicas, lo hace en base a su capacidad de infringir normas y obligaciones legales, por lo que si los entes sin personalidad jurídica son destinatarios de esas obligaciones, también tienen capacidad para infringirlas. En este sentido, si nos fijamos en el Derecho administrativo, concretamente, en materia tributaria, el artículo 35.4 LGT –Ley 58/2003-, los considera obligados tributarios cuando constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición, y por tanto susceptibles de responsabilidad.

El reconocimiento de capacidad de infracción administrativa a los entes sin personalidad puede tener cierta relevancia penal por la interacción con las normas sobre el delito fiscal –artículo 305 CP-, ya que en este caso, penalmente no podríamos considerar a tales entes como responsables penales, y sin embargo, en el expediente administrativo sí que serían parte. La diferencia de tratamiento en materia penal y administrativa no está demasiado justificada si atendemos al criterio mayoritario en la doctrina[8] que mantiene la inexistencia de diferencias sustanciales entre el injusto penal y administrativo[9].

---

[3] GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (2005), "La culpabilidad penal de la empresa", p. 73, Ed. Marcial Pons.

[4] GARCÍA ARÁN M., (2011) "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007", en Libro homenaje dedicado al Prof. Prats Canut, p. 245, Universitat Barcelona.

[5] GARCÍA ARÁN M., (2011) "Las consecuencias accesorias….", Ob. cit., p. 254, cita a FEIJOO SANCHEZ, "Sanciones para la empresa por delitos contra el medioambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas". Civitas, Madrid, 2002).

[6] MIRÓ LLINARES F. (2007), "Reflexiones sobre el principio societas delinquere non potest y el artículo 129 del código penal" en Manual de Formación Continuada, págs. 195, Madrid, Ed. CGPJ.

[7] OSPINA SANCHEZ y DELGADO PINZÓN (2010), "De la culpa a la responsabilidad objetiva: Aplicación de la culpa en los casos de Responsabilidad civil", http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/DE_LA_CULPA_A_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA_APLICACION_DE_LA_CULPA_EN_LOS_CASOS_DE_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf, p. 78.

[8] BAJO FERNÁNDEZ M. (2008), "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", p. 2, INDRET, julio de 2008. Disponible en http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf. Última consulta el 6 de septiembre de 2012.

[9] Sin embargo, señala FEIJOO SÁNCHEZ (FEIJOO SÁNCHEZ, (2007) "Normativización del Derecho penal y realidad social", p. 206, Bogotá Ed. Universidad Externado de Colombia) que existen diferencias, sobre todo atendiendo a la finalidad de la pena, considerando que los fines del derecho

Procesalmente, no hay inconveniente para considerarles responsables y que sean parte en el proceso, puesto que los entes sin personalidad tienen capacidad para ser parte de acuerdo con el artículo 6.5º LEC –que rige como supletoria respecto de las demás normas procesales, ex art. 4 LEC-. Es, en el plano sustantivo penal, donde encontramos el problema de su inclusión, puesto que esta debe ser expresa, dados los principios de legalidad y tipicidad.

Por todo ello, de *lege ferenda* se hace conveniente la extensión de responsabilidad penal a los mismos, existiendo ya, un primer paso dado en este sentido, en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado que considera aplicables a los mismos las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP[10], siendo este el precedente inmediato del reconocimiento de responsabilidad criminal propia a las personas jurídicas, e incluyendo un estatuto de responsabilidad penal accesoria, cuya naturaleza es claramente penal[11]. A todo lo anterior, cabe añadir que el Anteproyecto de reforma del Código Penal que fue aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 11 de octubre de 2012, da un paso en el sentido que aquí estamos defendiendo, puesto que se proyecta la modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 129 CP, de modo que en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis del Código Penal, puedan las mismas ser destinatarias de una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, dentro de ciertos límites, y en los mismos casos en los que esté prevista su aplicación a las personas jurídicas.

3. LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN RELACIÓN CON EL ELEMENTO SUBJETIVO.

Los criterios que se han acogido en el artículo 31.1 bis CP, conforman el sistema de la doble vía[12], esto es, dos criterios de atribución distintos: el primero es de carácter objetivo y el segundo criterio se basa en la culpa in vigilando. En ambos casos, encontramos un elemento común que es la actuación de un tercero con el que pueda tener conexión la persona jurídica, lo que dificulta la inclusión de la culpabilidad entendida según el Derecho penal clásico.

En el marco de la infracción y sanción administrativa, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, entendió que, las personas jurídicas tienen capacidad infractora y que, si bien, la Constitución española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, cuyos principios son los mismos que los del Derecho Administrativo sancionador, ello no implica, que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo; por lo que en base a ello, se admite la culpabilidad de las personas jurídicas en materia administrativa. Cabe destacar que las SSTC 76/1990 y 246/1991 matizan el principio de culpabilidad respecto a las infracciones administrativas, de modo que resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva pura o sin culpa, pero destacan que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se aplica a las personas físicas[13]. Esta idea se puede extrapolar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para entender cómo opera esa culpabilidad entendida de forma diferente a la del derecho penal de las personas físicas hay que acudir a la teoría del riesgo configurada

---

administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales, y el derecho penal solo puede prevenir riesgos futuros sobre la base de retribución de efectivos riesgos pasados.

[10] Circular FGE 1/2011, p. 73.

[11] MORALES PRATS F. (2009), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Estudios de derecho judicial, Nº. 155, p. 381 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos).

[12] Así lo denominan CORCOY BIDASOLO M. y MIR PUIG S. (dir.) (2011), Comentarios al Código Penal, Reforma L.O. 5/2010, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 132.

[13] En el mismo sentido G. QUINTERO OLIVARES, "Sobre la responsabilidad penal de las personas…" ob. cit., p. 185.

respecto a la responsabilidad civil[14], y a la doctrina de la comisión por omisión. Respecto a esta última, la STS, Sala Segunda nº 257/2009 y la STS 11 de marzo de 2010, Sala 2ª interpretan la comisión por omisión en relación con la responsabilidad de los administradores y representantes, y así, partiendo del artículo 11 del Código Penal la segunda declara que "el tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética". Por tanto, la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en cuenta el criterio de imputación basado en la falta de control, tiene en cuenta el elemento subjetivo, y ello considerando que la culpa *in vigilando* que se le atribuye es consecuencia de sus propios actos; concurriendo, por tanto, en estos casos, el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988).

Por su parte, la teoría del riesgo aplica el criterio basado en la culpa in vigilando en materia de responsabilidad civil, suponiendo una culpa presunta, e invirtiéndose la carga de la prueba, de modo que la responsabilidad civil se impondrá mientras el presunto culpable no demuestre que puso toda la diligencia debida para evitar el perjuicio[15], desde el punto de vista penal, el problema que nos encontramos para admitirlo es el principio de presunción de inocencia. Precisamente, los Informes del Consejo General del Poder Judicial referentes a los Anteproyectos de reforma penal de 2006 y de 2008 se referían a la posible inconstitucionalidad de este sistema de imputación por ello, y en el mismo sentido, encontramos algunas críticas doctrinales[16].

Ahora bien, siguiendo la teoría del riesgo, esa inversión de la carga de la prueba, actúa en el ámbito civil, sin eliminar absolutamente el elemento subjetivo de la culpa, solo implica la proximidad o facilidad probatoria en ciertas circunstancias. Del mismo modo, en el ámbito administrativo sancionador, no podemos afirmar que la responsabilidad sea puramente objetiva, al contrario es consolidado criterio jurisprudencial (STS 7 y 26 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 17 de mayo de 1999, 2 de diciembre de 2000, 7 de abril de 2001 y 3 de junio de 2002, entre muchas otras) que toda la materia relativa a infracciones tributarias –y en general, administrativas-, ha de resolverse desde la perspectiva de los principios de culpabilidad y tipicidad, con completa proscripción de la imposición de sanciones por el mero resultado, como ya tuvo ocasión de declarar la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/96, de 26 de abril.

En el mismo sentido, pero en materia penal, la jurisprudencia del TEDH, tiene declarado que la protección de la presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento resulta incompatible con fórmulas de presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal (Así STEDH dictada en el caso Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988). Además el TEDH no niega la posibilidad de establecer presunciones fácticas *iuris tantum* contra la persona sometida al proceso siempre que se encuadren en "límites razonables tomando en cuenta la gravedad del asunto y se preserven los derechos de defensa", esto es, cuando sea posible que el que sufre la presunción pueda aportar prueba en contrario (en este sentido, la STEDH recaída en el Caso Radio France contra Francia, de 30 de marzo de 2004).

Desde el momento en que aplicamos el mismo criterio para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, se hace necesario que se introduzca la posibilidad de quedar exenta la persona jurídica de la responsabilidad penal de que se trate, acreditando haber puesto toda la diligencia debida en evitar la infracción, y ello como exigencia del principio de presunción de inocencia. De hecho, por la similitud en la construcción de la responsabilidad penal de los administradores y representantes de la persona jurídica vía artículo 31 CP -antes 15 bis CP-, resulta aplicable el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo número

---

[14] DE LA FUENTE HONRUBIA F. (2008), "Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)", *La LEY,* Nº 6888, 21 Feb. 2008, Año XXIX, Sección Doctrina, p. 5.

[15] La idea de cuál es la "diligencia debida" para evitar el perjuicio se recoge en los artículos 1903 CC y 1104 CC.

[16] MORALES PRATS, CARBONELL MATEU, ÁLVAREZ y GONZÁLEZ CUSSAC, entre otros.

816/2006, de 26 de junio, que declaró respecto a la misma que "... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva" de modo que "no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos".

Por todo ello, en la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puede admitir la culpa presunta, pero siempre permitiendo su destrucción con prueba en contrario. En la regulación actual, sin embargo, no se contemplan eximentes o atenuantes en base a este elemento subjetivo, de modo que utilizando el criterio de imputación basado en la culpa *in vigilando* se hace imprescindible que, de *lege ferenda*, se introduzcan en el artículo 31 bis CP eximentes o atenuantes, que permitan al presunto responsable, acreditar que puso toda la diligencia debida en evitar el perjuicio y que no incumplió su deber de control. Por su parte, también se hace necesario que se regule la extensión de este deber de control o vigilancia, esto es su concepto legal, en el ámbito penal, debiendo acudir, mientras este punto no sea objeto de reforma, al concepto de buena organización en el ámbito mercantil, como obligación legal de quien administre la empresa (ex artículo 225 del RD-Legislativo 1/2010 de 2 de julio que les impone el de deber de llevar una diligente administración).

Los principios de legalidad y seguridad jurídica, requieren que se elabore el concepto de defecto de organización, y, el principio de presunción de inocencia requiere que se contemple normativamente la "buena organización" como circunstancia exculpante o atenuante, de modo similar a como se aplican las eximentes y atenuantes de los artículos 20 y 21 CP (que estemos ante una u otra dependerá del grado de diligencia adoptada en el caso concreto), cuando se utiliza este criterio de imputación basado en la culpa *in vigilando.*

Lo contrario supondría obviar por completo el elemento subjetivo, e imponer esta responsabilidad de forma absolutamente objetiva, quedando vulnerado el principio de presunción de inocencia. Es más, hay posiciones doctrinales que incluyen otras causas que permiten minorar la responsabilidad de la entidad como, por ejemplo, el error de prohibición invencible, ya que en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo se acoge para matizar la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, como causa excluyente de su culpabilidad[17], en este sentido, también encontramos algunas posiciones doctrinales[18], aunque, en general, se considera de difícil aplicación esta última causa de exclusión de la responsabilidad penal, a la persona jurídica[19].

Respecto al criterio de imputación objetivo, es en el derecho estadounidense, donde se origina la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que a falta de un desarrollo suficiente de la dogmática jurídico-penal, tomó del Derecho civil la doctrina del "superior responsable" o "superior que responde"[20], configurándola en base a un criterio objetivo puro, pues permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, sin necesidad de que exista omisión o acto de la persona jurídica, y bastando que el resultado lesivo que supone infracción penal se haya cometido por cualquier persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica. En el Derecho holandés, siguiendo su evolución, la responsabilidad penal se extendió también a otros delitos vinculados con infracciones administrativas, como es el fraude aduanero en materia de exportación, muy vinculado con el fraude fiscal. Posteriormente, durante la primera mitad del siglo XX, se configuró la teoría de la responsabilidad funcional, pero la responsabilidad penal de las mismas, en el sentido de concebírseles como posibles autores directos de infracciones penales se introdujo en 1976, en el artículo 51.3 del Código Penal Holandés, que equiparó a las personas jurídicas con las físicas en cuanto a responsabilidad penal, e incluso equipara a ambos a la "sociedad que no tenga personalidad jurídica", es decir, a lo que en nuestro derecho mercantil conocemos como

---

[17] Así las SSTS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 1993, de 18 de junio de 2007, de 23 de marzo de 2005, 28 de noviembre de 2003, 20 de mayo de 1992, 30 de junio de 1987, etc.

[18] GOMEZ BERMUDEZ J., (2006) "Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines", Estudios de derecho judicial, Dialnet, p. 63. ISSN 1137-3520, Nº. 91, 2006 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad de las personas jurídicas. Especial referencia a los consejos de administración: actuar en nombre de otro), págs. 49-65.

[19] Así, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dir.), "Comentarios al Código Penal...", ob. cit., p.395.

[20] New York Central & Hudson River Railroad Company *v*. United States, 212, US, 481.

sociedad en formación o sociedad irregular. Todo ello es argumento para extender el mismo régimen jurídico a entes sin personalidad jurídica en el sentido apuntado anteriormente.

A pesar de ello, estas soluciones no pueden importarse directamente al Derecho español, no siendo posible imputar a la persona jurídica, o a quien ostente cargo de administrador o representante de la misma, de modo vicarial, sin que concurra el elemento subjetivo en ellos, teniendo en cuenta la jurisprudencia antes referida. Por todo ello, lo que se echa en falta, también cuando se utiliza el criterio de imputación objetivo, que se regule como causa de exclusión o minoración de la responsabilidad del sujeto, la diligencia de este en tratar de impedir el hecho dañoso, o bien, que haya concurrido cualquier causa que haya interrumpido el nexo causal (fuerza mayor o caso fortuito, o injerencia del propio perjudicado o de un tercero), pues si, en materia de responsabilidad civil, se tiene en cuenta la culpabilidad y la ruptura del nexo causal por circunstancias imprevisibles para el responsable -STS de 30 de marzo de 2010 (Roj: STS 1866/2010)[21]-, con más razón en materia penal debe de tenerse en cuenta, ya que actúa como garantía del derecho de presunción de inocencia, valorándose la diligencia aplicada según las circunstancias del caso[22].

4. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DE VELO COMO SOLUCIÓN.

En aquellos casos en los que no sea posible imputar a la entidad por la aplicación de esas causas de atenuación o de exención de la responsabilidad, y para que no quede frustrada la finalidad de la reforma; es conveniente volver de nuevo al derecho civil para aplicar una de las teorías que tradicionalmente se han utilizado en el mismo, como es la teoría del levantamiento de velo; La teoría del levantamiento de velo[23] se utiliza para descartar a las sociedades pantalla que sirven para ocultar la actividad real de quien las utiliza e instrumentaliza, habiéndose referido el Tribunal Supremo a esta teoría en STS 986/2005, de 21 de julio, al indicar que la finalidad de la misma es evitar el fraude de ley, que persiguen quienes se amparan en esta forma jurídica, para eludir el cumplimiento de obligaciones, o conseguir cualquier otra finalidad fraudulenta; Si se aplica en el ámbito civil y, también en el administrativo sancionador, con más razón se debería aplicar en el ámbito penal; Así lo hizo la STS, Sala 2ª, 952/2006, de 10 de octubre, entre otras.

Esta teoría originariamente surgida en el ámbito de la responsabilidad civil y societaria, en el Derecho norteamericano, también fue trasladada al ámbito penal por la jurisprudencia angloamericana. En la jurisprudencia española se ha utilizado en numerosas ocasiones, y el Derecho Administrativo sancionador la ha aplicado también[24]. De modo que, en base a los principios comunes entre Derecho Administrativo sancionador y Derecho penal[25], la misma puede ser aplicada en los casos en los que en el marco de la persona jurídica no se pueda imputar responsabilidad penal a la misma sin obviar los criterios fundamentales de imputación que aquí estamos tratando, de modo que con ello, la imputación se ajuste a los principios esenciales del Derecho penal.

Si la culpabilidad de la persona jurídica no está clara, debe acudirse a la teoría del levantamiento de velo[26], no pudiendo admitirse ni imposición de sanción penal fuera de los casos de culpabilidad, ni el "traslado de penas" a entidades jurídicas diferentes en los supuestos contemplados en el artículo 130.2 CP. Precisamente la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado se refiere a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

---

[21] STS 6 noviembre 1990, 12 marzo 1999 y 10 abril 2001, del Tribunal Supremo y 24 noviembre 1995 y 6 marzo 1996 de este Tribunal Superior de Justicia.

[22] Para la responsabilidad civil, la diligencia debida depende de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar –ex art. 1105 CC-, y para la penal de las personas jurídicas, depende de las circunstancias del caso –ex 31.1 bis in fine CP-.

[23] GRANADOS PÉREZ C. "Análisis jurisprudencial…", ob. cit., pg. 153.

[24] Se hace referencia a la misma por el dictamen del Consejo de Estado nº 2578/1998 de 8 de octubre de 1998 (entre otros), en relación con negocios jurídicos celebrados entre Administraciones públicas y particulares, como contratos con el sector público, concesiones, etc.

[25] Claramente así resulta de los artículos 127 y ss Ley 30/1992, y 178 y ss LGT 58/2003

[26] Las SSTS, Sala 2ª, nº 952/2006, de 10 de octubre, y nº 986/2005, de 21 de julio, la han aplicado.

expresamente cuando resulte claro que se han utilizado sociedades pantalla con finalidades delictivas o fraudulentas[27], y cuando se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación[28].

5. CONCLUSIONES

Considerando a la persona jurídica como una construcción ficticia del derecho, esto es artificial, la imputación de cualquier tipo de responsabilidad a la misma, también es artificial. Es cierto que, su admisión pasa, previamente, por considerar que estamos ante un nuevo Derecho penal, diferente al clásico, y que supone la construcción de la culpabilidad de las mismas sobre bases diferentes a las que sirven para la configuración de la culpabilidad de las personas físicas; esto sin embargo, la culpabilidad no debe en ningún caso estar ausente, lo cual, a la vista de la regulación actual puede plantear algunos problemas.

Así, en primer lugar, respecto a la configuración de la culpabilidad, resulta que en el nuevo Derecho penal de las personas jurídicas, la misma debe concurrir pero se presume iuris tantum; es decir, se invierte la carga de la prueba, debiendo poder la entidad, a través de sus representantes legales acreditar que se puso toda la diligencia debida en cumplir los deberes impuestos, especialmente el deber de control o de vigilancia que le incumbe. A la vista de que la culpabilidad debe concurrir inicialmente de forma presunta, lo que se echa de menos en el artículo 31 bis CP es la admisión de eximentes y atenuantes vinculadas con el elemento subjetivo; pues actualmente, este artículo sólo contiene de forma taxativa la enumeración de atenuantes aplicables en las que el denominador común es que se producen en el momento posterior al hecho delictivo, no son coetáneas al mismo, y son además en gran medida de carácter objetivo. Es necesario que, de *lege ferenda*, se introduzcan como causas de exención o de atenuación –según el grado en que concurran- ciertas circunstancias, como haber puesto toda la diligencia debida la entidad, de modo que el cumplimiento escrupuloso de los deberes impuestos y la existencia de una "buena organización" –concepto que también debe ser delimitado legislativamente en el ámbito penal-, permitiera la exoneración o reducción de su responsabilidad penal, así como contemplar las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito que rompen el nexo causal, y también la concurrencia de culpas tanto de la propia víctima o perjudicado, como de un tercero. Esto permitiría dejar a salvo el principio de presunción de inocencia en ambos criterios de imputación, mediante la inclusión de un diferente concepto de culpabilidad, pero, en cualquier caso, conforme con la doctrina constitucional, que lo considera principio estructural básico del Derecho penal, de modo que no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado, y este criterio, desde luego, debe ser inamovible.

En segundo lugar, la solución a algunos de los problemas prácticos indicados es la aplicación de la teoría del levantamiento de velo, pues, en los casos en los que la entidad no pueda ser responsable atendiendo a los criterios expuestos, para evitar que ciertas conductas queden impunes, y se frustre el fin de la reforma de 2010, se debe descartar la personalidad del ente ficticio para hacer responder a las personas físicas que verdaderamente resulten ser responsables, sin forzar, ni obviar, principios penales básicos, para conseguir que las conductas perseguidas en el marco de la persona jurídica lleguen a ser realmente sancionadas. Ello sin perjuicio del carácter extraordinario de la aplicación de esta teoría.

Finalmente, si se pretende que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea realmente efectiva, es aconsejable que se extienda tal responsabilidad a los entes sin personalidad jurídica, puesto que, no extender tal responsabilidad a los mismos, implica mantener una zona de impunidad para hechos delictivos que pueden generarse en el marco de los mismos, cuando, como se ha señalado, tienen responsabilidad penal en los derechos de

---

[27] Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida por la L.O. 5 /2010, p. 19.

[28] A comienzos del siglo XX, Franz Von Liszt defendió la responsabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de la peligrosidad de éstas, entendiendo la persona jurídica como un instrumento peligroso de ocultación de quienes se sirven de ella para cometer delitos.

otros países que han seguido una evolución similar al nuestro, y sí que son titulares de obligaciones, así como susceptibles de responsabilidad civil y administrativa en nuestro propio ordenamiento jurídico, por lo que a todos los efectos es recomendable que, de *lege ferenda*, se complete la regulación actual extendiendo la responsabilidad penal a estos entes.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO SAGGESE S.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Marcial Pons, Barcelona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ M., "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", INDRET, julio de 2008, p. 2, disponible en http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf.

BANACLOCHE, ZARZALEJOS Y GOMÉZ JARA, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, aspectos sustantivos y procesales*, La Ley 2011, Madrid.

BARRÍA DÍAZ R., *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*, La Ley 2010, Madrid.

BOIX REIG J., BERNARDI A. y otros, *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel 2005.

CORCOY BIDASOLO M. y MIR PUIG S. (dir.), *Comentarios al Código Penal, Reforma L.O. 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código Penal, parte general*, Marcial Pons, Madrid 2011.

DE LA FUENTE HONRUBIA F., "Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)". Diario La Ley, Nº 6888, Sección Doctrina, Madrid, 21 Feb. 2008, Año XXIX.

DIEZ RIPOLLÉS J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", Indret 2012, revista para el www.indret.com 1/2012.

DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2. (Las relaciones obligatorias). 4ª ed.; Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO L., *Derecho de daños,* Civitas, Madrid, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ B.J., "Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente" Civitas, Madrid, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, "Normativización del Derecho penal y realidad social", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

FERNÁNDEZ CRENDE A., "Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación", INDRET, Barcelona, enero de 2006; InDret 1/2006.

GARCÍA ARÁN M., "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007" en *Libro homenaje dedicado al Prof. Prats Canut*. Universitat Barcelona.

GARCIA GARCIA M.A., *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ nº 115 de 2007 –Centro de Documentación Judicial-, Madrid 2007.

GIRON TENA, J.; *Derecho de Sociedades*, T.I, Madrid, 1975.

GOMEZ BERMUDEZ J., "Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines", *Estudios de derecho judicial*. Dialnet, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, 2010, Valladolid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005

GOMEZ-JARA y otros, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ ORTIZ D., *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español,* Dykinson, Madrid, 2002.

GRANADOS PÉREZ C., "Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal" *Estudios de derecho judicial*, Nº. 115, 2007 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario).

HERNÁNDEZ GARCÍA J. "Problemas alrededor del Estatuto Procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", Diario La Ley, Nº 7427, Madrid, 2010.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS E, B., *Criminalidad de la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.

MARQUEZ DEL PRADO PÉREZ J. y OTROS, "Responsabilidad civil ex delicto", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº XVI, 2004.

MEINI I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por subordinados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MIR PUIG S., *Derecho Penal, Parte General* 2004, Reppertor, Barcelona.

MIRÓ LLINARES F., "Reflexiones sobre el principio societas delinquere non potest y el artículo 129 del código penal" en *Responsabilidad de las Personas Jurídicas en los delitos económicos*. *Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro. Manual de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid, 2007.

MORALES PRATS F., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Estudios de derecho judicial*, Nº. 155, 2009 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos).

MORALES PRATS, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010*, Cizur Menor, 2010.

MORERA GUAJARDO E., *Responsabilidad, concepto jurídico y sus singularidades*, Ariel, Madrid, 2010.

NIETO MARTÍN A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legistivo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

OSPINA SANCHEZ y DELGADO PINZÓN, "De la culpa a la responsabilidad objetiva: Aplicación de la culpa en los casos de Responsabilidad civil", Ed. 2010, disponible en http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/DE_LA_CULPA_A_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA_APLICACION_DE_LA_CULPA_EN_LOS_CASOS_DE_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf

PÉREZ DEL VALLE C., Recensión a Pablo Sánchez-Ostiz, "Imputación y teoría del delito" (Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008). Indret, revista para el www.indret.com 2/2010

QUINTERO OLIVARES G., "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas" *Estudios de derecho judicial*, Nº. 115, 2007 (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario).

ROBLES PLANAS R., "El "hecho propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", Indret 2009, revista para el www.indret.com 2/2009.

ROJO A., BELTRÁN E. y OTROS, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch Valencia 2011.

SAINZ DE BUFANDA F., *La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad*, vol. VI. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ P., "Reseña a Raymond Antony Duff, Answering for Crime. Responsability and Liability in the Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing) 2007". Indret 4/2008, octubre.

SARRULLE O.E., “La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)”, Universidad Buenos Aires 1998, disponible en http://biblioteca.d2g.com.

SILVA SÁNCHEZ J.M. y ORTIZ DE URBINA, “El art. 31.2 del Código penal, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?, Indret 2/2006, www.indret.com.

SILVA SÁNCHEZ J.M., "¿“Ex delicto”?, Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal", en Indret. Revista para el análisis del Derecho, n.° 3/2001

SILVA SÁNCHEZ J.M., "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", en Indret, Revista para el análisis del Derecho, n.° 2/2006.

TAMARIT SUMALLA J.M., "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DÍEZ RIPOLLÉS y otros, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

VERVAELE J., “Societas/Universitas delinquere ed puniri poest, ¿La experiencia holandesa como base para España?”, CGPJ nº 115, de 2007.

YZQUIERDO TOLSADA M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL COMO CONTINGENCIA PROTEGIDA POR LA SEGURIDAD SOCIAL: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA PRESTACIÓN. SU ORDENACIÓN DESINTEGRADA Y SUS INCESANTES REFORMAS.

Belén del Mar López Insua
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada.

Resumen: Desde muy antiguo, la sociedad se ha percatado de la existencia de enfermedades en el ser humano y de la necesidad de su protección. La inclinación por el riesgo y el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano. Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo, el amparo y la protección frente a esa situación no siempre se ha llevado a cabo de la misma forma, sino que por el contrario, ha ido variando y cambiando en función del momento histórico y de las concretas circunstancias sociales.

El régimen jurídico de la incapacidad temporal (en adelante IT) ha ido poco a poco sufriendo más y más modificaciones, lo que ha alcanzado a convertir a esta contingencia en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación.

Palabras clave: incapacidad temporal, seguro por enfermedad, seguro por accidente de trabajo, sistema de Seguridad Social, protección social.

Abstract[1]: From ancient times, the society has noticed the dreadful existence of the human diseases and the obvious need of protection against them. A curious keen on risks and a strong wish of safety represent two opposed but main trends to the human nature. However, and as we will see throughout this work, the support and protection against these situations have not always been carried out in the same way, but quite the opposite, it has changed and been altered depending on the historical time in which it has been performed and its specific social circumstances.

The legal regulations for the short-term sickness absence (from here IT) has undergone little by Little more modifications, what has raised this eventuality as a main target for our legal doctrine and jurisprudence, chiefly due to its complex structure, chaotic regulation and controversial interpretation.

Key words: short-term sickness absence, health insurance, workman accident insurance, National Health Service, social protection.

1. Nacimiento y evolución de la protección por incapacidad temporal.

Para poder hablar del nacimiento de la protección por Incapacidad Temporal resulta necesario volver la mirada hacia sus antecedentes más directos, que no son otros que los del seguro por enfermedad y el seguro por accidente de trabajo.

Comenzaremos esta exposición haciendo referencia al más antiguo de estos mecanismos de aseguramiento, esto es, el seguro de enfermedad.

[1] Traducción que ha sido realizada por Pablo Fernández Rubio, becario FPU del Departamento de Bioquímica y Biología molecular III e Inmunología de la Universidad de Granada.

Desde muy antiguo la sociedad ha procurado dar protección a la enfermedad a través de diferentes técnicas, a saber: la ayuda (beneficencia y asistencia privada, asistencia pública y socorro mutuo) y la provisión (primeramente con el establecimiento del seguro contractual y seguro popular y posteriormente, con la figura del seguro social).

La enfermedad, entendida como aquel estado anormal que se produce en la salud física o psíquica de toda persona[2], supone una causa frecuente de necesidad, pues con motivo de ella se suspende la relación laboral. De modo que al quedar el sujeto impedido de la posibilidad de trabajar disminuirán sus ingresos y por consiguiente, aumentará el número de gastos (por ejemplo: honorarios médicos, adquisición de productos farmacéuticos, gastos de hospitalización… etcétera)[3], siendo precisamente ahí en donde habrá de intervenir el sistema de protección social para evitar dejar al trabajador en una situación de completo desamparo.

Para hacer frente a esta situación de necesidad nace en España[4] el llamado Seguro Social de Enfermedad[5]. Dicho instrumento se configura como un servicio público, técnicamente estructurado, por el que se imponen determinadas obligaciones tanto a trabajadores como a empresarios al objeto de satisfacer, de una manera regular y continua, las necesidades médico-farmacéuticas de los asegurados y de sus familiares[6] en caso de que sufran alguna alteración en su salud, indemnizándoles además de manera proporcional a la pérdida de salario que sufran como consecuencia del surgimiento de una incapacidad para trabajar[7].

Este seguro social por enfermedad podía ser de dos tipos dependiendo de cual fuese el origen de la incapacidad. De un lado, se encontraba el seguro de enfermedad que se encargaba de proteger todos los estados de imposibilidad originados por causas laborales, de trabajo o profesionales. Y de otro lado, se encontraba aquel otro seguro de enfermedad no profesional o no ocasionada por el trabajo.

Mientras que para el ámbito de cobertura del primero de estos seguros se encontraban aquellas enfermedades que se produjesen con ocasión del trabajo: *"… se ha afirmado universalmente… como accidente indemnizable cualquier alteración de la salud psicofísica del trabajador que surja en conexión con el trabajo…o también generando, de forma imperceptible, un defecto cardíaco o un estado artrítico (por ejemplo) o causando una de las enfermedades que se definen como profesionales[8]*", por el contrario, fueron objeto de protección por el seguro de enfermedad no profesional: "*la contingencia, cuya cobertura es objeto del seguro de enfermedad, a diferencia de lo que ocurre en los seguros de accidentes y enfermedades profesionales, no tienen su origen en el trabajo, por lo que no cabe excluir que la actividad no desarrollada por el asegurado en base a su deber profesional no influya sobre la predisposición*

---

[2] SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, página 93.

[3] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Editorial: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, página 237.

[4] Ver Preámbulo de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el Seguro Social de Enfermedad en España.

[5] Este seguro llegó primero a nacer en otros países europeos antes que en España.

[6] Ver art. 8º de la Ley de 1942 por la que se crea el Seguro Social de Enfermedad en España, en donde se dice que son considerados familiares del asegurado: el cónyuge, ascendientes, descendientes e hijos adoptivos y a los hermanos menores de dieciocho años o incapacitados de una manera permanente para el trabajo. Por otra parte, los artículos 10 y 21 del Reglamento de 1943 disponen que no tendrán la consideración de beneficiario, los ancianos subsidiarios de vejez que vivan en el hogar del asegurado ya que no lo hacen a expensas del mismo… todo asegurado tiene la obligación de facilitar al empresario, para su afiliación al Régimen, las circunstancias de los familiares que deben ser beneficiarios. Del mismo modo queda obligado a dar cuenta al Seguro, por conducto del empresario, o de la Organización Sindical si es productor autónomo, de cualquier variación que, con repercusión en el régimen, se produzca en su familia. Para el cumplimiento de dichas obligaciones se dispone de un plazo de quince días. GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, página 341.

[7] SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*… op.cit., página 93.

[8] VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, página 142.

o menor resistencia también a estados morbosos que no entran en la noción de accidente o enfermedad profesional"[9].

La finalidad por la que se creó este seguro no fue otra que la de garantizar la protección al enfermo, generalmente, a través de un reembolso parcial. No obstante, en algunas ocasiones llegó éste a cubrir, incluso de manera completa, todos los gastos de enfermedad (prestaciones en especie). Sin embargo, cuando se trataba de un asegurado directo, la normativa específica en esta materia preveía la concesión al enfermo de una indemnización diaria destinada a compensar la pérdida del salario (prestación en metálico)[10]. De tal forma que se permitiera a toda la sociedad, tanto asegurados como no asegurados acceder a un tratamiento médico, siendo a un mismo tiempo indemnizados por este riesgo[11]. Y es que hablamos de un seguro social que atiende esencialmente al bien común, buscando cercenar del ambiente de vida los males evitables[12].

El aseguramiento social[13] de la enfermedad moderna, como pieza clave dentro de todo el sistema de Seguridad Social[14], se instauró primero en Alemania como parte del programa social de Bismarck (con Ley de 15 de julio de 1883), pero lentamente fue extendiéndose hacia otros países, como por ejemplo: Gran Bretaña (seguro que aparece con la *National Insurance Act* de 1911), Francia (con la Ley de 30 de abril de 1930) y más tardíamente, alcanzó al resto de países europeos[15].

Se podía afirmar que: "*el aseguramiento de la enfermedad es en todos los países de Europa occidental la clave de todo programa de seguridad social*". Y es que, como recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): "*toda persona tiene derecho a la salud, a la asistencia médica y a los seguros en caso de enfermedad*" (art. 25.1), presentándose así éste como reverso de aquélla, esto es, de la salud que no define, quizá dando por bueno el ideal de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de: "*estado de perfecto bienestar físico, psíquico y social*"[16].

En España, el seguro de enfermedad nace con la Ley de 14 de febrero de 1942, pero su reglamento de desarrollo no aparecerá hasta el 11 de noviembre de 1943, impulsándose, de este modo, el disfrute de este derecho a partir del 1 de diciembre del mencionado año. Tanto la Ley (en el art. 26), como el Reglamento (art. 89), establecen que será el Instituto Nacional de Previsión (INP)[17] el encargado de la organización, gestión y administración de este seguro como entidad aseguradora única a través de la Caja Nacional[18] de Seguro de Enfermedad,

---

[9] VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*… op.cit., páginas 157 y 158.

[10] Ver art. 2º de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad en España, y el art. 1º de su Reglamento, de 11 de noviembre de 1943.

[11] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*… op.cit., página 237.

[12] SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*… op.cit., página 101.

[13] Se impulsó la propagación de este seguro, como política preventiva llevada a cabo por las instituciones de Seguridad Social, para contribuir a la mejora del estado de la situación sanitaria global de un país. Y es que antes de la instauración del sistema de seguros sociales, las estadísticas de los diferentes países arrojaban unos niveles de morbilidad por enfermedad muy elevados

[14] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*… op.cit., página 236.

[15] ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1ª Edición, 1994, páginas 31 y 32.

[16] ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*… op.cit., página 34.

[17] Para un estudio completo y enriquecedor sobre los orígenes, desarrollo y evolución del INPS, véase MONEREO PÉREZ, J.L: "EL Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político- jurídica", en VV.AA, TORTUERO PLAZA, J.L (DIRECT. y COORDI): *Cien años de Protección Social en España Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2007, páginas: 43 a 154. También MONEREO PÉREZ, J.L: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2003.

[18] Se dispone que, la personalidad, responsabilidad y régimen de la Caja Nacional serán análogas a las que tengan otras Cajas Naciones, correspondiendo al Consejo, Comisión Permanente y Comisaría del Instituto Nacional de Previsión las mismas atribuciones (arts. 99 y 100 del Reglamento). SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*… op.cit., página 233.

institución que finalmente quedó organizada de manera separada del resto de bienes y responsabilidades, y orientada según el procedimiento unificador de los Seguros Sociales, tratando así de evitar toda duplicidad de cargos y servicios[19].

El precedente más inmediato de esta Ley se encuentra en aquellos regímenes voluntarios establecidos por las empresas para concertar con sociedades médicas y compañías de seguros la protección de sus trabajadores. Básicamente, la empresa debían mediante este mecanismo abonar a estos organismos unas cantidades a tanto alzado, generalmente mensuales, para que pudieran estos tener derecho a recibir la asistencia sanitaria.

La tardanza en la entrada en vigor de esta Ley (por la que se constituyó el Seguro social de Enfermedad en España) originó el surgimiento de una lucha de intereses entre los diversos partidos políticos, la cual impidió la realización del propósito por el que se creó[20].

Entre las características de este seguro por enfermedad destacamos las siguientes: 1) estaba subordinado al cumplimiento de ciertas condiciones (por ejemplo: haber trabajado previamente un cierto número de horas durante un período de tiempo determinado[21]; haber pagado cotizaciones durante un cierto tiempo… etc); 2) el enfermo debía pagar gastos médicos y farmacéuticos antes de la llegada de la enfermedad[22] y; 3), la indemnización era mínima para cubrir el estado de necesidad y sólo era pagado durante un período máximo, fijado lo más corriente en 26 semanas[23].

Ya con la Ley de Seguridad Social de 1966 y con la de 1974 (Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2965/1974, de 30 de mayo[24]), se separaron las prestaciones económicas de las sanitarias del antiguo seguro de enfermedad, regulando las primeras dentro del ámbito de cobertura previsto para la incapacidad laboral transitoria y la invalidez (en donde la enfermedad se configura como uno de los riesgos generadores de la contingencia protegida)[25].

Resulta interesante destacar que el INP, tras la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social, asumió la gestión del reconocimiento de derecho y pago de las aportaciones económicas a cargo del "Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos". La sanidad fue para el INP hasta su desaparición su prioridad, evidenciándose así su empeño en actuar[26].

Posteriormente, con la advenimiento de la Constitución Española de 1978 (CE), se recogió como uno de los principios rectores para los poderes públicos, "*la organización y la tutela de la salud*" (artículo 41), y expresamente se reconoció éste como un derecho que debía

---

[19] Ver art. 104 de Reglamento de 11 de noviembre de 1943.

[20] Ver preámbulo de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el Seguro Social de Enfermedad en España.

[21] Ver Capítulo II. "Campo de aplicación" de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se establece el Seguro obligatorio por Enfermedad en España. Entre los asegurados se encuentran: 1. Los productores económicamente débiles (art. 3º, 4º y 5º de la Ley y 8º al 10º del Reglamento de 11 de noviembre de 1943); 2. Los Extranjeros (art. 6º de la Ley; 18º del Reglamento y Decreto de 29 de diciembre de 1948 en su art. 1º) y: 3. Excepciones: en donde se dice que: "*quedan exceptuados del Seguro de Enfermedad los funcionarios públicos o de Corporaciones cuando, en virtud de disposiciones legales, deban obtener beneficios iguales o superiores a los que concede la legislación vigente, tanto en prestaciones sanitarias como económicas, sometiéndose a las disposiciones que a tal efecto se dicten*" (art. 19º del Reglamento).

[22] Estos gastos se pagaban directamente por el empleador o por la Institución Aseguradora sin participación de la víctima en ellos.

[23] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*… op.cit., páginas 274 y 275.

[24] Ver BOE de 20 y 22 de julio de 1974.

[25] ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*… op.cit., página 36.

[26] Mª ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO: "El INP, 1962-1977. El nacimiento de la Seguridad Social", en VV.AA. CASTILLO, S (DIRECTOR): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, página 144.

asegurarse "*a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*" (art. 43). Parece que la *mens legis* de esta previsión constitucional está puesta en un futuro servicio nacional y público de salud de cobertura y financiación general, relativamente independizado del conjunto de la seguridad social. De este modo, se extendía la aplicación de ambos artículos por separado –el 41 y el 43 CE-, los cuales se referían a la seguridad social. Como indicio de todo ello, se produce el nacimiento del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y su adscripción (RD 2823/1982, de 27 de noviembre, modificado por RD 1943/1986, de 19 de septiembre y por RD 987/1991, de 21 de junio, que deroga este último) al Ministerio de Sanidad y Consumo (MSC), segregándolo así del de Trabajo y Seguridad Social (MTS)[27].

Para esta materia las competencias exclusivas radicaban en el Estado, tanto en lo que se refiere a: "*las bases y coordinación general de la sanidad*", como al "*régimen económico de la seguridad social*" (art. 149.1.16ª y 17ª de la CE). No obstante, se dejaba en manos de las Comunidades Autónomas la "*ejecución de los servicios en sanidad e higiene*" (art. 148.1.21ª CE)[28].

El seguro de accidente de trabajo fue el primero en introducirse en la mayoría de las naciones[29], además fue también el que mayor difusión de todos alcanzó. Ya con el advenimiento de la Revolución Industrial se produjo la generalización del accidente de trabajo, por lo que se hizo necesario el otorgamiento de un sistema de protección que garantizase cierta cobertura ante este riesgo. Ello no significa que no hubiese sido imprescindible la cobertura de esta situación de necesidad con anterioridad, sino que fue a partir de ese momento cuando adquirió mayor relevancia social.

La finalidad del seguro de accidentes no era otra que la de garantizar a cualquier trabajador (asegurado) la cobertura de los riesgo que acarreaban las consecuencias económicas del estado morboso y de la incapacidad para el trabajo con motivo o con ocasión de un accidente de trabajo. Por lo tanto, de una parte se encuentra la necesidad económica que representa la asistencia sanitaria, farmacéutica y hospitalaria precisa para la curación del accidentado (lo que ahora denominados, *daño emergente*) y de otra parte, se encuentra la pérdida de ganancia, es decir, el *lucro cesante* que deriva para el accidentado en los casos de incapacidad transitoria e invalidez permanente (total o parcial) o que incluso puedan derivarse para los familiares del accidentado (por ejemplo: por muerte del trabajador como consecuencia del accidente)[30].

Ambas consecuencias derivadas del accidente de trabajo trataron de ser amparadas bajo la cobertura del seguro de accidentes. De ahí que se confirme el carácter polivalente de este seguro, pues en él se indemnizaban tanto los riesgos provenientes de una incapacidad laboral transitoria (ILT), como los que deriven de una invalidez permanente, así como aquellos otros que ocasionaban la muerte del trabajador por motivos profesionales.

Para la ILT este seguro de accidentes cubrían no sólo los gastos médicos, sino también la pérdida de salarios. No obstante, y a diferencia del seguro por enfermedad, en el de accidente de trabajo no era preciso haber cumplido ciertas condiciones (como las de trabajar durante un número de días, o tener cotizado un período de tiempo determinado…), al igual que tampoco era necesario adelantar los gastos médicos y farmacéuticos. Es más, la

[27] Que posteriormente pasó a llamarse "Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS)", luego "Ministerio de Trabajo e Inmigración" y, a día de hoy, "Ministerio de empleo y Seguridad Social".

[28] ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social…* op.cit., páginas 36 y 37.

[29] Salvo en Alemania, en donde fue primero el seguro por enfermedad.

[30] VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social…* op.cit., página 136.

indemnización que aquí se otorgaba era muy superior a la concedida en caso de enfermedad[31], además de que no tenía límite temporal[32].

Con la aparición de la Ley de Accidentes de Trabajo del año 1900 (LAT) se siguió manteniendo esta misma línea de protección económica impuesta al empresario para el caso de que sobreviniese una imposibilidad física del trabajador para prestar sus servicios a causa de un accidente de trabajo. De ahí que la publicación de esta Ley supusiera la materialización de muchos logros, pero también la incoación de otros muchos, ya que se trataba de una Ley "*proteccionista y reparadora del obrero*" que supuso la consagración de la responsabilidad, aunque "debilitada", del patrono frente a los accidentes de trabajo ocurridos a sus operarios (art. 2 Ley AT 1900)[33]. Es decir, se trataba de un sistema de responsabilidad privada de los empresarios para indemnizar los daños de un concreto riesgo, esto es, los accidentes de trabajo que sufra una concreta persona, esto es, el trabajador.

Por aquella época, la única legislación (vigente) que regulaba las relaciones de trabajo era el Código Civil a través de la figura del contrato de trabajo, por la que se configuró un sistema de responsabilidad contractual y/o extracontractual o *aquiliana*[34]. Es por ello que la promulgación de la LAT constituyera un gran avance.

La utilización por la LAT del término "incapacidad temporal" rozaba sólo en algunos aspectos a la institución que hoy se estudia como tal, refiriéndose por entonces a esta prestación como la resultante de la imposibilidad de prestar servicios de manera temporal. Efectivamente, no existía en aquellos momentos una prestación patrimonial (que cubriera los gastos médicos y la pérdida de salario) pública que protegiera al trabajador incapacitado o a su situación suspensiva profesional, sino que más bien lo que existía era una indemnización a abonar por el empresario.

Al margen de esa referencia, el artículo 12 de la LAT establecía la posibilidad de que los patronos sustituyeran tales obligaciones por un seguro concertado a su costa en una sociedad de seguros debidamente constituida. No obstante, esta posibilidad no solventaba la debilidad del empresario insolvente, ya que su carácter era sólo voluntario, por lo que ante la insolvencia del empresario y la ausencia de seguro el trabajador quedaba completamente desprotegido desde un punto de vista económico[35].

Con posterioridad a la entrada en vigor de la LAT salieron a la luz otros textos normativos en los que también se hizo alusión al término IT, entre los que cabe destacar: el Código de Trabajo de 1926, por el que se hacía referencia en el mismo artículo 149 a una tipología de incapacidades a los efectos de la indemnización por accidente de trabajo entre la cuales enunciaba la IT. Ahora bien, la definición de lo que debía entender por dicho término no se consagraba sino en el art. 150 de esa misma legislación en los siguientes términos: "*se considera incapacidad temporal toda lesión que estuviese curada en el término de un año, quedando el obrero capacitado para realizar el trabajo que estaba realizando al sufrir el accidente*"[36].

---

[31] La indemnización en caso de AT casi nunca bajaba del 50% del salario y generalmente se elevaba en dos tercios, aunque a veces podía llegar a alcanzar el 70 o al 80%.

[32] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*… op.cit., páginas 274 y 275.

[33] ALONSO OLEA, M: *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, RMTAS, Nº 24, 2000, página 21.

[34] ALARCÓN CARACUEL, M.R: "Los Orígenes de la Seguridad Social en España", en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, páginas 23 y 24.

[35] JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, páginas 39 y 40.

[36] Ver artículos 149 y 150 del Código de Trabajo de 1926.

Otro ejemplo significativo lo constituye la Ley del contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931, así como la de 1944, en donde se vuelve a hablar del término IT, pero esta vez en relación a la terminación del contrato de trabajo por sufrir el obrero un accidente de trabajo o enfermedad profesional, garantizándosele la estabilidad en el empleo mientras no excediese del plazo que las leyes determinasen (art. 90 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 y art. 79 de la LCT de 1944)[37]. Sin embargo todas estas alusiones no nos permiten aún hablar de la IT, tal y como hoy día la conocemos, ya que todavía no existía la prestación patrimonial de carácter público que garantizara al trabajador una protección económica ante la imposibilidad física derivada tanto de un accidente de trabajo, como de una enfermedad profesional, accidente no laboral o enfermedad común.

Ya en 1942 se implantó en nuestro país el llamado "seguro obligatorio de enfermedad" para "todos aquellos productores económicamente débiles", esto es, "*aquellos que con su trabajo intervengan en España en un ciclo cualquiera de la producción, bien sea por su cuenta o por cuenta ajena, así como los que trabajan en su domicilio y los colocados en servicio doméstico… así como aquellos cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedan de nueve mil pesetas anuales… con excepción de todos los trabajadores manuales que serán obligatoriamente asegurados cualesquiera que sean sus rentas de trabajo*" (art. 4º y 5 de la Ley del seguro de enfermedad y 10 del Reglamento del seguro de enfermedad), se impondrá una regulación, que no distará mucho de la que posteriormente otorgara nuestro Sistema de Seguridad Social a los sujetos beneficiarios de la situación de incapacidad temporal.

En lo que respecta al accidente de trabajo, el riesgo por incapacidad temporal no sería cubierto hasta la llegada del seguro obligatorio de accidentes de trabajo de 1956[38]. Por lo que sólo a partir de ese momento se contaría con esa protección económica de carácter público, ya que en última instancia le corresponde responder al Fondo de Garantía dependiente de la Caja Nacional[39]. La protección que hasta ahora se dispensaba resultaba completada con las prestaciones otorgadas por las Mutualidades Laborales, cuya normativa reguladora esencial surge en 1954 a través del Reglamento General de Mutualismo Laboral[40].

Entre las prestaciones otorgadas por ese Mutualismos Laboral se encontraba también la protección del trabajador en los casos de enfermedad o accidente que imposibilitaba para la realización de su trabajo habitual (art. 72 del Reglamento General de Mutualidades Laborales)[41].

Con el advenimiento del año 1963 y la publicación de la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963 de 28 de diciembre, se produjo en nuestro sistema jurídico un importante giro en la protección social que se dispensaba a la IT. Concretamente, se superaron los mecanismos de garantía que concedía el anterior y disperso sistema de seguros sociales, y en su lugar, se estableció el Sistema de Seguridad Social (tal y como hoy día se conoce)[42]. La razón que motivó este importante cambio de rumbo se debía a la necesidad de corregir las deficiencias del anterior sistema de aseguramiento. En efecto, el seguro social de enfermedad encerraba una serie de problemas, como por ejemplo: el aumento de los gastos a causa del efecto de la guerra; de la asistencia médica y del número de actos médicos[43], la organización

[37] Ver art. 90 de la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y art. 79 de la LCT de 1944.

[38] Ver artículo 29 del Decreto de 22 de junio de 1956 (BOE de 15/07/1956) por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación de accidente de trabajo.

[39] Es cierto que, esto último ya se preveía en el Reglamento de la Ley de AT de 1933, aunque recordemos que, el seguro obligatorio en aquel momento no se extendía a la Incapacidad Temporal.

[40] Ver Orden de 10 de septiembre de 1954 (BOE de 17/09/1954).

[41] Ver art. 72 del Reglamento General de Mutualidades Laborales.

[42] JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social…* op.cit., página 50.

[43] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social…* op.cit., páginas 238 - 242.

del servicio médico necesario para el normal funcionamiento del Seguro de Enfermedad[44]. Asimismo, el seguro por accidente de trabajo encontraba otras dificultades tales como: la desaparición del interés preventivo por parte de los empresarios debido al sistema de reparto en la financiación entre empleadores y asalariados[45]; las indemnizaciones tan altas en comparación con las del seguro de enfermedad, las cuales inducían a cometer actos fraudulentos como los que actualmente se conocen… etcétera.

Con el advenimiento del sistema de Seguridad Social se superó la noción de riesgo en función de la situación o contingencia protegida y se comenzó a considerar el "*principio de consideración conjunta de las contingencias*". Y es que, se trató de evitar que una misma contingencia tuviera una mayor o menor protección en función de si su origen se encontraba en un riesgo profesional o en un riesgo común. Además, a partir de este momento, ya se comenzó a hablar de "*todos los trabajadores*", por lo que se incluyeron dentro de su ámbito también a los ciudadanos[46].

No fue hasta la llegada de la LBSS de 1966 cuando la "Incapacidad Laboral Transitoria", hoy denominada Incapacidad Temporal, recibió un tratamiento teóricamente unitario[47], esto es, independizado de cual fuera el riesgo causante[48] y se establecieron en la base séptima de esta ley las distintas situaciones determinantes de ILT y las características correspondientes a la misma, mientras que en su base decimoséptima se dispusieron los sistemas de gestión que debía emplearse por las Entidades Gestoras. De un lado, para el Régimen General de la Seguridad Social fueron el INP y las Mutualidades Laborales y de otro lado, para los Regímenes Especiales se dispusieron el reenvío a las disposiciones reguladoras de los mismos a estos efectos.

Finalmente la LBSS se materializó en el Texto Articulado de la Seguridad Social que se aprobó por Decreto de 21 de abril de 1966 (TALSS)[49] y en cuyo Título II, dedicado al Régimen General de la Seguridad Social, pero más concretamente en su Capítulo V, se reguló detalladamente la contingencia de ILT[50].

Tras la TALSS se aprobaron diversas disposiciones legislativas que han operado a modo de reformas parciales, tratando de regular determinados aspectos de la Incapacidad Laboral Transitoria, a saber: el Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones[51]; la O.M de 13 de octubre de 1967 que regula la prestación por ILT en el Régimen General de la Seguridad Social[52]; el Decreto 1646/1972, de 23 de julio; Ley de 66/1977, de 30 de diciembre; el RD 53/1980, de 11 de enero; la Ley

---

[44] GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*… op.cit., página 332.

[45] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*… op.cit., páginas 271 y 272.

[46] ALARCÓN CARACUEL, M.R: "Los Orígenes de la Seguridad Social en España*",* en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*… op.cit., páginas 35 y 36.

[47] Ver el apartado I Justificación y Directrices de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, en donde se dice que: "*La innovación fundamental de la Ley es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria que, abstracción hecha de sus causas, exige asistencia sanitaria para la recuperación y defensa. Se acaba así el fraccionamiento anterior, resultado de una concepción parcelada de la Previsión Social…. La Ley, al asimilar el espíritu de la Seguridad Social, consagra el derecho de toda persona a su integridad física, sale al paso de su eventual lesión y determina la concesión a costa de cualquier esfuerzo, de los medios artificiales encaminados a eliminarla o aminorarla, cuando menos, en la medida de lo posible*".

[48] TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA, COORDINADORES: MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, Mª: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006, páginas 343 y 344.

[49] Ver Texto Articulado de la Seguridad Social aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966 (BOE de 22/04/1966).

[50] JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social…* op.cit., páginas 50 y 51.

[51] Ver BOE de 30/12/1966.

[52] Ver BOE de 4/11/1967.

42/1994, de 27 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que, procedió a la redenominación de la contingencia –tal y como hoy día la conocemos, esto es, incapacidad temporal (IT)- desapareciendo así la anterior designación, además de que se separó de la invalidez provisional; el RD 575/1997, de 18 de abril y modificada por RD 1117/1998, de 5 de abril; Ley de 24/2001, de 27 de diciembre; RDL 6/2000 de, 23 de junio; la Ley 30/2005, de 29 de diciembre por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y las incorporadas al proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006[53].

Actualmente y tras un sinfín de vaivenes normativos, se han aprobado otras modificaciones legislativas que, si bien, no han duda en alterar nuevamente las bases mismas previstas para esta prestación. Destacan, en este sentido, las reformas operadas por: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (RCL 2007, 2208); el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, en relación con la prestación por Incapacidad Temporal; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010[54]; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para reforma del mercado de trabajo[55]; la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo[56] y finalmente, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad[57].

2. Conclusiones

La aparición de enfermedades en el ser humano constituye algo natural que se produce y se repite a lo largo de la vida de todos los individuos en múltiples ocasiones. Durante esos momentos en los que las personas ven mermadas sus capacidades para actuar de forma normal, a causa de una alteración de su salud, se produce la intromisión de la asistencia sanitaria tratando de paliar esos estados de incapacidad que afectan de una manera negativa a los ciudadanos.

Ya desde antiguo, se ha constatado la existencia de dolencias y padecimientos de muy distinta índole y con efectos variables, que ocasionan, dependiendo de cuál sea el sujeto afectado y la intensidad de aquellas, una respuesta u otra por parte del organismo. En unos casos, estos infortunios se acaban convirtiendo en definitivos, mientras que en otros, tan sólo son pasajeros, lo que permite la recuperación del enfermo o accidentado en un relativamente corto lapso de tiempo. No siempre han existido los mismos mecanismos y técnicas para combatir con estas situaciones de necesidad, sino que dependiendo del momento histórico, así como del contexto económico-social en que se hubieran producido, se pueden encontrar grandes diferencias.

Actualmente y tras un largo proceso de evolución, nace el sistema de Seguridad Social como mecanismo para hacer frente a todos estos estados de carencia que se producen en la sociedad.

Procurando no perder nunca de vista el objetivo último por el que se creó, la Seguridad Social pretende afrontar los procesos de incapacidad temporal (IT) que son ocasionados en el

---

[53] TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma del 2006", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, Mª.N (COORDINADORES): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Homenaje al Profesor J. Vida Soria, Granada, Comares, 2008, páginas 801 y 802.

[54] Ver BOE del 24 I.L 4335.

[55] BOE, número 227, de 18 de septiembre de 2008.

[56] BOE número 162, de 7 de julio del 2012. Esta normativa no modifica directamente la IT, sino que en su disposición adicional cuarta, se prevé que en breve plazo se llevarán a cabo modificaciones del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional para una más eficaz gestión de la prestación.

[57] BOE número 168, de 14 de julio de 2012.

trabajador a causa de un completo elenco de riesgos, comunes y profesionales, que integran y dan vida a esta prestación. Para ello, su particular conjunto de normas se dota de una serie de prestaciones, temporales o indefinidas, en dinero o en especie, que pretenden conseguir la satisfacción de los intereses personales y materiales para las que se crearon. No obstante, dado que se trata de un sistema complejo y muy joven, se mantienen aún en movimiento la modificando de algunas de sus reglas.

La incapacidad temporal lleva cobrando desde su ubicación en el ordenamiento jurídico una tremenda importancia, pues a efectos prácticos, resulta sumamente improbable no encontrar un trabajador que en algún momento de su vida laboral no haya solicitado una baja por este motivo.

Con denominaciones diversas, la incapacidad temporal se ha configurado, a día de hoy, como la prestación más problemática y caótica de todo el sistema de Seguridad Social. Tanto es así, que el afluir incesante de reformas legislativas de las que ha sido objeto no ha conseguido todavía solucionar la maraña de buena parte de su por seguro desquiciante regulación.

Tras un estudio al cuerpo legal de la prestación por IT se puede extraer en conclusión, como a pesar de las múltiples reformas legislativas acaecidas en esta materia, la normativa actual adolece todavía de un caos prácticamente inherente a todo el cuerpo legislativo de Seguridad Social, al que ni tan siquiera las propuestas de nuestros tribunales consiguen ponerle fin.

Se pone de relieve en todas estas modificaciones normativas, esa obsesión del legislador por controlar de una manera enfermiza las situaciones de “fraude” y por consiguiente, de “absentismo injustificado en las empresas”. De ahí, que una y otra vez modifique los parámetros ya marcados ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar todo este engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social. Cada vez más, la protección por la Incapacidad Temporal se va recortando y lo que es peor, se va debilitando a causa del aumento de los mecanismos de gestión y control de la prestación, olvidando por consiguiente el fin último por el que ésta misma nació, esto es, “la protección de las situaciones temporales de necesidad provenientes de un accidente y/o una enfermedad”.

Cabe decir también, que otras de las razones que han motivado a operar estas incesantes transformaciones en la prestación de la IT, ha sido la necesidad de contener las partidas económicas que alimentan al sistema social. Y es que se piensa, que el motivo que ha originado estas importantes pérdidas presupuestarias, lo constituyen, sin lugar a dudas y nuevamente, el uso fraudulento de los procesos de baja.

Son muestras de todo ello, por matizar en algunas de estas grandes reformas, las operadas por: el RD 5/1992, de 21 de julio de medidas presupuestarias urgentes; la Ley 42/1994, de 27 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario en relación con la prestación por incapacidad temporal a través del RD 1430/2009, de 11 de septiembre; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y finalmente, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Por todo ello, entiendo que no está suficientemente bien articulado el mecanismo protector de la incapacidad temporal. Resultando así necesario, que nuevamente el legislador se plantee los esquemas establecidos para dicha prestación, con la finalidad de especificar y aclarar su contenido, de forma que se alcance el objetivo por el que se creó nuestro sistema de Seguridad Social, que no es otra que, la de afrontar la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica social y políticamente relevantes.

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M.R: "Los Orígenes de la Seguridad Social en España", en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

- ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1ª Edición, 1994.

- DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social,* Madrid, Editorial: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

- GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946.

- JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

- Mª ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO: "El INP, 1962-1977. El nacimiento de la Seguridad Social", en VV.AA. CASTILLO, S (DIRECTOR): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

- MONEREO PÉREZ, J.L: "EL Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político- jurídica", en VV.AA, TORTUERO PLAZA, J.L (DIRECT. y COORDI): *Cien años de Protección Social en España Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2007.

- MONEREO PÉREZ, J.L: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2003.

- SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950.

- TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA, COORDINADORES: MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, Mª: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006.

- TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma del 2006", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, Mª.N (COORDINADORES): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Homenaje al Profesor J. Vida Soria, Granada, Comares, 2008.

- VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

LOS COSTES DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Isabel Lorente Martínez

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

RESUMEN:

Es un hecho constatado que el mundo se encuentra jurídicamente fraccionado. La sociedad para un aumento de su bienestar necesita intercambiar los recursos limitados que le ofrece nuestro planeta. Pero pronto se descubrirá que esos intercambios generalmente se harán entre Estados distintos, serán intercambios transnacionales. La forma de contratar ha tenido una profunda transformación, y cada vez se encuentran menos barreras y fronteras para contratar con sujetos o sociedades cuya ubicación esté en un país distinto. Ante esta realidad hay que advertir que la litigación ante las posibles controversias que puedan surgir será una litigación de carácter internacional. Y se deberá atender a las circunstancias particulares de esta situación.

Palabras clave: litigación internacional, competencia judicial internacional, contrato internacional de compraventa de mercaderías, Reglamento 44/2001.

ABSTRACT:

It is a fact that the world is legally split. The Society for welfare increased need to exchange the limited resources offered by our planet. But they soon discover that these exchanges are usually made between different states, are transnational exchanges. The form of contract has had a profound transformation, and increasingly there are fewer barriers and borders to contract with individuals or companies whose location is in a different country. Given this reality should be noted that the litigation in possible disputes that may arise will be an international litigation. And it must address the particular circumstances of this situation.

SUMARIO: I. INTERÉS DEL TEMA Y PERSPECTIVA METODOLÓGICA. II. EL AVANCE VERTIGINOSO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y LA CONQUISTA DE NUEVOS MERCADOS. III. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE. IV. LOS COSTES DE LITIGACIÓN INTERNACIONAL. V. EL COSTE DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL. VI. EL ESQUEMA DE LA TESIS DOCTORAL. VII. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA NUEVA SOCIEDAD. VIII. JURISPRUDENCIA DEL TJUE: LA BASE. IX. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

I. INTERÉS DEL TEMA Y PERSPECTIVA METODOLOGICA:

1. Esta Tesis Doctoral tiene como objetivo investigar sobre la cuestión de los costes de la litigación internacional, en general, indagando posteriormente en la materia de la competencia judicial internacional y el contrato de compraventa internacional de mercaderías, contenido en el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. La perspectiva metodológica será triple: primero se atenderá a lo expuesto por la doctrina, haciendo un análisis crítico de la misma; se analizará la legislación vigente y la legislación que próximamente entrará en vigor; y se estudiará en profundidad la jurisprudencia que el TJUE ha desarrollado para dar respuesta a la problemáticas que ha suscitado el Reglamento 44/2001.

II. EL AVANCE VERTIGINOSO DE LA CONTRATACION INTERNACIONAL Y LA CONQUISTA DE NUEVOS MERCADOS:

2. En la actualidad es un hecho constatado el avance vertiginoso de la contratación internacional. Es una realidad que la mayoría de sectores tiende a la conquista de nuevos mercados. Y la consecuencia directa de esta afirmación es que, frecuentemente, existan en el mercado relaciones que estén conectadas con más de un Estado, relaciones que tengan algún elemento extranjero, o incluso más de un elemento. Estas son las denominadas “situaciones internacionales”, son situaciones conectadas con más de un ordenamiento jurídico o con más de una jurisdicción. Las soluciones a estas situaciones que ofrecen los distintos Estados no coincidirán siempre, por lo tanto, esto hace que exista un mayor grado de inseguridad jurídica que en las relaciones comerciales internas.

III. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE.

3. En un primer momento es necesario identificar qué órganos judiciales serán los competentes para resolver las controversias que se deriven de dichas situaciones. Y en un momento posterior se determinará el derecho aplicable a la situación internacional. Hay que distinguir los conceptos de “jurisdicción” y de “competencia judicial internacional”. Pero hechas estas precisiones se investigará la cuestión relativa a los “costes de la litigación internacional”.

IV. LOS COSTES DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL:

4. Uno de los más seguidos TT (*Trending Topic* o "tendencia del momento") en el fascinante mundo del Derecho internacional privado, es el relativo a los "costes de la litigación internacional". Se trata de un auténtico TT cuyo carácter como tal puede observarse desde tres puntos de vista.

5. En primer lugar, desde el punto de vista legislativo. En efecto, el mismo legislador ya ha aludido expresamente al concepto en el Reglamento (CE) Nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo[1]. El Considerando (9) de dicho Reglamento se refiere al concepto[2]. También lo hace el art. 1.1 letra a) del Reglamento citado[3]. Del mismo modo, los costes de la litigación internacional son contemplados por el Reglamento (CE) Nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía[4]. En efecto, el Considerando (7) y sobre todo el Considerando (8) de dicho Reglamento y, en menor medida el Considerando (36) del mismo, aluden al "precio de litigar" en los asuntos judiciales transfronterizos. Ese precio de litigar son los también llamados "costes de la litigación internacional"[5]. También el art. 1 del citado Reglamento se refiere al concepto[6].

---

[1] DOUE L 399 de 30 diciembre 2006.

[2] Cons. (9): "*El objeto del presente Reglamento consiste en simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo, y en permitir la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y a la ejecución...*".

[3] Artículo 1.1.a) Reglamento (CE) Nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006): "*1. El presente Reglamento tiene por objeto: | a) simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo (...)*".

[4] DOUE L 199 de 31 julio 2007.

[5] Cons. (7): "*Numerosos Estados miembros han introducido en su ordenamiento procesos civiles simplificados para las demandas de escasa cuantía, ya que los costes, retrasos y complicaciones relacionados con las acciones judiciales no disminuyen necesariamente de manera proporcional al valor de la demanda. Los obstáculos para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa aumentan exageradamente en los asuntos transfronterizos. Por todo ello es necesario establecer un proceso europeo para demandas de escasa cuantía («proceso europeo de escasa cuantía»). | El objetivo de dicho proceso debe consistir en facilitar el acceso a la justicia. La distorsión de la competencia en el mercado interior que generan los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores en los distintos Estados miembros hace necesario adoptar una legislación comunitaria que establezca normas uniformes en toda la Unión Europea para acreedores y deudores. Debe exigirse que se tengan en cuenta los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad cuando se establezcan los costes de tramitación de una demanda con arreglo al proceso europeo de escasa cuantía. Es conveniente que se hagan públicos los pormenores de los costes que han de pagarse y que los medios para establecer dichos costes sean transparentes*". Cons. (8): "*El proceso europeo de escasa cuantía debe simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, reduciendo los costes mediante un instrumento opcional que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros, que deben seguir inalteradas. El presente Reglamento debe hacer, asimismo, más sencillo obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía en otro Estado miembro*". Cons (36): "*Dado que el objetivo del presente Reglamento, a saber, el establecimiento de un proceso para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y para*

6. En segundo lugar, desde el punto de vista doctrinal, diversos autores se han referido a los costes de la litigación internacional como un elemento clave en el diseño y función de los foros de competencia judicial internacional[7]. La tutela judicial efectiva, cuya regulación matriz se recoge en los arts. 24 CE 1978 y 6 del CEDH 1950, consiste en garantizar a los particulares un "*acceso económico a la Justicia*" también en los casos conectados con diversos Estados, en los "casos internacionales"[8]. El Derecho Internacional Privado debe proporcionar a los

---

reducir los costes, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar...".

[6] Artículo 1: "*Objeto. El presente Reglamento establece un proceso europeo para demandas de escasa cuantía (en lo sucesivo, el «proceso europeo de escasa cuantía»), con el fin de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y de reducir los costes. Los litigantes podrán recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros*".

[7] Auténtico precursor es F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La racionalidad económica del DIPr.", *Cursos de Dcho.Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ.País Vasco, pp. 88-154. *Vid*. también, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen *vs*. Estado de destino", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20. Igualmente, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 14, 39, 129, 130, 197-202, y 242.

[8] Art. 24 de la Constitución Española de 1978: "*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. | 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. | La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*". Art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979): "*Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. | 2 Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. | 3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: | a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; | b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; | c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando*

particulares la posibilidad de acudir a unos concretos tribunales estatales ante los cuales la litigación internacional les comporta unos costes reducidos, unos "costes reducidos de litigación internacional". La posibilidad de acudir a tribunales estatales “próximos al litigio” significa la posibilidad de una “litigación internacional a coste reducido”. Si los particulares tuvieran que litigar ante tribunales de países “no conectados” con el litigio, los costes de transacción derivados de litigar ante tales tribunales, esto es, los “costes de litigación internacional”, serían enormes para tales particulares: se penalizaría el intercambio internacional y la “vida internacional” de los particulares. Litigar ante tribunales de un Estado que presenta una vinculación suficiente con el litigio, resulta adecuado para ambas partes. En efecto, demandante y demandado pueden prever, con la misma dosis de certeza y costes reducidos de litigación internacional, qué tribunales de qué Estado pueden conocer del litigio. El principio de vinculación suficiente asegura, por tanto, el “*equilibrio entre demandante y demandado*” (S. Clavel)[9].

7. En tercer lugar, desde la perspectiva jurisprudencial, los tribunales españoles comienzan a tomar conciencia del "precio de litigar" en el escenario internacional. Tres ejemplos bastarán.

8. Así, en el AAP Barcelona 3 mayo 2011 [arrendamiento de inmueble] [ponente Sr. D. Luis F. Carrillo Pozo], el juzgador indica que (subrayados añadidos): "*En toda ordenación del sistema de competencia confluyen intereses de profunda implicación constitucional, estando en juego el modo de poner en funcionamiento el derecho al juez natural y por ello el derecho a la tutela judicial efectiva: Sin normas claras, equilibradas y razonables no hay verdadera tutela, mientras que del lado pasivo, es claro que su falta puede generar situaciones de indefensión. Pero, además de estas preocupaciones, las normas de distribución del volumen de competencia ad intra de la jurisdicción española tienen una función económica indudable: Para el privado se trata de permitir la planificación (el cálculo anticipado del coste de litigar); para la administración de justicia, de repartir el trabajo de modo racional (....)*"[10].

9. Otro ejemplo: en el caso del AAP Soria 16 julio 2010 [menor con residencia habitual en Brasil], el juzgador señala que (subrayados añadidos): "*Declara el Tribunal Constitucional que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia el artículo 24.1 C.E ., consiste en el acceso a la jurisdicción, puesto que todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteados ante él,*

---

los intereses de la justicia lo exijan; | d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; | e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

[9] S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2009, p. 170.

[10] Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), auto núm. 70/2011 de 3 mayo. *Aranzadi WestLaw* JUR 2011\259838.

salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Y se añade que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (...). En tal sentido, y en lo que concierne a las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en lo que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), sigue afirmando el Tribunal Constitucional que tales reglas responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte a que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia. Se concluye declarando que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal en el artículo 22 de la LOPJ, de tal modo que en las reglas contenidas en el mismo, y sólo en ellas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto (STC 61/2000)....".

10. Tercer ejemplo: puede leerse en el AAP León (Sección 1ª), núm. 474/2009 de 8 octubre, que (subrayado añadido), "*[a]sí pues, en principio pudiera parecer que la resolución recurrida es correcta pues el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007 carece de un fuero imperativo que garantice al consumidor la cercanía al Tribunal que haya de decidir sus reclamaciones, esencial para asegurar que las mismas se abandonen por el coste que supone litigar en sede diferente. Sin embargo, era previsible la elaboración jurisprudencial de alguna construcción que permitiera una solución y un fuero favorable combinando otras normas aplicables. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo*"[11].

V. LOS COSTE DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL.

[11] *Aranzadi WestLaw*, AC 2010\182.

11. Litigar tiene un coste. Litigar no es gratis. Cuesta tiempo, dinero y energías y significativamente más en los litigios "internacionales", esto es, en los que presentan "elementos extranjeros", que en los litigios "meramente internos". No es lo mismo litigar ante los tribunales del Estado A que ante los tribunales del Estado B. Un coste de litigación internacional elevado puede hacer desistir de la demanda o de la defensa procesal. Los foros de competencia judicial internacional representan la traducción legal de la idea "litigar allí donde los costes del acceso a la Justicia sean menores". Es una idea matriz del Derecho Internacional Privado, puesto que beneficia la vida internacional de los particulares.

VI. EL ESQUEMA DE LA TESIS DOCTORAL:

12. Con estos objetivos apuntados, y partiendo desde una perspectiva metodológica, la tesis está dividida en cuatro capítulos, el primero de ellos dedicado a los costes de la litigación internacional. El segundo capítulo es el relativo a la competencia judicial internacional y contrato de compraventa internacional de mercaderías en el Reglamento 44/2001, tratando los aspectos básicos. El tercer capítulo se dedica a analizar los rasgos generales del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. Y el cuarto analiza el artículo 5.1 b), guión primero, del Reglamento 44/2001. En cada uno de dichos capítulos se plasmarán supuestos que podrían surgir en la realidad, que demuestran el carácter eminentemente práctico del Derecho Internacional Privado.

VII. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA NUEVA SOCIEDAD:

13. Este sector del Derecho Internacional Privado ha cobrado una importancia notable en los últimos tiempos. Porque cada vez es más frecuente que los operadores jurídicos se encuentren con la necesidad de litigar en diferentes Estados, debido a la evolución que está teniendo la contratación internacional. Este trabajo se ha querido centrar en esta necesidad práctica, haciendo un tratamiento autónomo de las cuestiones anteriormente apuntadas.

14. Por lo tanto, el impacto social de esta Tesis no se reduce solo al ámbito académico, sino que tiene vocación de servir a los distintos operadores jurídicos, que en un momento dado, tengan que valorar los costes de litigar en un país o en otro. Tiene como objetivo que los particulares puedan acudir a este trabajo para resolver supuestos reales que puedan surgir en su vida internacional. Sin olvidar su consideración teórica para los profesionales del Derecho y los que se formen en ello. Siendo así un material más al que acudir para despejar incógnitas en relación con las cuestiones que se tratan.

15. Esta Tesis se difundirá de dos formas: en un primer momento se harán pre-publicaciones, y finalmente se publicará la Tesis al completo.

VIII. JURISPRUDENCIA DEL TJUE: LA BASE.

16. Ante todo la base esencial de este trabajo será la jurisprudencia que ha producido el TJUE, llevando a cabo un análisis pormenorizado de la misma. A continuación se hará una relación de las sentencias más relevantes:

STJUE de 6 de octubre de 1976, as. 12/76, Tessili.

STJUE asunto 14/76, De Bloos.

STJUE asunto 56/79, *Zelger/Salinari.*

STJCE 22 marzo 1983, *Peters*.

STJUE de 15 de enero de 1987, as.266/87 Shenavai.

STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*.

STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*.

STJUE de 11 de enero de 1990, Dumez France y Tracoba, C-220/88.

STJCE 17 junio 1992, *Handte*.

STJUE de 13 de julio de 1993, as. C-125/92 Mulox IBC.

STJUE de 7 de marzo de 1995, Shevill y otros, C-68/93.

STJUE de 19 de septiembre de 1995, Marinari, C-364/93.

STJUE asunto C-440/97, *Groupe Concorde.*

STJUE asunto C-420/97, *Leathertex.*

STJCE 27 octubre 1998, *Réunion.*

STJUE de 19 de febrero de 2002, as. C-256/00, Besix S.A. vs. WABAG.

STJUE de 27 de febrero de 2002, as. C-37/00, Herbert Weber vs. Universal Ogden Services Ltd.

STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi.*

STJCE 1 octubre 2002, *Henkel.*

STJUE de 11 de julio de 2002, as. C-96/00, Rudolf Gabriel.

STJUE de 1 de octubre de 2002, as. C-167/00, Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel.

STJUE de 10 de abril de 2003, as. C- 437/00, Giulia Pugliese vs. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio.

STJUE de 8 de mayo de 2003, as. C-111/01, Gantner Electronic GmbH vs. Basch Exploitatie Maatschappij BV.

STJUE de 5 de febrero de 2004, as. C-18/02, Danmarks Rederiforening, que actúa en nombre de DFDS Torline A/S, vs.LO Landsorganisationen i Sverige, que actúa en nombre de SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation.

STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*.

STJUE de 10 de junio de 2004, as. C-168/02, Rudolf Kronhofer vs. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan.

STJUE de 14 de octubre de 2004, as. C-39/02, Mærsk Olie & Gas A/S vs. Firma M. de Haan en W. de Boer**.**

STJUE de 18 de mayo de 2006, as. C-343/04, Land Oberösterreich vs. ČEZ.

STJUE asunto C-386/05, *Color Drack.*

STJUE de 2 de octubre de 2008, as. C- 327/07, Nicole Hassett Y South Eastern Health Board, en el que participan: Raymond Howard, Medical Defence Union Ltd, MDU Services Ltd, y entre Cheryl Doherty Y North Western Health Board, en el que participan:Brian Davidson,Medical Defence Union Ltd, MDU Services Ltd.

STJUE Car Trim GmbH contra KeySafety Systems Srl**,** as. 381/08.

STJUE de 2 de abril de 2009, as. C-394/07, Marco Gambazzi vs. DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company.

STJUE de 16 de julio de 2009, as. C-189/08, Zuid-Chemie BV vs. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA.

STJUE de 25 de octubre de 2010, as. C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising GmbH Y X; Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited.

STJUE asunto C-87/10, *Electrosteel*.

STJUE de 12 de mayo de 2011, as. C- 144/10, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts, vs.JP Morgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch.

STJUE de 19 de abril de 2012, as. C-523/10, Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.

STJUE de 25 de octubre de 2012, as. C-133/11, Folien Fischer AG, Fofitec AG y Ritrama SpA.

STJUE 14 marzo 2013, as. C-19/11, *Česká spořitelna, a.s. vs. Gerald Feichter*.

IX. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

A. Calvo-Caravaca/J. Carrasacosa, *Derecho internacional privado,* II, 9ª ed., 2008, págs. 460-461.

A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011.

A.L. CALVO CARAVACA, "El control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen de la sentencia", *RJ La Ley*, núm.788, 1983, pp.1-5; ID., La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen, Tecnos, Madrid, 1986.

A.L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Práctica procesal civil internacional*, Ed. Comares, Granada, 2001.

A. De La Oliva Santos / I. Díez Picazo Giménez, *Derecho procesal civil, el proceso de declaración*, 3ª ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 63-81 y 286-287.

Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres. *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General. La función jurisdiccional*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Edición 2011.

A. de la Oliva / M.A. Fernández, *Derecho procesal civil*, I, Ed.Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 279-298.

A. Hernández Rodríguez, "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable", *CDT*, 2011, pp. 179-194.

B. Haftel, "Entre 'Rome II' et 'Bruxelles I': l'interprétation communautaire uniforme du règlement 'Rome I'", *JDI Clunet*, 2010, pág. 761-788.

Beraudo, "Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000", *Clunet,* 2001, pág. 1033 y ss., pág. 1044.

C. Bruneau, "Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale", *JCP*, 2001-I, pp. 304 ss.; Id., "La reconnaisance et l'éxecution des décisions rendues dans l'Union européenne", JCP, 2001-I, pp. 314 ss.

C. Napoli, "L'accetazione della giurisdizione straniera quale criterio di competenza internacionale", *RDIPP*, 1992, pp.905-969.

C. Oetiker/T. Weibel (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen: Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011.

Ch.N. Fragistas, “La compétence internationale en droit privé”, *RCADI*, vol.109, 1961, pp. 159-267; Id., “Problemes resultant du conflit des regles sur la compétence judiciaire internationale”, *Annuaire de l'A.A.A.*, 1957, pp.102-128; Id., “La compétence internationale exclusive en droit privé”, *Studi in onore di Antonio Segni*, vol.II, Milán, Giuffré, 1967, pp. 199-226.

D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, Dalloz, 1970.

D.P. Fernández Arroyo, “Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdictions in European Private International Law: Will they Ever Survive?”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 169-186.

D.P. Fernández Arroyo, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, 2006, vol. 323, pp. 9-260.

D.W. Bowett, “Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes”, *RCADI*, 1983, vol.180, pp.169-236.; H. Gaudemet-Tallon, “Nationalisme et compétence judiciaire, déclin ou renouveau?”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 171-200

E. Castellanos Ruiz, “Compraventa internacional”, en A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González (Dirs), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 191-306; Id., “Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del Reglamento 44/2001”, en AA.VV., *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-150.

Francisco J. Garcimartín Alférez, *Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable,* p. 6.

F.J. Garcimartín Alférez, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho.Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ.País Vasco, pp. 88-154.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 5.1 CB” en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, A. L. CALVO CARAVACA, Madrid 1995, págs.77-101.

Javier Carrascosa González, *Anales de Derecho*. *Universidad de Murcia*: *Elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional.* Número 18. 2000. Págs. 7-40.

Javier Carrascosa González, *Conflicto de leyes y teoría económica,* Colección “El Derecho de la globalización”, dirigida por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. Editorial Colex, Madrid, 2011.

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence legis¬lative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376; ID., “Las relaciones entre forum y ius en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *ADI*, vol.IV, 1977-1978, pp. 89-136.

J.G. Collier, *Conflicts*, 1994, pp.77-111.

M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

M. Virgós Soriano / F. Garcimartín Alférez, “Estado de origen *vs*. Estado de destino”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

P. Franzina, “Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in piú luoghi nella convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento 44/2001”, *RDIPP*, 2002, pp. 391-406; Id., *La giurisdizione in materia contrattuale (l’art.5 n.1 del regolamento n.44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006.

P. Franzina, “Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze car trim e Wood Floor della Corte di Giustizia”, *RDIPP*, 2010, III, pp. 657-684.

P. Mankowski, “Art. 5.1”, en P. Mankowski / U. Magnus [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, July 2007, pp. 77-167.

P. Mankowski, en Magnus/Mankowski (ed.) *Brussels I Regulation,* 2007*,* pág. 123.

EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO: NATURALEZA, CONCEPTO Y RETOS ACTUALES

José Manuel Macarro Osuna.
Becario FPU del Área de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Pablo de Olavide.

Resumen

La construcción de la Unión Europea ha tenido como eje principal la formación de un mercado interno en la totalidad del territorio de los Estados miembros. Para alcanzar este objetivo los Tratados constitutivos de la Unión establecen la competencia exclusiva de la UE para la armonización de la imposición indirecta, lo que se ha visto reflejado en la creación de un impuesto sobre el consumo común a todos los Estados miembros. El IVA está fundamentado en tres pilares básicos: su aplicación generalizada a productos y servicios, la utilización de una alícuota proporcional y el su configuración como un tributo neutral. Pese a las diferentes implicaciones que puede tener, podemos definir la neutralidad fiscal como la ausencia de influencia del impuesto en la toma de decisiones económicas realizadas por los operadores o por los consumidores. Este principio tiene una gran importancia económica e informa la configuración de la totalidad del IVA. Según afecte a cuestiones expresas del comercio entre Estados miembros o con terceros Estados o afecte a la globalidad de las transacciones sin importar cuestiones geográficas podremos diferenciar, respectivamente, entre neutralidad externa e interna. El principio de neutralidad interna tiene como fundamento esencial el hacer irrelevante el número de eslabones en la cadena productiva, lo que se consigue a través del sistema de deducciones, así como haciendo tributar en la misma cuantía a las empresas que realicen las mismas operaciones sin importar su forma jurídica. Numerosas cuestiones, como la posibilidad de introducir excepciones de carácter nacional o el sistema de exenciones ponen en riesgo la efectividad de este principio de neutralidad.

Palabras clave: Neutralidad, IVA, prestación de servicios, integración fiscal, deducción, exenciones, regla de localización

Abstract

The construction of the European Union has had as main purpose the formation of an internal market in the entire territory of the Member States. To achieve this goal the Treaties set the exclusive competence of the EU to harmonize indirect taxation. Its main consequence has been the creation of a common consumption tax for all Member States. VAT is based on three pillars: a general application to products and services, the use of a proportional rate and its configuration as a neutral tax. Despite the different implications it may have, tax neutrality can be defined as the absence of tax influence on the economic decisions made by either operators or consumers. This principle is quite important from an economic point of view and influences the configuration of the whole tax. Depending on if it affects intra-UE commerce or transactions with third countries or affects the totality of transactions regardless of geographical issues, we can distinguish, respectively, between internal and external neutrality. The internal neutrality principle is mainly based on making irrelevant the number of steps in the production chain. This is achieved through the system of deductions and by taxing with the same amount to the companies that perform the same operations regardless of their legal form. Several matters, like the possibility of introduction exceptions on a national level or the exemptions system threaten the effectiveness of the principle of tax neutrality.

I. Introducción

El proyecto de construcción de la Unión Europea ha tenido como objetivo originario y fundamental la consecución de un mercado interno entre los Estados miembros que funcione de forma similar a como lo hacen los mercados nacionales. El progresivo proceso de integración económica y jurídica desarrollado en el marco de la Unión, realizado teniendo siempre en cuenta dicho objetivo prioritario, ha alcanzando grandes logros como la instauración de un régimen aduanero común, la armonización de la imposición indirecta sobre el volumen de negocios o la instauración de las libertades fundamentales de circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

En este sentido, una de las principales características que debe concurrir en el mercado interno es la libre competencia y para ello la toma de decisiones empresariales y de consumo debe realizarse teniendo en cuenta estrictos criterios económicos. Sin embargo, las normas tributarias pueden y tienen efectos decisivos en la vida económica de los países. Éstas pueden llegar a condicionar estrategias empresariales tales como el lugar de establecimiento de una empresa, el tipo de productos o servicios prestados, la adquisición de un producto nacional y no de otro Estado, etc. La práctica globalidad de las decisiones económicas, sea por el lado de la oferta (empresarios) como de la demanda (consumidores), pueden ser influenciadas por criterios impositivos.

El Impuesto del Valor Añadido -IVA- es, en cuanto tributo que grava directamente el consumo, uno de los más propicios para determinar y orientar las conductas de empresarios y particulares. Debido a esta especial idoneidad y a su carácter de gravamen final sobre las ventas, su articulación por parte de la UE ha tenido como pilar básico el principio de neutralidad económica. El objeto del presente trabajo es profundizar sobre este principio y su incardinación en el IVA, mostrando las principales áreas en las que se manifiesta y en las que delimita el contenido de esta figura impositiva. Resultaría particularmente interesante completar este estudio haciendo especial hincapié en las prestaciones de servicios debido al proceso de cambio que recientemente han experimentado en su configuración desde la entrada en vigor del conocido como "paquete IVA" de 2008. Éste ha alterado el criterio de localización de los mismos, virando hacia el principio de imposición en destino, que parece erigirse como solución definitiva al régimen transitorio aún vigente, lo que modifica en gran medida las consideraciones sobre la neutralidad externa que pudieran haberse realizado sobre la tributación en origen.

II. La integración fiscal en la Unión Europea

Consideramos algo arriesgado hablar de una verdadera integración fiscal en la UE pues a su carácter parcial hay que añadir que ésta no se ha desarrollado como un fin en sí misma, sino como medio para alcanzar otro objetivos, fundamentalmente el correcto funcionamiento del mercado interno[1]. Si observamos el Capítulo 2 del Título VII del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE), titulado Disposiciones Fiscales, se observa particularmente su carácter breve, pues tan sólo consta de cuatro artículos y, con ello, lo limitado de la labor armonizadora en este ámbito. Los artículos 110 y 111 implican, fundamentalmente, una prohibición de discriminación en materia de gravamen a un producto o servicio por razón de su Estado de procedencia, es decir, están encaminados claramente a la protección del buen funcionamiento del mercado interior y a impedir el levantamiento de barreras de carácter fiscal a las transacciones en el mismo, ya sea discriminando los productos extranjeros o protegiendo los nacionales[2].

---

[1] Terra, B., Wattel, P., *European Tax Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 1, concreta los requisitos fundamentales para la conformación del mercado común: "A common market requires free movement of goods, services, persons and capital, normal conditions of competition (a 'level playing field') and harmonization of national law as far as disparities between national laws impede the functioning of the common market", especificando posteriormente muchos de los obstáculos fiscales que se encuentran a la consecución de dicho fin, argumentando que "these tax differences cause market fragmentation along national borders. They distort economic neutrality as to where to trade, there to work, where to establish and where to invest".

[2] Terra, B., Wattel, P., *European Tax… op. cit.* pp. 8-9, hacen referencia al antiguo artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea que ha sido literalmente sustituido por el art. 110 TFUE: "prohibits both direct and indirect discrimination against foreign products and direct and indirect fiscal protection of domestic production".

Por otro lado, la verdadera actividad armonizadora realizada en el Tratado está centrada, casi exclusivamente, en la imposición indirecta. La ausencia de artículos específicos que siquiera mencionen la tributación directa provoca que el sustento normativo para una aproximación de dichas figuras se limite a las disposiciones generales referentes a la armonización legislativa requerida para la consecución de los principales objetivos del tratado (art. 114 TFUE).

Sí existen, por el contrario, referencias expresas a la imposición indirecta, y más concretamente al IVA, respecto del cual la UE ha ejercido una auténtica labor legisladora y unificadora. El art. 113 TFUE establece la competencia exclusiva de la UE en lo referente a la armonización de la normativa que regula el IVA "en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia".

La exclusividad competencial así como el específico sustento normativo que se le da en el TFUE a la regulación de la imposición sobre el consumo hace que ésta se erija como el tributo armonizado por excelencia en el ámbito comunitario. Sin embargo, observamos que la razón de ser del citado artículo se basa, como enunciábamos, en alcanzar el logro de un mercado interior correctamente desarrollado. Además, junto con este objetivo se incluye un fundamento adicional que es evitar distorsiones de la competencia en dicho mercado. Siendo el IVA una figura impositiva que se repercute directamente en el precio de los bienes y servicios comercializados, presenta un perfil especialmente delicado en cuanto a su potencial influencia en las relaciones económicas. Por este motivo, el Impuesto se ha configurado alrededor del principio que estamos analizando, el de neutralidad económica, cuyo fundamento y razón de ser tendría base en el propio Derecho originario de la UE.

Queremos destacar que este principio, así como los motivos que lo originan, conlleva la aplicación directa de criterios económicos a formulaciones jurídicas. La instauración del IVA, su composición y elementos fundamentales deberán estar dirigidos a la consecución de unos fines económicos concretos o, al menos, a evitar la distorsión de los mismos. Esto tendrá consecuencias fundamentales a la hora de evaluar e interpretar los distintos presupuestos jurídicos del impuesto, provocando que en muchos casos el punto de vista o los criterios a los que se deba acudir para dilucidarlos tengan contenido económico, debiendo el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) analizar conjuntamente elementos de naturaleza radicalmente diversa y diferenciada como ocurre, por ejemplo, en la STJUE RankGroup[3].

III. El Principio de neutralidad fiscal en el IVA

El IVA es un tributo basado en tres presupuestos claros: su aplicación generalizada a todos los bienes y servicios de consumo, la aplicación de una alícuota proporcional al precio de cada transacción y, la que a nuestro trabajo incumbe, la constitución del impuesto como una figura neutral[4].

Pese a ser un pilar básico de la construcción del impuesto, tanto la doctrina como las autoridades comunitarias han encontrado dificultades en definir de forma separada e

[3] STJUE RankGroup, Asuntos C-259/10 y C-260/10, de 10 de noviembre de 2011, en la que el TJUE debe acudir a elementos económicos para decidir si determinados juegos de azar pueden "ser tratados de forma distinta desde el punto de vista del IVA", haciendo referencia a un criterio de "competencia efectiva". Esta consideración excede, a todas luces, lo estrictamente jurídico y provoca que la interpretación del cumplimiento del principio de neutralidad de la Ley del IVA del Reino Unido dependa de factores puramente económicos o empresariales.

[4] Aujean, M., "Harmonization of VAT in the EU: Back to the Future", *EC Tax Review*, Vol. 5, Kluwer Law International, La Haya, 2012, p.137, interrelaciona el principio de neutralidad económica y el de aplicación extensiva y generalizada: "The objective of neutrality is essential to the quality (and efficiency) of the VAT system. This has two major implications: – the widest possible scope for VAT; – a systematic right to input VAT deduction."

En el mismo sentido Martínez, Y., "El principio de neutralidad en el IVA en la doctrina del TJCE", *Revista española de derecho financiero*, Nº 145, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 145 y ss. Que realiza también una exposición de dichos principios en estrecha conexión: "El principio de neutralidad en el IVA implica, por un lado, que dicho impuesto no debe incidir en las decisiones económicas de los empresarios y profesionales; en relación con la actividad económica, el Impuesto debe tener un efecto neutro, y ello se consigue cuando éste se recauda con la mayor generalidad posible y abarcando la totalidad de las fases del proceso de producción y distribución de bienes y la prestación de servicios".

independiente este principio de neutralidad fiscal. De hecho, los estudios sobre el mismo concuerdan en atribuirle un carácter múltiple, debido a las relaciones que tiene con muchos otros presupuestos jurídicos y económicos y a su capacidad de informar la mayor parte de las normas básicas reguladoras de la figura impositiva. Por ello, podemos afirmar que se trata de un principio del que es difícil extraer una definición unívoca que sirva para todos los planos de análisis y que englobe todas las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación[5].

Si intentamos esbozar un concepto de neutralidad fiscal en sentido estricto debemos aludir a la libre competencia en el mercado y las potenciales distorsiones que una figura de imposición indirecta pueda provocar[6]. En términos generales el IVA será neutral si no afecta ni influye en la toma de decisiones económicas de los operadores que actúan en el mercado interior y, de la misma forma, tampoco influye en la toma de decisiones de consumo que realicen los particulares[7]. Pese a que la mayor parte de la doctrina ha analizado este principio tradicionalmente siempre desde el punto de vista de la oferta, es decir, de su impacto sobre los empresarios, consideramos igualmente relevante la posible influencia que pueda tener sobre la percepción de los usuarios y sus acciones de consumo. Como ya hemos comentado anteriormente con la referencia a la STJUE RankGroup, la percepción de los compradores deviene fundamental a la hora de analizar el cumplimiento de este principio, por lo que habrá que considerar la neutralidad también desde la óptica del adquirente, y no sólo de los proveedores y vendedores[8].

La importancia económica de este principio es clara. Conseguir una competencia justa y neutral entre los operadores europeos es fundamental para que triunfen las empresas que tengan un mayor potencial de éxito y de competitividad en sus relaciones comerciales, siendo este incremento de la productividad del tejido empresarial comunitario uno de los objetivos fundamentales a que aspira la UE con la constitución del mercado interno. Por otro lado, la neutralidad también debe redundar en beneficio de los consumidores europeos, que podrán decidir los productos y servicios a adquirir basando sus decisiones de compra en motivos estrictamente económicos (calidad, precio, utilidad marginal del producto, etc.), sin que la imposición deba decantar estas adquisiciones al incrementar el precio de un bien respecto de

---

[5] Comelli,A., *IVA comunitaria e IVA nazionale: Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, CEDAM, Padova, 2000, p. 302, "El principio de neutralidad [...] non è suscettibile di una definizione univoca, essendo collegato a diversi profili caratteristici dl'IVA che devono essere separatamente evidenziati ed analizzatti".
En el mismo sentido Martínez, Y., "El principio de neutralidad en el IVA… op. cit. p. 149 cuando habla de diversas acepciones del principio tratado: "Por otro lado, el principio de neutralidad en el IVA presenta una segunda acepción que lo acerca al principio de igualdad de trato o no discriminación."
Mondini, A., *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'iva europea*, Pacini Editore, Pisa, 2012, p. 236: "La nozione di neutralità è polimorfa. La medesima tecnica fiscale assicura la neutralità nelle sue diverse accezioni, pertanto la scomposizione del concetto vale solo a fini espositivi e non ha rilevanza normativa [...] Il polimorfismo dipende, come per la proporzionalità, dal fatto di essere un concetto di relazione"

[6] De la Feria, R., *The EU VAT system and the internal market*, IBFD, Amsterdam, 2009, p. 263, realiza una distinción entre neutralidad en sentido estricto y en sentido amplio. La primera se sustenta en alcanzar la uniformidad de la imposición en el IVA y la eliminación de las distorsiones de la competencia mientras que en un sentido más general, la neutralidad incluiría estas consideraciones además de los principios de imposición exclusiva de actos de consumo y el de deducción del IVA soportado que permite que la carga tributaria se traslade íntegramente al consumidor final, y los sujetos pasivos del impuesto, los empresarios y profesionales, no sufran ni experimenten la carga del gravamen.

[7] Martínez, Y., ., "El principio de neutralidad en el IVA… op. cit. p. 149 "El principio de neutralidad en el IVA implica, por un lado, que dicho impuesto no debe incidir en las decisiones económicas de los empresarios y profesionales; en relación con la actividad económica, el Impuesto debe tener un efecto neutro".
Mondini, A., *Contributo allo studio del principio...* op. cit. p. 237: "La neutralità economica per gli operatori, unitamente al carattere generale dell'IVA [...], contribuisce a un'ulteriore profilo di neutralità intesa come "indifferenza", perché fa sì che le scelte economiche delle imprese – in merito all'allocazione dei fattori produttivi, agli approvvigionamenti e agli investimenti – non siano influenzate in modo significativo dall'applicazione dell'imposta**"**

[8] Mondini, A., *Contributo allo studio del principio...* op. cit. p. 238 destaca la capacidad del IVA para influir en las decisiones de los usuarios con una frase clara: "Non può dirsi ovviamente neutrale per il contribuente "di fatto", perché la sua applicazione può certamente orientare e influenzare la domanda."

otro que, en condiciones de ausencia de gravamen, habría tenido una mejor recepción e inserción entre los usuarios.

Del análisis de los motivos fundamentales y de las principales distorsiones que se pueden provocar en este libre mercado al que se pretende aspirar, podemos extraer dos grandes bloques que nos permitirán realizar una clasificación del principio de neutralidad que distinga aspectos "internos" y "externos" del gravamen sobre el consumo. Esta clasificación adquiere sentido dado el carácter plurinacional en el que se aplica el IVA, y sería una división más superflua en caso de tratarse de un impuesto indirecto de aplicación exclusiva en el mercado de un único Estado.

Al identificar un aspecto "externo" del principio de neutralidad nos referimos fundamentalmente a las vicisitudes que puedan influir en los intercambios entre distintos países, es decir, en las adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios que acontezcan entre operadores (B2B) o de éstos con consumidores (B2C) cuando las partes estén localizados en distintos Estados Miembros o en un país extraño a la UE. Habrá que analizar las distintas reglas de localización de las operaciones sujetas al impuesto, al tiempo que entrarán en juego la libertad con límites que ostentan los EEMM para fijar los tipos de gravamen y la definición de los bienes que constituyan el objeto de la transacción. Esta vertiente del principio estudiado adquiere especial relevancia en el caso de las prestaciones de servicios, tanto por las nuevas reglas de localización a que se están sometiendo como, sobre todo, por la posibilidad que plantean las nuevas tecnologías como canal de transmisión de las mismas[9].

Por el contrario, cuando hablamos de neutralidad interna, ésta concierne a los elementos del impuesto que no dependen de la localización de los intervinientes en la operación gravada, pero que puedan afectar igualmente a la toma de decisiones económicas. Fundamentalmente, nos referimos al procedimiento de deducción del IVA soportado y a su correcta configuración, que posibilita el carácter neutral del impuesto sin importar la longitud del proceso productivo o de distribución. Un incorrecto sistema de detracción de las cuotas de IVA pagadas a los proveedores podría beneficiar o fomentar un proceso de integración vertical empresarial en el que se evitara, en lo más posible, el abono del impuesto en las operaciones B2B o viceversa.

IV. El principio de neutralidad en las Directivas IVA: fundamento y cuestiones más relevantes

El principio de neutralidad ha sido uno de los motores principales de la introducción en la UE del IVA tal y como hoy lo conocemos. De hecho, la situación previa a la introducción de este impuesto, en la que los distintos Estados miembros recaudaban diferentes impuestos sobre el volumen de negocio de las empresas, y las posibles distorsiones que éstos pudieran crear, fue un motivo central en la creación del mismo. Incluso cuatro años antes del

[9] Por ejemplo, si analizamos las prestaciones de servicios por vía electrónica, que hasta 2015 tributarán en origen, es decir, en el país en el que se encuentre establecido su proveedor, observamos que ha habido un desplazamiento masivo de estos operadores a países cuya alícuota general del IVA es inferior, por ejemplo Luxemburgo. La regla de tributación en origen provocaría que un consumidor, por un mismo bien, podría hacer frente a un gravamen IVA hasta 10 puntos superior dependiendo del Estado miembro en el que esté el establecimiento del prestador. Esto influye claramente en la toma de decisiones económicas de los operadores, que harán depender parte de su competitividad en función del lugar en que tengan su sede, infringiendo con ello el principio de neutralidad. Éste tema se trata en mayor profundidad en Macarro Osuna, J.M., *El IVA en las operaciones de comercio electrónico*, pendiente de publicación.
Esta falla en el carácter neutral que debería tener el IVA puede agravarse por concurrencia de otras circunstancias, como ocurre en el caso de la compraventa de libros en formato digital y en formato papel. En éstos, la aplicación del tipo reducido sólo se permite en el caso de los segundos, toda vez que la calificación de los primeros como prestación de servicios provoca que tributen al tipo general del impuesto, y además depende de la decisión que aplique cada nación de la UE al respecto. Esto, por un lado, influye claramente en el precio que deberá afrontar el consumidor por un bien que, pese a que el formato en que se presenta es diferente, en contenido y esencia es el mismo. Por otro, la aplicación potestativa de cada EM del tipo reducido hace que este puzle permita a unos países atraer proveedores de libros electrónicos a sus fronteras. Para un análisis detallado véase Ramos Prieto, J., Martín Rodríguez, J. M., Macarro Osuna, J. M., "Observaciones respecto de la tributación de los servicios electrónicos", Contribución al "Consultation on Review of existing legislation on VAT reduced rates", propuesto por la Comisión Europea.

establecimiento de la Comunidad Económica Europea (CEE), estando vigente exclusivamente la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), la Alta autoridad de la CECA solicitó a un comité de expertos que tratara el impacto en el mercado común de la existencia de diversos impuestos sobre el volumen de negocios, fundamentalmente con el objetivo de evitar situaciones de doble imposición y para facilitar el libre movimiento de los productos incluidos en el ámbito de dicha Comunidad. Las conclusiones de dicho comité, conocido como Informe Tinbergen, iniciaban sus reflexiones con la enunciación explícita del principio de neutralidad afirmando: "Para que el objetivo del mercado común no se vea frustrado, las consideraciones fiscales no deben intervenir a inducir al comprador a alterar sus decisiones[10]". El informe concluía, fundamentando gran parte de sus ideas en la consecución y el logro de la neutralidad, la necesidad de armonizar un nuevo tributo indirecto sobre el volumen de negocios. Sin embargo, esta proposición no tuvo acogida y no se dieron los cambios materiales que pregonaba[11].

Estando ya vigente la CEE, la Comisión Europea reemprendió la tarea armonizadora de la tributación indirecta en la Comunidad, estableciendo primero tres grupos de trabajo sobre la materia que, junto con el Comité Fiscal y Financiero, dieron otro impulso al proyecto de impuesto común. Concretamente, el conocido como Informe Neumark, concluyó que el sistema de tributos sobre el volumen de negocios "en cascada", existentes en los países de la CEE con la excepción de Francia, causaba una distorsión del mercado, tanto dentro de los propios países de la Comunidad como en el comercio internacional e intracomunitario[12].

El trabajo de dichos grupos y el resultado de los informes dieron sus frutos en la creación del impuesto armonizado a través de las conocidas como Primera y Segunda Directivas IVA[13]. De la lectura del articulado y de los considerandos de ambas se puede deducir el interés existente en configurar el IVA desde un punto de vista neutral, sobre todo en la anteriormente calificada como vertiente interna, toda vez que se pretendía eliminar el principal efecto distorsionador de los impuestos en cascada. Éstos gravaban cada transacción comercial que se realizara, lo que implicaba que en función del número de intercambios realizados antes de llegar al consumo final el producto o servicio acarrearía un mayor o menor gravamen, es decir, que la longitud del proceso productivo condicionaba drásticamente el nivel de tributación al que sometía un bien[14].

---

[10] Informe Tinbergen, traducción propia del siguiente texto: "In order that the aim of the common market should not be frustrated, tax considerations must not intervene to induce the buyer to alter his decisions".

[11] De la Feria, R., *The EU VAT system…* op. cit. p. 46

[12] El Informe Neumark afirmó expresamente que los tributos en cascada "causes distortion of competition within the national economics where it is applied and artificially promotes the concentration of enterprises, but, in addition, it distorts the international trade regulation because of the impossibility of calculating exactly the overall charge of the turnover tax burden".

[13] Directiva 67/227/CEE de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios (Primera Directiva, derogada parcialmente por la Sexta Directiva y definitivamente por la Directiva 2006/112/CE), y Directiva 67/228/CEE, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Estructura y modalidades de aplicación del sistema común de Impuesto sobre el Valor Añadido, (Segunda Directiva derogada por la Sexta Directiva IVA).

[14] El octavo considerando de la Primera Directiva destacaba expresamente este carácter del nuevo impuesto: "La sustitución de los sistemas de impuestos cumulativos en cascada vigentes en la mayoría de los Estados miembros por el sistema común de impuesto sobre el valor añadido, deberá conducir, […]a una neutralidad en la competencia, en el sentido de que en el interior de cada país las mercancías de naturaleza análoga soporten la misma carga fiscal, sea cual fuere la longitud del circuito de producción y distribución de las mismas, y de que, en el comercio internacional, el importe de la carga soportada por las mercaderías sea debidamente evaluado con el fin de que pueda concederse una compensación exacta de su cuantía", teniendo éste su particular reflejo en el artículo dos del mismo texto: "El principio del sistema común de impuestos sobre el valor añadido consiste en aplicar al comercio de bienes y servicios un impuesto general sobre el consumo […]sea cual fuere el número de transacciones que se produzcan en el circuito de producción y distribución precedente a la fase de gravamen. En cada transacción será exigible el impuesto sobre el valor añadido, liquidado sobre la base del precio del bien o del servicio gravados al tipo impositivo aplicable a dichos bienes y servicios, previa deducción del importe de las cuotas impositivas devengadas por el mismo impuesto que hayan gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio".

El IVA no padece de esta debilidad pues permite a los operadores deducir las cuotas pagadas a los proveedores que le hubieran suministrado los elementos necesarios para realizar su aporte de valor, lo que haría irrelevante el grado de integración vertical existentes en las empresas que ofertan un bien a los usuarios. Al mismo tiempo, la posibilidad de detraer del IVA repercutido las cuantías abonadas provoca que la carga impositiva recaiga directa e íntegramente en éstos, y no tenga un carácter de coste para los empresarios.

Las sucesivas modificaciones normativas que cambiaron la regulación del IVA, fundamentalmente la conocida como Sexta Directiva[15], y la actualmente vigente Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, han respetado el principio de neutralidad como clave de bóveda de todo el sistema del impuesto, introduciéndolo también en sus textos. En este sentido, el actual texto vigente introduce en sus considerandos cuatro y siete la vigencia y utilidad de este principio, de forma casi idéntica a como lo había hecho la citada Primera Directiva. Reitera la necesidad de un impuesto neutral en el que "los bienes y servicios de naturaleza análoga soporten la misma carga fiscal, sea cual fuere la longitud de su circuito de producción y distribución", siempre con el objetivo claro de eliminar todas las distorsiones "susceptibles de falsear las condiciones de competencia".

Estas alusiones, sin embargo, son bastante escasas, por no decir inexistentes, en el resto del articulado de la Directiva en vigor. De hecho, creemos necesario hacer referencia a la importante labor que ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en lo concerniente a su formación. El Alto Tribunal ha sido el encargado de dotar de un verdadero contenido material y concreto al principio erigiéndolo como un elemento fundamental decisorio en los conflictos sobre IVA, lo que le ha permitido conformar un auténtico cuerpo jurisprudencial sobre el alcance del mismo en relación con los distintos elementos jurídicos del tributo. Es destacable que el desempeño del TJUE ha ido más allá del de mero intérprete de las normas comunitarias, llegando en algunos supuestos a adquirir parcialmente un carácter de verdadera creación de normas o dación de contenido a las mismas.

Pese a esta declarada intención de la UE de no alterar las decisiones económicas con la introducción de un tributo neutro sobre el valor agregado, y la tarea realizada por el Tribunal de Luxemburgo, el resultado obtenido por las autoridades de la Unión dista mucho de su objetivo. De hecho, la propia Comisión Europea ha reconocido un gran número de fallas y problemas del impuesto que ponen en entredicho el principio de neutralidad en el llamado Libro Verde del IVA[16]. En este documento se ponen de manifiesto muchas de las incorrecciones que provocan que el IVA siga siendo, a día de hoy, un quebradero de cabeza para muchas empresas y que condicione, entre otros, desde el tipo de personalidad jurídica que deben adoptar al constituirse al país en el que deben establecerse. Tomando como punto de partida las cuestiones identificadas en dicha Comunicación, identificaremos las cuestiones principales en las que este principio no está teniendo una aplicación efectiva y, para ello, volveremos a utilizar la citada clasificación que diferencia entre neutralidad interna y externa.

En los aspectos internos los principales inconvenientes que encontramos al analizar la Directiva y la jurisprudencia del TJUE se incardinan en el sistema de deducción y en el conglomerado de exenciones existentes en el IVA. Respecto al primero, encontramos dos temas diferenciados y con gran impacto en las relaciones económicas. El primero se refiere a las propias excepciones existentes al derecho de deducción, contenidas en los artículos 176, 177 y 395 de la Directiva, mientras que el segundo está relacionado con los requisitos existentes para el ejercicio de dicha detracción.

Los citados artículos introducen alteraciones en la deducibilidad de determinados gastos y contienen la posibilidad de introducir modificaciones nacionales al respecto. Si recordamos la importancia radical que tiene este mecanismo del IVA para lograr la neutralidad tanto en términos de longitud del proceso productivo, como para evitar que los empresarios sufran la carga del impuesto nos surgen dudas sobre el gran número de ocasiones en que puede ponerse en entredicho. Si bien el art. 168 de la Directiva permite la deducción del IVA pagado "en la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas", el art. 176 expande los gastos deducibles exceptuando únicamente los

[15] Directiva 77/388/CEE de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme.

[16] COM(2010) 695 final, de 1 de diciembre de 2010, *Libro Verde sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, más robusto y eficaz*.

“que no sean estrictamente profesionales”. La falta de precisión que introduce esta disposición pone en duda la completa neutralidad del IVA pues da pie a interpretaciones muy diversas en los distintos Estados miembros, que pueden llegar ser contrarias, lo que afectaría a determinadas decisiones económicas[17].

Pese a ello, las excepciones que permiten los otros artículos mencionados provocan excepciones de mayor trascendencia. En ellos se contempla que los EEMM pueden mantener las exclusiones al derecho de deducción existentes antes del uno de enero de 1979 o de la fecha en que se adhirieron los EEMM posteriores países de la Unión (segundo párrafo del art. 176), o la posibilidad de solicitar nuevas exclusiones autorizadas por la Comisión por razones coyunturales (art. 177), o que sean aprobadas por el Consejo, cuando el objetivo del país en cuestión sea “impedir ciertos tipos de evasión o elusión fiscal” (art. 395). Esta última se erige como uno de los factores más relevantes que pueden restringir la deducción para evitar conductas fraudulentas, lo que se tendrá en consideración en muchas de las decisiones del TJUE para analizar si las medidas nacionales se limitan a lo necesario para prevenir las conductas evasivas o van más allá e infringen la neutralidad.

Todas estas excepciones al régimen general de gastos deducibles permiten introducir notables divergencias entre los sistemas IVA que puedan regir en los distintos territorios de la UE, provocando que lo que pretende ser un tributo armonizado y neutral supedite dicho objetivos a interpretaciones o posibles divergencias territoriales. Los sujetos pasivos establecidos en los distintos EEMM deberán afrontar en muchos casos diferencias de imposición, que afectaran a su competitividad en comparación con los operadores de otros países de la UE[18].

Junto a estas excepciones es conveniente comentar la importancia de los requisitos formales para el ejercicio del derecho a deducción, fundamentalmente en lo referente a la facturación. Los supuestos de facturación incorrecta o ficticia, así como las exigencias que impongan los EEMM para permitir dicho ejercicio, han sido objeto de numerosos pronunciamientos del TJUE debido a su capacidad de condicionar la deducibilidad de los gastos y, con ello, el principio de neutralidad. La preservación de este carácter neutral llevará al Alto Tribunal a afirmar la posibilidad de regularización del IVA mal facturado. Exigirá que las medidas que los EEMM impongan para esta corrección “no pueden ser utilizadas de forma que cuestionen la neutralidad IVA”, al mismo tiempo que establece las circunstancias en que debe regir la neutralidad, fundamentalmente, la buena fe de los operadores y la corrección de posibles efectos que perjudiquen y menoscaben la recaudación del tesoro público[19].

El otro elemento impositivo que alberga un mayor número de casos en los que el principio de neutralidad puede no ser respetado o, al menos, que introduce muchos supuestos que impactan directamente en el juego del libre mercado es el gran número de exenciones que contiene la Directiva IVA. La cuestión de las exenciones está, además, íntimamente relacionada con el derecho a la deducción, toda vez que las actividades exentas no podrán ejercerlo, condicionando su actividad económica y obligando a incorporar las cuotas de IVA soportado como coste empresarial.

Como bien enuncia el Libro Verde, “las exenciones son contrarias al principio de que el IVA es un impuesto con una amplia base imponible”. Además, la forma en que están establecidas, en términos muy genéricos, permite que los diferentes EEMM articulen requisitos

---

[17] De la Feria, R., *The EU VAT system…* op. cit. p. 145: “it constitutes an exception of the principle of integral deduction, guided by two practical concerns: firstly, the difficulties determining in some cases and as regards some types of expenditure, the extent to which they constitute business expenditure; and secondly, as a consequence of the first concern, the serious risk of tax evasion by passing consuming expenditure as business expenditure. […] in this context, Member States have been left to interpret and apply the concept of “not strictly business expenditure” freely, which has lead to severe discrepancies between the various domestic VAT legislation regimes as regards the type of expenditure which is deductible, and to what extent”.

[18] De la Feria, R., *The EU VAT system…* op. cit. p. 153, establece, como consecuencia del marco legal que hemos comentado, la siguiente consecuencia: “*Inequality between traders established in different Member States*: […] traders established in a Member State in which tax is fully deductible […] are in beneficial situation in comparison with traders established in Member States with limit or exclude the right to deduct in relation to expenditure on specific goods or services”.

[19] Véase, entre otras, STJUE *Genius Holding*, Asunto C-342/87, de 13 de diciembre de 1989, STJUE Schmeink, Asunto C-454/98, de 19 de septiembre de 2000 o la más reciente STJUE *Stadeco*, asunto C-566/07, de 18 de junio de 2009.

distintos y exigencias a niveles diversos para poder beneficiarse de las mismas, o a la interpretación que puedan realizar las distintas autoridades nacionales de términos como "servicios de asistencia sanitaria" o del concepto "organismo de derecho público"[20]. Esto agrava aún más los diferentes marcos económicos en los que, por la propia existencia de las exenciones, deberán competir las distintas empresas.

Especialmente llamativo es el caso de la exención de determinadas actividades cuando las realicen organismos públicos. Esto condiciona en gran medida muchas decisiones económicas, pues dependiendo de la naturaleza jurídico-pública o privada de una empresa se deberá gravar sus productos o servicios con IVA y podrá deducir o no las cuantías soportadas. Una autoridad pública deberá cargar como gasto el IVA que pague a una empresa privada con la que externalice la prestación de un servicio que, de haber realizado ella misma o a través de otra entidad pública exenta, no le hubiera ocasionado semejante coste. Como observamos, esta normativa fomenta directamente la integración vertical de estos organismos públicos y perjudica la externalización de servicios a entidades privadas, condicionando de manera decisiva decisiones económicas de los sujetos pasivos concurrentes en el mercado.

En conclusión, el principio de neutralidad, pese al carácter polisémico que ostenta debido a su naturaleza relacional, informa la configuración completa del IVA en todos sus aspectos. Su fundamento, sin embargo, es común en su interacción con las distintas vertientes impositivas: no influir en la toma de decisiones económicas de los operadores y consumidores.

Pese a su carácter transcendental, es un principio que cuenta con numerosas excepciones y con fallas importantes, que provocan que el IVA siga siendo un factor fundamental en las relaciones empresariales, y que limitan un derecho tan fundamental en la estructura del impuesto como es la deducción de las cuotas soportadas. Pese a las llamadas de atención de la Comisión Europea y a la labor armonizadora del TJUE, el IVA, en definitiva, sigue sin ser un impuesto neutral, quedando aún un largo camino que recorrer en pos de una competencia más libre y eficiente en el mercado interno.

[20] Como ejemplo, véanse la STJUE Dornier, asunto C-45/01, de 6 de noviembre de 2003, o la STJUE LUP, Asunto C-106/05, de 8 de junio de 2006.

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Miguel Martínez Muñoz

Resumen

El nuevo artículo 348 bis LSC ha tratado de poner fin a la práctica de la falta de distribución de dividendos como vía para oprimir a los socios minoritarios, habiendo quedado finalmente la norma en suspenso. La configuración actual del derecho de separación presenta ineficiencias en la medida en que las causas legales y estatutarias de separación no son suficientes para cubrir todos los supuestos que pueden presentarse, haciéndose por tanto necesaria en nuestro Derecho de sociedades la presencia de la "justa causa" de separación como cláusula de cierre del sistema de protección dispensado por la separación.

Palabras clave

Derecho de separación, opresión, abuso de derecho, distribución de dividendos, separación por justa causa.

Abstract

The new Article 348 bis LSC has tried to eliminate the practice of not distributing dividends as a way to oppress the minority shareholders. However, this rule has ultimately been suspended. The current configuration of the appraisal right presents inefficiencies because the legal and statutory causes of exit are not sufficient to resolve all the events that may occur. Accordingly, in Spanish Commercial Law, the introduction of the "fair cause" of exit as a key aspect in the protection system provided for the appraisal right is necessary in order to improve this protection of the minority shareholders.

Key words

Appraisal right, oppression, abuse of law, distribution of dividends, exit for a fair cause.

1. Aspectos generales de la cuestión

El art. 348 bis LSC es un precepto nuevo que fue introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas[1]. En concreto, esta norma fue introducida por el art. 1.18º de la Ley 25/2011 y fue fruto de una Enmienda de adición (la número 21) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, siendo su justificación el que "*la falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad*"[2]. Continúa la enmienda

[1] El art. *348 bis LSC establece: "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*.
1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.
2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.
3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas".

[2] SILVA SÁNCHEZ/SAMBEAT SASTRE, "Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Diario La Ley*, 7844, pág. 2.

valorando que "*el reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad social*".

Lamentablemente, a pesar de que la introducción del derecho de separación por no reparto de dividendos ha sido considerado un soplo de aire fresco para los minoritarios explotados, en la medida en que se ha procedido a dar una solución al problema de la retención abusiva de dividendos que los socios mayoritarios de determinadas sociedades de capital venían realizando, aquel derecho de separación no ha sido, en general, bien recibido debido a la complejidad de los tiempos actuales[3]. Tanto es así que la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, ha dejado en suspenso el art. 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2014[4]. Curiosamente, a pesar de que esta norma es una clara reacción frente al abuso de la mayoría, aquélla no apela en ningún momento a este tipo de comportamiento abusivo ni a la política de dividendos llevada a cabo por la sociedad, limitándose el precepto a establecer un derecho que puede ser ejercitado tras cada Junta General ordinaria en la que no se apruebe el reparto de dividendos (a partir del quinto ejercicio desde la inscripción), lo que es criticable en tanto en cuanto no consagra los desarrollos jurisprudenciales en la materia basados en el abuso de derecho[5].

Por lo que respecta a la ubicación sistemática de este precepto, debemos precisar que se trata de una causa legal de separación adicional a las enumeradas en el art. 346 LSC. En efecto, para que el socio pueda ejercitar el derecho de separación que le dispensa el ordenamiento jurídico es preciso que concurra una causa de separación, la cual podrá ser legal o estatutaria. Así, la falta de distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, en aquellas sociedades de capital no cotizadas y a partir del quinto ejercicio desde su inscripción en el RM, aparece configurada como una causa legal de separación al venir expresamente prevista por el legislador en el art. 348 bis LSC[6]. A pesar de esta configuración, el legislador no introdujo el nuevo supuesto dentro del art. 346 LSC, como hubiera sido lo normal, sino que creó una norma nueva *ad hoc* para ello, decisión que ha sido muy criticada pero que presenta razones que la justifican[7].

Por un lado, todos los supuestos enumerados en el art. 346 LSC como causas legales de separación tienen el común denominador de ser modificaciones de mayor envergadura de los

---

[3] Este derecho suponía acoger el sentir de un importante sector de la doctrina que abogaba por la tutela del socio minoritario ante las decisiones abusivas de la mayoría de atesorar dividendos. Así, entre otros, VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, 1ª ed. Cizur Menor, 2007; ALFARO ÁGUILA REAL/CAMPINS VARGAS, "El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia", *Otrosí*, 5, 2011 págs. 19-26.

[4] ALONSO LEDESMA, "La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios", *Revista de Derecho Mercantil*, 287, 2013, pág. 91, nota 4.

[5] Por ejemplo, la STS de 7 de diciembre de 2011; GONZÁLEZ CASTILLA, "Reformas en materia de separación y exclusión de socios", en FARRANDO MIGUEL, GONZÁLEZ CASTILLA, RODRÍGUEZ ARTIGAS (Coords.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor, 2012, pág. 328, donde el autor critica que la norma no concrete la jurisprudencia sobre el abuso de derecho y aboga por una reforma como parece que se estaba gestando en el poder legislativo antes de que se procediera a adoptar la suspensión tal y como prueba la Proposición no de Ley de 14 de marzo de 2012. Además, nuestra jurisprudencia ha apuntado que la protección del derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales se construye desde la figura del abuso de derecho, *vid.* en este sentido GARCÍA SANZ, "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos", *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 2012, pág. 64 y HERNANDO CEBRIÁ, "Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, págs. 173-205.

[6] ALONSO LEDESMA, "La autonomía…", cit., págs. 91-92; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas", *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, pág. 130; SILVA SÁNCHEZ./SAMBEAT SASTRE, cit., pág. 3; VELA TORRES, "El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida", *Derecho de los Negocios*, 268, marzo-abril 2013, pág. 55.

[7] GONZÁLEZ CASTILLA, cit., págs. 315-316.

estatutos sociales, las cuales hacen inexigible para el socio la permanencia en la sociedad. En efecto, el fundamento de las mismas es que no se puede obligar a ningún socio a permanecer en una sociedad con una organización societaria trascendentalmente distinta de la originaria, razón por la que se debe conceder una vía de escape. Por su parte, la causa del art. 348 bis LSC no surge de ninguna modificación de los pactos sociales por los cuales los socios se rigen sino de una conducta abusiva perpetrada por la mayoría social y canalizada a través de un acuerdo de Junta General destinando los beneficios de los ejercicios sociales a partidas distintas de su reparto en forma de dividendos. Es decir, en este caso, el fundamento es el abuso de derecho y la opresión que la mayoría ejerce sobre la minoría del capital y que se materializa en la falta de retribución a los mismos como manifestación del ánimo de lucro, debiendo el ordenamiento jurídico proporcionar una salida para evitar que se sigan instrumentando estas conductas opresivas[8].

Por otro lado, las causas legales y estatutarias de separación asumen una perspectiva *ex ante* de este derecho en el sentido de que la Ley o los estatutos prevén qué supuestos facultan al socio para ejercitarlo y salir de la sociedad antes de que esos supuestos tengan lugar. El art. 348 bis, por el contrario, presenta una configuración *ex post*, pues sólo puede ser calificado si concurre o no el supuesto de separación de forma sobrevenida, es decir, si se dan los requisitos previstos en la norma al caso concreto de no distribución de dividendos.

Por último, las causas del art. 346 LSC se generan ante la adopción de un acuerdo por mayoría de la Junta en el sentido de modificar los estatutos sociales mientras que el supuesto de hecho del art. 348 bis contempla la no adopción de un acuerdo por la Junta para distribuir los beneficios. Si bien es cierto que en ambos casos habrá manifestación de la voluntad social por mayoría, sea para alterar los estatutos sociales o para destinar el beneficio a un fin distinto del reparto de dividendos, la Ley pone el acento en el "no acordar la distribución de dividendos", es decir, que lo que legitima al socio para ejercitar el derecho de separación es el acuerdo de Junta frustrado frente al cual el socio ha votado a favor.

En conclusión, el supuesto de hecho previsto en el art. 348 bis LSC constituye una nueva causa legal de separación y debe situarse al mismo nivel que las previstas en el art. 346 LSC y, por referencia de este texto, en los preceptos de la LME, si bien se ubica en una norma distinta por la diferente naturaleza y fundamento del supuesto que hace surgir la facultad de la separación.

2. Naturaleza del derecho reconocido en el art. 348 bis LSC

En primer lugar, debemos poner de manifiesto que, a nuestro juicio, el art. 348 bis LSC no concede, en ningún caso, un derecho a un dividendo mínimo sino más bien un derecho al socio disidente, no viniendo en ningún caso a imponer una obligación a la sociedad[9].

Desde un punto de vista formal, el derecho al beneficio sigue siendo un derecho abstracto pues el precepto en cuestión no ha venido a suprimir la competencia de la Junta General para decidir sobre la aplicación del resultado, aunque desde luego, se ha reforzado el derecho del socio a participar en las ganancias sociales. La Junta sigue siendo libre para ejercitar su competencia, si bien, frente a la actuación de este órgano, el socio afectado podrá ejercitar el derecho de separación. Así, el socio que haya votado a favor de la distribución de dividendos es titular de un derecho, siendo por tanto libre para ejercitarlo o no según su criterio. Por su parte, la Junta es también libre para tomar la decisión que desee en esta materia pero debe tener presente que su actuación podrá desencadenar la separación de uno o varios socios, aspecto que deberá valorar si quiere evitar las consecuencias que pueden emanar.

---

[8] GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 316; IRACULIS ARREGUI, "La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio", *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 2012, pág. 234.

[9] GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 324. En contra se manifiestan, entre otros, BRENES CORTÉS, "El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades", *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, págs. 31-32 y GARCÍA SANZ, cit., pág. 63.

En definitiva, lo que el precepto viene a hacer es limitar la discrecionalidad de la Junta a la hora de decidir la aplicación del resultado del ejercicio. Es cierto que el reconocimiento de un derecho de separación ante la falta de distribución de dividendos puede actuar como una medida de presión por las consecuencias patrimoniales que puede ocasionar pero la eficacia de la norma es precisamente esa: que la Junta, y sobre todo los socios mayoritarios, reflexionen acerca del resultado que tendría el no repartir dividendos pudiendo hacerlo por estar la sociedad perfectamente saneada y una vez atendidas las reservas legales y estatutarias, siendo este hecho constitutivo de una actuación abusiva que tendría como único objetivo oprimir a la minoría. El fin de esta norma, por tanto, no es conceder un derecho a un dividendo mínimo sino otorgar al socio un mecanismo de defensa ante el abuso de derecho que genera el no reparto de los beneficios sin una causa legítima[10].

La norma contemplada se presenta así como una medida que refuerza la posición del socio minoritario y que le permite enfrentarse a la tiranía desplegada por la mayoría a través del ejercicio del derecho de separación, el cual deberá ser utilizado conforme a los postulados de la buena fe para que no se produzca la inversión de la situación que el art. 348 bis pretende eliminar, esto es, que no se produzca bajo ningún concepto el paso desde el abuso de la mayoría al abuso de la minoría[11]. A nuestro juicio, el ejercicio bajo el paraguas de la buena fe del derecho de separación por falta de distribución de dividendos conlleva también la conciencia de la importante cantidad del beneficio que se distribuirá como dividendos y que podría poner a la sociedad de capital no cotizada contra las cuerdas al debilitarse su solvencia y su solidez financiera, todo lo cual conduce a preguntarnos, en última instancia, si este derecho es disponible o renunciable por los socios.

Partiendo de lo anterior, lo primero que debemos dejar claro es que el derecho de separación por falta de distribución de dividendos se reputa como inderogable de la misma forma que el derecho de separación en genérico[12]. Este derecho aparece configurado como un contrapeso al poder de la mayoría, razón por la que no puede ser derogado ni suprimido por la misma a través del correspondiente acuerdo. En la medida en que el derecho de separación cumple la función de tutelar al socio minoritario, en este caso, frente a la conducta prolongada de la mayoría destinada a privarle de la retribución que merece vía dividendos, no tendría sentido que pudiese la mayoría suprimir este instituto pues entonces no habría protección de ninguna clase[13].

Constatada la inderogabilidad de este derecho por mayoría procede ahora analizar si cabe su renunciabilidad desde la óptica de los estatutos o del pacto parasocial. Con respecto a si cabe la renuncia en los estatutos sociales, creemos que el derecho de separación por falta de distribución de dividendos se presenta como un instrumento de protección a la minoría, de tal forma que el mismo no puede ser suprimido o hacerse más gravoso su ejercicio por la vía de la

---

[10] IRACULIS ARREGUI, cit., pág. 235. En contra, GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 324.

[11] GARCÍA SANZ, cit., pág. 64; GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 324, nota 34. Para una aproximación al concepto de abuso de minoría, *vid.*, PULGAR EZQUERRA, "Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 129, 2013, págs. 15-17.

[12] BRENES CORTÉS, *El derecho de separación del accionista*, 1ª ed., Madrid, 1999, págs. 153-154; BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO, *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1ª ed., Pamplona, 1998, pág. 25; FARRANDO MIGUEL, *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 1ª ed., Madrid, 1998, pág. 67; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952, págs. 183 y 469; MARTÍNEZ SANZ, *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 23.

[13] Así también consideran que el derecho de separación para el caso concreto de falta de distribución de dividendos del art. 348 bis LSC es inderogable, entre otros, CAMPINS VARGAS, "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *Diario La Ley*, 7824, 2012, pág. 9 y GARCÍA SANZ, cit., págs. 65-66. Por el contrario, BRENES CORTÉS, "El derecho de separación, principales novedades…", cit., pág. 33, defiende que esta causa de separación debería haber sido configurada con el carácter de derogable al no entender justificable la existencia de una norma semejante por ser limitativa de la libertad de empresa y que obliga a destinar gran parte del beneficio a dividendos.

modificación estatutaria ya que entonces se estaría vulnerando el espíritu o la finalidad de este instituto[14]. Si este derecho surge como contrapeso al poder de la mayoría carecería de toda lógica el que fuera esa misma mayoría la que pudiera suprimirlo o dificultar su ejercicio. En este sentido, no consideramos válida la renuncia *a priori*, ya que el socio sólo puede renunciar a algo de lo que sea titular en consonancia con el art. 6.2 CC. Sí que pueden, en cambio, renunciar a ejercitar el derecho de separación para un caso concreto, es decir, renunciar *a posteriori*, en tanto en cuanto que, con esta medida, siguen sus derechos y sus intereses salvaguardados para el resto de los casos, siendo ellos los que decidan, en cada momento, si hacer o no uso del referido derecho[15].

Con respecto a si es admisible la renuncia realizada por todos los socios a través de un pacto parasocial, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, en tanto en cuanto la legitimidad o no de estos pactos no debe juzgarse a la luz del Derecho de sociedades sino a la luz de la autonomía de la voluntad y los límites generales del Derecho contractual. El art. 29 LSC establece que estos pactos no son oponibles frente a la sociedad, de tal suerte que los mismos no se integran en el ordenamiento de la persona jurídica, permaneciendo en el recinto de las relaciones obligatorias de quienes los suscriben. Así, por todo aquello que los socios acuerden, quedarán éstos vinculados por la palabra dada, de tal forma que si incumplen el contrato suscrito, su actuación será constitutiva de un abuso de derecho por ir contra sus propios actos y ser contrario a la buena fe[16].

No obstante lo hasta ahora dicho, debemos puntualizar nuestra afirmación inicial acerca de la validez de la renuncia hecha en un pacto parasocial en el sentido de precisar que no cabría hacer una renuncia genérica a ejercitar el derecho de separación del art. 348 bis, ya que el único tipo de renuncia que consideramos válida es la efectuada una vez ha surgido el hecho o el acto desencadenante de tal derecho (renuncia *a posteriori*) [17]. De esta forma, no sería válido renunciar al ejercicio en todo caso del derecho de separación pero sí establecer una estructura determinada de fondos propios, dotación de reservas y ciertas cautelas en la política de distribución de los beneficios, todas ellas medidas cuyo cumplimiento impediría ejercitar el derecho del art. 348 bis LSC[18].

3. Condiciones establecidas en el art. 348 bis LSC para el reconocimiento del derecho de separación

3.1 Transcurso de cinco ejercicios desde la inscripción en el RM

Lo primero que viene a establecer el art. 348 bis LSC es un límite temporal al precisar que el derecho de separación por falta de pago de dividendos sólo podrá ser ejercitado por los socios a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el RM de la sociedad. Este límite no hace referencia a que necesariamente hayan pasado cinco ejercicios sin que la sociedad haya procedido a repartir dividendos sino a que la sociedad lleve cinco ejercicios constituida e inscrita[19].

---

[14] Así, ALONSO LEDESMA, "La autonomía…", cit., págs. 101-102.

[15] A favor de la indisponibilidad de este derecho por vía estatutaria se manifiestan VÁZQUEZ LÉPINETTE, "La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas", *Revista de Derecho Mercantil*, 283, enero-marzo 2012, págs. 190-191, que considera que el art. 348 bis tiene carácter imperativo por ser un desarrollo de la prohibición de pactos leoninos establecida en el art. 1691 CC y, además, es indisponible por estatutos o pactos parasociales de acuerdo con el art. 1102 CC al ser la conducta de la mayoría que da lugar al precepto de carácter doloso; SILVA SÁNCHEZ/SAMBEAT SASTRE, cit., pág. 3.

[16] SAP de Madrid de 16 de noviembre de 2012.

[17] En contra de nuestra opinión se manifiestan, entre otros, CAMPINS VARGAS, cit., pág. 11; SILVÁN RODRÍGUEZ/PÉREZ HERNANDO, cit., pág. 4; GONZÁLEZ CASTILLA, cit., págs. 326-327.

[18] SILVA SÁNCHEZ/SAMBEAT SASTRE, cit., pág. 3.

[19] Este hecho elimina el carácter antiopresivo que el legislador pretendía dar a la norma, en opinión de SILVA SÁNCHEZ/SAMBEAT SASTRE, cit., pág. 3; GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 331, establece

En este sentido, se supone que en el cómputo de los cinco ejercicios deberá incluirse necesariamente el que se inicie desde la inscripción, el cual podrá ser inferior a 12 meses y tener, por tanto, un cierre abreviado. Además, la expresión "*a partir*" parece indicar que el quinto ejercicio queda incluido en el cálculo y, por extensión, sus resultados, los cuales serán aprobados por la Junta del ejercicio siguiente, esto es, del sexto ejercicio[20]. Así, y a pesar de la absoluta falta de claridad de este precepto, entendemos que el derecho de separación surgiría a partir del quinto ejercicio incluido, por lo que podrá ejercitarse tras la Junta ordinaria siempre que se hubieran obtenido beneficios en el ejercicio anterior, ya que es durante el quinto ejercicio cuando se decidirá la aplicación del resultado obtenido durante el cuarto ejercicio.

Para evitar las dudas interpretativas puestas de manifiesto, hubiera sido más acertado referir el límite temporal al número de ejercicios con sequía de dividendos, dado que así se conectaría la norma con una finalidad anti abusiva y de protección a la minoría al mismo tiempo que se concretaría la jurisprudencia existente sobre el momento a partir del cual se entiende que el no reparto de dividendos es abusivo.

3.2 No acordar la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios legalmente repartibles derivados de la explotación del objeto social

En esta condición lo que la norma establece es un límite cuantitativo para reconocer el derecho de separación al socio, esto es, que la Junta no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles.

Por lo que respecta a la cantidad en sentido estricto, "*al menos, un tercio*", se ha criticado lo elevado de la cifra desde un punto de vista financiero, apuntándose además que, para los casos de entidades financieras no cotizadas, ese reparto puede ser contrario a los compromisos de Basilea III[21]. Así, que ese tercio establecido de forma rígida por el legislador sea una cantidad anual fija no parece justificado dado que un año la sociedad podría repartir una cantidad inferior a un tercio y al año siguiente una cuantía superior pero siempre con periodicidad anual.

Además, el límite cuantitativo que estamos comentando se refiere a "*los beneficios propios de la explotación del objeto social (…) que sean legalmente repartibles*". En este sentido, el beneficio de la explotación no tiene por qué coincidir con el beneficio repartible. Con esta expresión, procedente del art. 128.1 LSC, la norma se refiere a las ganancias que procedan exclusivamente de la actividad ordinaria de la sociedad, dejando a un lado los beneficios extraordinarios o atípicos, y ello aunque las normas contables no permitan distinguir, en las partidas del balance, los resultados debidos a la explotación del negocio de otros extraordinarios o distintos de esa explotación, dificultándose así su cálculo[22].

Como se observa, el art. 348 bis LSC se refiere al concepto de beneficios legalmente repartibles. En este sentido, el reparto de dividendos se hace sobre la base de los beneficios netos de la sociedad, es decir, una vez deducidos los impuestos correspondientes y excluidas, en todo caso, las reservas. No obstante, la norma hace referencia a dos conceptos que claramente chocan entre sí. Por una parte, se refiere a los beneficios propios de la explotación del objeto social, que son los resultados sin considerar los estados financieros y, en todo caso,

---

que lo único que hace el art. 348 bis es establecer un plazo de vida, una fecha *ad quem* a partir de la cual puede aparecer el derecho de separación.

[20] GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 331. No queda tan claro para SILVÁN RODRÍGUEZ/PÉREZ HERNANDO, cit., pág. 4.

[21] BRENES CORTÉS, "El derecho de separación, principales novedades…", cit., págs. 32-33; IBÁÑEZ GARCÍA, cit., pág. 24; GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 333, nota 50.

[22] Además, algunos autores han acudido a la contabilidad y han precisado que los resultados de la explotación son aquéllos antes de aplicar los resultados financieros y el impuesto sobre los beneficios societarios (SILVÁN RODRÍGUEZ/PÉREZ HERNANDO, cit., pág. 5). Sin embargo, podemos citar algunas resoluciones que se han ocupado de este concepto y no han acudido al concepto contable, como la STS de 9 de marzo de 2011, la STSJ de Madrid núm. 159/2006, de 10 de febrero o la SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2000.

antes de aplicar el impuesto sobre sociedades y, por otra, establece los beneficios legalmente repartibles, es decir, beneficios netos, lo que nos lleva a dos resultados completamente diferentes arrojando los beneficios de explotación una cifra de reparto todavía mayor que los legalmente repartibles. Sin embargo, creemos que la expresión "*los beneficios propios de la explotación del objeto social (…) que sean legalmente repartibles*" hace referencia a que no se computarán los ingresos que no provengan de la actividad social pero no a que la base del cálculo no deban ser los resultados netos, es decir, una vez descontados los impuestos y excluidas las reservas[23]. En cualquier caso, la redacción es desafortunada por los problemas de interpretación que suscitará y la alta litigiosidad que, sin duda, generará el precepto si continúa estando redactado en los mismos términos después de que su suspensión quede sin efecto.

3.3 Voto favorable a la distribución de beneficios por parte del socio

El art. 348 bis LSC establece claramente que el legitimado para ejercitar el derecho de separación es "*el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales*". En este sentido, la norma parte de un comportamiento activo por parte del socio en el sentido de votar a favor pero, a nuestro entender, parece evidente que el socio también podrá hacer uso de este derecho en caso de que haya votado en contra de la aplicación del resultado decidido mayoritariamente por la Junta, sin necesidad de que exista una votación específica para decidir sobre el pago de dividendos. Lo importante, en cualquiera de los casos, es que quede clara la postura del socio a favor de la distribución de dividendos, sea emitiendo un voto favorable al reparto o uno contrario a la aplicación del resultado a partidas distintas del pago de dividendos, siendo recomendable, para este último caso, que el socio exigiera que constase en el acta de la Junta su disconformidad con el destino de los beneficios aprobados y su intención favorable al reparto de dividendos a los efectos de ejercitar el derecho que le asiste *ex* art. 348 bis LSC. Sin embargo, la norma es clara en este punto por lo que habrá que esperar a ver cómo la aplican los órganos jurisdiccionales.

Otro problema relacionado con el voto es el de qué ocurre con los socios sin voto en tanto en cuanto el art. 348 bis LSC no se pronuncia sobre este extremo como sí hace el art. 346 LSC. En efecto, el art. 346 LSC concede el derecho de separación a los socios que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto. En la medida en que tanto lo recogido en este precepto como lo contenido en el art. 348 bis LSC constituye causa legal de separación, podemos interpretar, y sería lógico hacerlo, que los socios sin voto también podrán ejercitar el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, si bien hubiera sido deseable una mención expresa en tal sentido[24]. Además, en apoyo de nuestra interpretación, podemos traer a colación lo previsto en el art. 99.1 LSC, ya que, además de tener derecho al dividendo mínimo establecido estatutariamente, los socios sin voto tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias, lo que muestra que podrán separarse si no se les reparte, al menos, un tercio de los beneficios de explotación *ex* art. 348 bis LSC, tal y como pueden hacer los socios ordinarios.

4. Conclusiones

El derecho de separación previsto en el art. 348 bis LSC como una causa legal de separación adicional a las ya establecidas en el art. 346 LSC viene a intentar solucionar una de las muchas manifestaciones de un problema que podemos considerar ya reiterativo en el Derecho de sociedades: la opresión de la mayoría sobre los socios minoritarios en las sociedades cerradas. A pesar de los buenos propósitos de la norma, la misma presenta ineficacias y dificultades de interpretación y compresión que hacen que su aplicación sea, cuanto menos, problemática. Como hemos apuntado, sería recomendable mejorar la dicción literal del precepto para aclarar

---

[23] GONZÁLEZ CASTILLA, cit., pág. 335.

[24] No mantienen esta misma interpretación GARCÍA SANZ, cit., pág. 67, quien considera que los titulares de acciones o participaciones sin voto no están legitimados para ejercitar este derecho salvo que adquieran el derecho de voto en determinadas circunstancias (arts. 99.3 y 100.2 LSC). En estas situaciones, los titulares sin voto podrán estar legitimados para ejercer el derecho de separación si votan a favor del reparto de dividendos en el respeto a las condiciones preestablecidas en el art. 348 bis LSC.

el momento a partir del cual se puede ejercer el derecho de separación previsto, la referencia a los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles, así como el tema de la legitimación activa, con especial referencia a los socios sin voto.

La reciente Propuesta de Código Mercantil, en su art. 271-6, contempla la separación por falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital y reproduce casi literalmente el texto del art. 348 bis LSC, si bien modifica el tema de la legitimación activa al establecer que podrá ejercitar este derecho "*(…) el socio que hubiera votado en contra de la propuesta de aplicación del resultado (…)*", haciéndose así eco de las críticas que manifestaban que no era normal votar a favor de la distribución de los beneficios sociales sino votar en contra de la propuesta que destinase el beneficio del ejercicio a partidas distintas del reparto en forma de dividendos. Por lo demás, el límite temporal se mantiene inalterado así como la referencia a los beneficios de explotación que sean legalmente repartibles, si bien se rebaja la cuantía de un tercio a la cuarta parte y establece un nuevo límite consistente en que estos beneficios de explotación hayan sido obtenidos durante los dos ejercicios anteriores. Adicionalmente, la Propuesta establece lo que, a nuestro juicio, puede considerarse una medida de cautela, en tanto en cuanto impide el ejercicio de la separación cuando exista un acuerdo de refinanciación homologado por el juez (regulado en el art. 71.6 y DA 4ª LC) o cuando la sociedad se encuentre en concurso.

Como hemos defendido, la norma (tanto la de la LSC como la de la Propuesta) presenta ineficacias pues no soluciona el problema de fondo, a saber, la opresión y el abuso de derecho perpetrado por la mayoría. A nuestro juicio, la solución eficiente a este problema vendría de la mano de la separación por justa causa, la cual debería ser concebida como una cláusula de cierre en todo el sistema de protección. Un socio tendrá la necesidad de abandonar la sociedad cuando en el seno de ésta acontezcan enfrentamientos entre socios, fundamentalmente entre mayoría y minoría, pudiendo aquéllos venir por la vía de las modificaciones estatutarias o motivados por otras circunstancias no previstas en la Ley o en los estatutos. Así, si la circunstancia que hace que la continuación en la sociedad sea insoportable no está prevista como causa de separación, legal o estatutaria, ¿debe el socio permanecer desprotegido? En nuestra opinión, este supuesto vulnera el principio de denunciabilidad de las relaciones duraderas pues ningún socio puede quedar vinculado eternamente, debiendo por tanto reconocerse una salida de la sociedad cuando existan razones justas para ello. Además, el derecho de separación por justa causa es un instrumento de defensa que sería especialmente necesario en las sociedades cerradas en la medida que, por sus características particulares, carece el socio minoritario de la debida tutela a través del sistema de causas orquestado en la LSC.

Este sistema que proponemos es el seguido por la Propuesta de Código Mercantil, cuyo art. 271-1 prevé la separación por justa causa, cristalizando así las propuestas minoritarias de parte de la doctrina. De momento, nuestro ordenamiento jurídico no contempla los justos motivos como causa de separación, por lo que habrá que estar a lo que finalmente acabe aprobándose de la Propuesta que actualmente está sobre la mesa. Lo que sí se va abriendo camino entre las resoluciones de los tribunales es la separación *ad nutum* o sin causa, esto es, la posibilidad de que el socio abandone la sociedad por su simple y pura voluntad, algo que creemos otorga menos seguridad jurídica que la opción planteada por nuestra parte en la medida en que el socio deberá alegar un motivo que sea considerado como "justo" siguiendo el criterio de un juez. En cualquier caso, lo verdaderamente importante es conceder a los socios minoritarios de las sociedades cerradas una solución a las situaciones de opresión draconianas que vienen sufriendo, sea a través de la justa causa o de la separación *ad nutum*, de tal suerte que ese mecanismo concedido sea ejercido conforme a los postulados de la buena fe, pues no se trata de que del ejercicio sin control de la solución se torne el sistema y se pase del abuso de mayoría al abuso de minoría.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS CONFLICTOS NEGATIVOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Marcos Martínez Pastor

RESUMEN: La LOTC regula los conflictos negativos ante el TC, estableciendo la legitimación activa del Gobierno estatal para reaccionar frente a la inactividad autonómica, que implique falta de ejercicio de las atribuciones propias de competencias que a las CCAA les confieran sus propios EEAA o Leyes orgánicas de delegación o transferencia. Únicamente se prevé la legitimación activa del Gobierno del Estado, por lo que las CCAA no tienen capacidad de reacción ante la hipotética falta de actividad proveniente de órganos del Estado. Resulta evidente la desigual situación en que quedan Estado y CCAA, que se manifiesta en la posición de cierta debilidad o desprotección en que quedan los entes autonómicos en defensa de sus competencias. Se ignoran posibles situaciones que podrían ocasionar la indefensión de las CCAA y se introduce en nuestro ordenamiento una desigualdad previsiblemente discriminatoria.

PALABRAS-CLAVE: Legitimación, Activa, Conflictos, Negativos, Procesos, Constitucionales, Tribunal Constitucional, Indefensión, Desigualdad, Discriminación, Estado, Comunidades Autónomas, Gobierno.

I. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN.-

La legitimación activa en los procesos constitucionales es la capacidad de iniciar alguno de los procesos regulados en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Por lo que pueden acceder al Tribunal Constitucional (TC), promoviendo la apertura de procesos constitucionales, quienes ostenten legitimación activa. Resulta evidente la importancia que supone para nuestro ordenamiento dicha legitimación, la cual, como advierte TORRES MURO, puede marcar grandes diferencias en la manera de concebir la jurisdicción constitucional[1].

El constituyente, consciente de la trascendencia de la facultad de iniciar procesos de la jurisdicción constitucional, establece los órganos legitimados para iniciar determinados procesos en el propio Texto constitucional. La Constitución española (CE) prevé quien puede requerir al TC que declare, con carácter previo, la constitucionalidad de Tratados Internacionales (artículo 95), quien puede interponer recursos de inconstitucionalidad (artículo 162.1.a), y quien recursos de amparo (artículo 162.1.b). También hace referencia al Gobierno como órgano legitimado para impugnar disposiciones y resoluciones autonómicas (artículo 161.2).

No obstante, no se prevén constitucionalmente los órganos legitimados para interponer otros procesos. El TC, según establece la CE, también es competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) o de los de éstas entre sí (artículo 161.1.c) y las demás materias que le atribuyan la CE o las leyes

[1] TORRES MURO, I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Reus, Madrid, 2007, pág. 21.

orgánicas (artículo 161.1.d), debiendo la LOTC determinar las personas y órganos legitimados (artículo 162.2). Por lo que parece que, en principio, el legislador tiene plena libertad para determinar quiénes son los órganos con legitimación activa en los procesos en los que ésta no venga prevista constitucionalmente.

II. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN AUTONÓMICA EN LOS CONFLICTOS NEGATIVOS: DESIGUALDAD Y POSIBLE INDEFENSIÓN.-

La LOTC prevé, dentro del capítulo dedicado a los conflictos entre el Estado y las CCAA o de éstas entre sí, una sección en la que regula los conflictos negativos. Se establecen dos clases de conflictos negativos, los interpuestos por particulares, personas físicas o jurídicas (artículo 68 LOTC), y los planteados por el Gobierno del Estado (artículo 71 LOTC). Este *segundo tipo de conflicto negativo de competencia,* como lo denomina IBAÑEZ BUIL[2], o *conflicto negativo impropio,* como lo califica PEREZ ROYO[3], permite al Gobierno estatal reaccionar frente a la inactividad autonómica, que implique falta de ejercicio de las atribuciones propias de competencias que a las CCAA les confieran sus propios EEAA o Leyes orgánicas de delegación o transferencia. Por lo que, como señala MONTORO PUERTO, se trata de "una disfunción por parte de una Comunidad Autónoma"[4].

En esta clase de conflictos negativos es, por tanto, evidente la desigual situación en que quedan Estado y CCAA. Únicamente se prevé la legitimación activa del Gobierno del Estado[5], por lo que las CCAA no tienen capacidad de reacción ante la hipotética falta de actividad proveniente de órganos del Estado. Sólo el constituyente o el legislador orgánico pueden fijar la legitimación activa en los procesos, por lo que, en ningún caso, podría el TC subsanar esta falta de legitimación autonómica en favor de algún órgano de la CA, ya que estaría directamente suplantando al legislador. Al no poder reaccionar frente a omisiones estatales, como advierte FERNANDEZ FARRERES, se coloca a las CCAA en una posición de cierta debilidad o desprotección en defensa de sus competencias[6].

El TC, por ejemplo, en la STC 26/2008, de 11 de febrero, advierte de que el derecho de acceso del artículo 24 de la CE "sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador", puesto que corresponde a la Ley procesal determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. No obstante, como esta misma sentencia apunta, la Ley procesal está sometida al ordenamiento constitucional, "lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso" (FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 1, o 175/2001, de 26 de julio, FJ 8). De

---

[2] IBAÑEZ BUIL, P.: "Artículo 71", en GONZÁLEZ RIVAS. J.J. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 700.

[3] PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª ed. revisada y puesta al día por CARRASCO DURÁN, M., Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 756.

[4] MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, tomo I, Colex, Madrid, 1991, pág. 357.

[5] La enmienda 284, firmada por el Grupo Comunista, al artículo 77.1 del Proyecto de LOTC (actualmente 72) pretendía añadir como requisito la previa aprobación del Senado, en los términos del artículo 155 de la CE (BOCG, 7 de julio de 1979).

[6] FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Artículo 68", en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pág. 1103. En mismo sentido, García Roca advierte la falta de carácter conmutativo, y Torres Muro visualiza una patente asimetría. GARCIA ROCA, J., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 166. TORRES MURO, I.: "Problemas de legitimación en los procesos constitucionales", en *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 71-72, 2008, pág. 628.

forma que, al fijar los órganos legitimados en los procesos constitucionales, el legislador debe tener en consideración el ordenamiento constitucional y procurar la coherencia de todo el ordenamiento jurídico.

La actual regulación de los conflictos negativos ignora posibles situaciones que podrían ocasionar la indefensión de las CCAA e introduce en nuestro ordenamiento una desigualdad previsiblemente discriminatoria. Algunos autores, como GARCÍA ROCA, consideran que las CCAA deberían ostentar legitimación activa en estos procesos, de igual forma que el Gobierno estatal, por razones de garantismo y de simetría procesal[7]. No podemos obviar que las CCAA poseen autonomía política, son titulares de ámbitos competenciales propios y creadoras de normas en relación de competencia con el ordenamiento estatal. Tampoco ignorar la posibilidad de que surjan situaciones conflictivas por falta de actuación del Estado que impidan el ejercicio de competencias autonómicas. Como advierten autores como GARCÍA ROCA o LÓPEZ GUERRA, las CCAA pueden verse afectadas, en su ámbito de competencias, por las omisiones estatales[8]. De forma que, al no preverse la legitimación autonómica en conflictos negativos, las CCAA no tienen posibilidad de reacción frente a omisiones estatales que puedan afectar a sus propios ámbitos, lo cual puede generar situaciones de indefensión. No se trata de situaciones hipotéticas confinadas al mundo de la fantasía, sino que la existencia de éstas es empíricamente comprobable. El TC ya rechazó enjuiciar la omisión que la Junta de Galicia atribuía al Gobierno del Estado de no aprobar los oportunos decretos de traspaso de funciones, servicios y medios materiales, que previamente se habían acordado en las comisiones mixtas de transferencias entre ambas Administraciones. Entendió que no encontraban acomodo en los conflictos positivos, puesto que el artículo 63 de la LOTC exige la existencia de una disposición, resolución o acto (SSTC 155/1990, de 18 de octubre; 178/1990, de 15 de noviembre; 179/1990, de 15 de noviembre; 193/1990, de 29 de noviembre: y 201/1990, de 13 de diciembre).

III. JUSTIFICACIÓN DOCTRINAL A ESTA DESIGUALDAD Y SU CRÍTICA.-

Resulta evidente la desigualdad, entre Estado y CCAA, que el legislador introduce con la legitimación prevista para los conflictos negativos. Parte de la doctrina ha tratado de justificar la evidente situación de desigualdad procesal ante la que nos encontramos en la diferente posición constitucional del Estado y de las CCAA, señalando diferentes, aunque muy conectadas, explicaciones concretas con las que justificar que la legitimación activa en estos conflictos sólo recaiga en el Gobierno estatal. Algunos autores, como FERNANDEZ FARRERES o PÉREZ TREMPS, hacen referencia a que en esta clase de conflictos predomina la defensa del interés general frente a la defensa de las propias competencias. Un interés general, asumido por el Estado que consiste en que las CCAA asuman y ejerzan efectivamente las competencias que le han sido atribuidas[9]. El profesor CANOSA USERA señala que la legitimación del Gobierno central se funda "en el papel protector de los derechos de los ciudadanos, atribuido genéricamente al Estado"[10]. Otros autores, como MUÑOZ MACHADO, señalan que estos conflictos surgen en el contexto de las potestades de vigilancia y coacción

---

[7] GARCÍA ROCA, J.: "Artículo 60", en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pág. 971.

[8] GARCIA ROCA, J., *Los conflictos… Ob. cit.,* pág. 37. LÓPEZ GUERRA, L.: "Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia", en VVAA, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979-1994),* Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 215.

[9] FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Artículo 68", *Ob. cit*., pág. 1122: PÉREZ TREMPS, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 97.

[10] Aunque también hace referencia al carácter complementario respecto al artículo 155 CE. CANOSA USERA, R., *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Trivium, Madrid, 1992, págs. 91 y 92.

ejercidas por el Estado[11], y BARCELÓ I SERRAMALERA entiende que este proceso parece conectar con el espíritu del artículo 155 CE[12]. En este mismo sentido, SANCHEZ MORÓN, considera que, como el artículo 155 CE permite al Gobierno adoptar las medidas necesarias para que las CCAA cumplan sus obligaciones, se debe establecer un mecanismo de garantía a las CCAA. De forma que sea preciso que el Gobierno estatal suscite un conflicto negativo de competencia previamente a la adopción de las medidas pertinentes. Justifica la desigualdad, introducida en este proceso, considerando que mientras las CCAA tienen obligaciones activas exigibles directamente por el Gobierno estatal, no ocurre lo mismo al revés[13]. En síntesis, las concretas explicaciones con las que alguna doctrina trata de justificar que sólo se establezca legitimación activa en estos conflictos al Gobierno estatal giran en torno al interés general del Estado en que se ejerzan las competencias autonómicas asumidas, la protección estatal de los ciudadanos, y las potestades de vigilancia y coacción que ejerce el Estado derivadas del artículo 155 de la CE.

No nos parece tan claro que las explicaciones apuntadas sirvan para justificar la desigualdad introducida por el legislador al privar a las CCAA de legitimación. En primer lugar, no creemos que sea una exigencia constitucional que el Estado deba vigilar, en todo caso, por el cumplimiento del orden competencial, sino una decisión del legislador, y la existencia de una supuesta competencia general del Gobierno de la Nación para velar por el ejercicio de las competencias asumidas por las CCAA, como señala GOMEZ MONTORO, "es, de por sí, bastante discutible"[14]. Consideramos que el artículo 155 CE prevé un mecanismo de cierre del sistema, pero se trata de un instrumento, absolutamente, excepcional que no tiene, necesariamente, que encontrar desarrollo o manifestación dentro de los procesos constitucionales. Por supuesto que se podía prever el conflicto negativo en la LOTC y, de hecho, como señala GARCIA ROCA, es aconsejable "antes que iniciar el brusco y dramático control" del artículo 155 de la CE[15], pero ni es obligatorio para el Gobierno estatal pasar previamente por este proceso para imponer medidas oportunas, ni, tan siquiera, su existencia está constitucionalmente prevista. Por otra parte, debemos tener en cuenta que las CCAA, también, asumen la defensa de intereses generales por medio de procesos constitucionales, como se desprende del artículo 162.1.a. de la CE, relativo a los recursos de inconstitucionalidad, por lo que no sería extraño que el legislador atribuyera legitimación a las CCAA para presentar conflictos negativos frente a omisiones estatales, en defensa del interés general, sin perjuicio del interés particular propio que pudiera verse comprometido por la inactividad estatal. Respecto a la justificación basada en que el Estado debe velar por la protección de los ciudadanos, simplemente, destacar que, aunque es cierto que el Estado pueda asumir un papel principal en dicha protección, no podemos ignorar que desde las CCAA también se protegen derechos de los ciudadanos.

IV. DISCRIMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.-

---

[11] MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007, pág. 446.

[12] BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: "Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en perspectiva", en GAVARA DE CARA, J.C. (ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J.M. Bosch editor, Institut de Ciencies Politiques i Socials, Barcelona, 2004, pág. 458.

[13]SÁNCHEZ MORÓN, M.: "La legitimación activa en los procesos constitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pág. 48.

[14]GOMEZ MONTORO, Á.: "Artículo 59", en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 941 y 942.

[15]GARCÍA ROCA, J.: "Artículo 60", *Ob. cit.*, pág. 970.

Podríamos interpretar, erróneamente, que como no se prevén constitucionalmente los sujetos legitimados en este proceso (a diferencia de lo que ocurre en los recursos de inconstitucionalidad y recursos de amparo que sí vienen predeterminados en el artículo 162.1 de la CE) el legislador tiene libertad absoluta para fijar la legitimación que le plazca, suponga o no una evidente desigualdad procesal, pero no se pueden ignorar principios constitucionales, como es el de igualdad procesal, que deriva del artículo 24 de la CE, ni establecer exclusiones procesales arbitrarias, sin que exista justificación constitucional suficiente.

La actual regulación de los conflictos negativos ignora posibles situaciones que podrían ocasionar la indefensión de las CCAA e introduce en nuestro ordenamiento una desigualdad claramente discriminatoria. Esta falta de legitimación autonómica implica que las CCAA no tengan posibilidad de reacción frente a omisiones estatales que puedan afectar a sus propios ámbitos, lo cual puede generar situaciones de indefensión, y supone una evidente desigualdad entre Estado y CCAA, la cual no se encuentra justificada. Las concretas explicaciones, dadas por la doctrina para justificar la legitimación estatal exclusivamente, giran en torno al interés general del Estado en que se ejerzan las competencias autonómicas asumidas, la protección estatal de los ciudadanos, y las potestades de vigilancia y coacción que ejerce el Estado derivadas del artículo 155 de la CE Sin embargo, por las razones anteriormente señaladas, no creemos que puedan justificar la ausencia de legitimación autonómica. En verdad no existe ninguna justificación de peso para sostener esta desigualdad procesal, y, por tanto, nos encontramos ante una discriminación de las CCAA.

BIBLIOGRAFÍA.-

BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: “Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en perspectiva”, en GAVARA DE CARA, J.C. (ed.), *Constitución. Desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, J.M. Bosch editor, Institut de Ciencies Politiques i Socials, Barcelona, 2004.

CANOSA USERA, R., *Legitimación autonómica en el proceso constitucional,* Trivium, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Artículo 68", en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

GARCÍA ROCA, J.: “Artículo 60”, en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

GARCIA ROCA, J., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GOMEZ MONTORO, Á.: “Artículo 59”, en REQUEJO PAGÉS, J.L. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 941 y 942.

IBAÑEZ BUIL, P.: “Artículo 71”, en GONZÁLEZ RIVAS. J.J. (dtor.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia”, en VVAA, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (1979-1994),* Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, tomo I, Colex, Madrid, 1991.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007.

PEREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional,* 12ª ed. revisada y puesta al día por CARRASCO DURÁN, M., Marcial Pons, Madrid, 2010.

PÉREZ TREMPS, P.: *Sistema de Justicia Constitucional,* Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "La legitimación activa en los procesos constitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

TORRES MURO, I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Reus, Madrid, 2007.

TORRES MURO, I.: "Problemas de legitimación en los procesos constitucionales", en *Revista de Derecho Político (UNED),* núm. 71-72, 2008.

LA OPORTUNIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS.

Antonio Martín Pardo

Resumen: En este artículo se analizan muy brevemente las razones que aconsejan repensar cuál sea el bien jurídico protegido en los delitos ubicados en el capítulo primero del título XVI de nuestro código penal: los llamados "delitos *sobre* la ordenación del territorio y el urbanismo". Tras aproximadamente dieciséis años de vigencia de estos tipos, en el transcurso de los cuales hemos sufrido un boom inmobiliario y especulativo en el que la delincuencia urbanística ha sido una nota habitual dudosamente atajada por el derecho penal, se ha producido una reforma del texto punitivo que introduce ciertas modificaciones superficiales en estos delitos y que ha dejado escapar la oportunidad de dotar de una mayor materialidad al objeto de protección de los mismos, de forma que se hiciera efectivo el principio penal básico de lesividad u ofensividad. Precisamente a sugerir las notas que deben conducir a este fin se dedican las líneas siguientes.

Palabras clave: Delitos urbanísticos, ordenación del territorio, bien jurídico protegido, política criminal, delincuencia socioeconómica.

Abstract: In this paper, are showed the reasons that suggest a questioning about the legal asset protected with the crimes placed into the first chapter of the sixteenth title of our penal code: "the urban crimes". After ca. sixteen years of validity, during the same we have suffered a important "real estate boom", a superficial legal reform of such crimes has taken place. With that, we have rejected the opportunity to fit with a high tangibility the protected object in these crimes, so that the "harm principle" would be fully respected. Precisely, towards this goal point to the next lines.

****

En las líneas que siguen no pretendo más que mostrar de una manera muy sucinta cuáles han sido las razones que me han llevado a optar por el tema de mi tesis doctoral y, asimismo, dar a conocer de manera también muy somera cuál es el proceso lógico que dicho trabajo de investigación sigue en lo referente a su metodología. Por tanto, sirva la presente comunicación exclusivamente como botón de muestra para comprender cuáles son los objetivos de mi línea de investigación y para enmarcarla adecuadamente en su contexto.

Los delitos urbanísticos se introdujeron de manera inédita en nuestro código penal en 1995. A nuestro modo de ver, tal introducción, a pesar de llevar fraguándose desde 1980, no fue acompañada de toda la reflexión necesaria. La aparición de los mismos se enmarcaba en la tendencia de incluir apresuradamente bienes jurídicos colectivos conectados con los derechos fundamentales de tercera generación que nuestra CE había consagrado, pero sin hacer un gran esfuerzo para dotar a los mismos de los contornos garantistas exigidos por los principios clásicos del derecho penal.

Ante la indisciplina generalizada desde los años 70 en el ámbito urbanístico y la escasa eficacia intimidatoria que había mostrado el derecho administrativo sancionador en la materia —así lo señalaba el mismo legislador la exposición de motivos del proyecto de 1980— se acudía ahora a la utilización del resorte más grave a disposición del ordenamiento jurídico. Dos son los fallos que empañaban este razonamiento en mi opinión. En primer lugar, achacar al derecho administrativo una ineficacia que en gran parte se debía no a la ley en sí, sino a la mecánica de aplicación de la propia administración y, en segundo lugar y más importante a los efectos de este trabajo, la manera de articular los tipos penales no en función de un interés material, sino como un refuerzo de los mecanismos administrativos de ordenación del territorio.

En este último sentido, dando por cierto que realmente fuera ineficaz la regulación administrativa, no se trataba de evitar unas determinadas actuaciones urbanísticas por su

especial gravedad, sino que, ante la desobediencia fáctica de las normas que ordenaban racionalmente el crecimiento y producción de la ciudad, se acudía a la rama más lesiva del ordenamiento jurídico para meter en cintura a los agentes productores de dicho crecimiento y castigarlos precisamente por ese incumplimiento. Se estaba intentado claramente —hablando de manera coloquial— "matar mosquitos a cañonazos". Como puede observarse, la misión del derecho penal con esta filosofía no era la de proteger frente a conductas dañosas para un interés determinado, sino la de proteger la aplicación de normas de otro sector jurídico del ordenamiento.

Esta situación, perfectamente criticable, llevó a una buena cantidad de autores, como por ejemplo a Silva Sánchez, a hablar de una *administrativización indeseable* del derecho penal, ya que el derecho penal se estaría ocupando de materias alejadas de su núcleo tradicional. Con estos nuevos intereses el derecho penal saldría al paso de conductas que en sí son lícitas y cuya desvaloración depende en todo caso de una insegura ponderación de intereses y de la producción de determinados riesgos generales. Con ello el derecho penal se estaría alejando de su natural ámbito de actuación ligado a la máxima seguridad jurídica y a la protección frente a lesiones efectivas (principio de lesividad) y se aproximaría cada vez más a la gestión de riesgos (principio de precaución). Aunque esta crítica pudiera ser acertada, no así en nuestra opinión la solución que se planteaba a la misma: la supresión de este tipo de delitos.

A nuestro entender, no es que el derecho penal no tenga competencia para actuar en estas lides, sino que lo que realmente sucede es que los bienes jurídicos de este tipo se plantean de una forma tan vaga y amplia que es muy difícil verificar su lesión o bien se formalizan en extremo vinculándolos de manera excesiva a la reglamentación previamente existente en el ámbito administrativo. Esto último es precisamente lo que ha ocurrido en el ámbito de los delitos que estudiamos.

De este modo, se hablaba habitualmente de que el bien jurídico en estos delitos era a grandes rasgos la *ordenación del territorio*, es decir, la conformación administrativa del suelo, la normativa que regula la distribución de usos sobre el suelo, el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo, etc. Con ello, se daba carta de naturaleza a un derecho penal preocupado exclusivamente por la aplicación formal del derecho administrativo y por asegurar, digámoslo así, una obediencia ciega de los ciudadanos a lo establecido por el planeamiento y por la legislación urbanística. De ahí unos tipos penales en blanco basados exclusiva o principalmente en la existencia de autorización administrativa y completamente desconectados de una contemplación de la lesividad material de los comportamientos.

Posteriormente, comenzó a surgir una deriva doctrinal que intentaba materializar estos planteamientos y que se resistía a admitir ese papel exclusivamente secundario o meramente sancionatorio del derecho penal. Dicho sector doctrinal intentaba hallar un valor material detrás de la ordenación del territorio y así se comenzó a hablar de bienes jurídicos tales como una racional conformación del suelo, de bienes jurídicos plurales constituidos por el medio ambiente, el patrimonio histórico y la ordenación del territorio, de la calidad de vida y del hábitat, etc. Estas opiniones, aun animadas por un propósito loable, sin embargo, se quedaban en formulaciones demasiado amplias y no daban el paso de introducirse de lleno en un análisis sobre la lesividad material de las conductas urbanísticas que facilitara un progresivo alejamiento de la órbita de la legalidad administrativa.

Ante este panorama insatisfactorio mi investigación se centra consecuentemente en el intento de hallar un bien jurídico puramente material para los delitos sobre la ordenación del territorio partiendo de la premisa de que, tanto el derecho administrativo (urbanístico), como el derecho penal protegen una misma realidad que no es otra que el interés social o referente material que subyace precisamente a toda la regulación sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Para descubrir cuál sea esa realidad material subyacente se ha procedido en un principio a analizar dos aspectos fundamentales. En primer lugar se ha indagado sobre las funciones que cumple el suelo, el espacio o el territorio en nuestras sociedades desde una serie de perspectivas diversas (psicológicas, económicas, medioambientales, sociológicas…). En segundo lugar, se ha analizado la ordenación valorativa que en cada una de tales perspectivas

realiza nuestra carta magna, entendida como cristalización de las valoraciones sociales en nuestra sociedad actual.

A partir de tales datos previos, utilizando la teoría de la racionalidad legislativa del profesor Atienza adaptada al derecho penal por Díez Ripollés, se analiza la lesividad de una serie de conductas urbanísticas problemáticas características (construcciones en contra de los usos, de la morfología, parcelaciones ilegales, resoluciones en contra de la legalidad…) intentado poner de manifiesto cuáles de ellas son efectivamente dañosas y cuáles no. Una vez seleccionadas las conductas que efectivamente producen un daño socialmente relevante y calificable como grave (requisito ético de una legislación racional), en un paso posterior, se trata de ver cuáles son las realidades materiales o intereses que se ven dañados en todos esos casos.

Tomando dichos intereses o realidades como punto de partida, mediante un proceso de abstracción lógica, se pretende conseguir un bien jurídico material que condense adecuadamente el conjunto de los intereses efectivamente dañados y que permita construir unos tipos penales basados, ahora sí, en la producción de daños materiales a tales realidades y no en la mera contravención de normas como creemos ha ocurrido hasta el presente momento.

Entendemos que sólo desde esta nueva forma de entender el bien jurídico se podrá legitimar sólidamente el derecho penal urbanístico y desterrar las dudas sobre la conveniencia de su intervención en esta materia.

EL CROSS-BORDER SHOPPING EN LA UNIÓN EUROPEA: UNA NUEVA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS

José Miguel Martín Rodríguez
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
jmmarrod1@upo.es

Resumen:

En el desarrollo de la tesis doctoral que hemos finalizado recientemente nos hemos topado con la necesidad de abordar un tema sobre el que existía poca bibliografía en la rama jurídica: el *cross-border shopping* o compras transfronterizas entre Estados de la UE.

Ante este problema hemos recurrido a las fuentes de la literatura económica que se habían ya ocupado de construir una teoría consistente sobre el particular. En nuestro caso, ante las particularidades del mercado único europeo, hemos adaptado los principios de estas teorías para afrontar el reto de evaluar cuándo las diferencias de tributación entre los Estados miembros (principalmente en materia de impuestos sobre los hidrocarburos, el alcohol y el tabaco) pueden crear distorsiones en el funcionamiento del mercado.

De este modo, hemos identificado los principales focos de tensión fronteriza a nivel de la Unión Europea y los límites que establece el propio Derecho de la Unión a la práctica de este *cross-border shopping*. Al final podremos apreciar como la búsqueda de soluciones puede llegar a ser un trabajo estéril. En toda situación de desequilibrio hay beneficiados que se aferran a sus posiciones de privilegio e impiden las reformas. Una situación recurrente en la UE gracias a la unanimidad exigida en el Consejo para avanzar en la armonización fiscal.

Abstract:

--

During the development of the doctoral thesis that we have recently completed we have realized of the lack of legal literature regarding the cross-border shopping (cross-border purchases among EU States).

Trying to solve this problem we have frequently used sources from economic literature, that had already built a consistent theory on the subject. In our case, given the particularities of the European single market, we have adapted the principles of these theories for the challenge of assessing when the differences of taxation between Member States (mainly in the field of fuel, alcohol and tobacco taxes) can create distortions in the functioning of the market.

In this way, we have identified the main focus of border purchases at the level of the European Union and the limits that EU law has established to the practice of this cross-border shopping. At the end we will check that the search for solutions can become a sterile work. In any situation of imbalance there are beneficiaries who cling to their positions of privilege and block reforms. A recurrent situation in the EU thanks to the unanimity required in the Council for any advance in tax harmonization.

Palabras clave: competencia fiscal, arbitraje fiscal, impuestos especiales, IVA, cross-border shopping

Key words: tax competition, tax arbitrage, excise duties, VAT, cross-border shopping

1. Definición y caracteres del *cross-border shopping*

En la literatura en castellano se emplea también con frecuencia el término de cross-border shopping. No obstante, la comprensión del fenómeno será incluso más sencilla si partimos de la expresión equivalente en castellano: compras transfronterizas.

Aunque el concepto de compras transfronterizas puede abarcar en la práctica tanto la compra de bienes como la de servicios nosotros nos centraremos especialmente en la adquisición de bienes materiales. En concreto, las ocasiones en que un particular se traslada físicamente a otra jurisdicción para realizar algunas compras y vuelve posteriormente a su Estado de residencia. La lógica económica detrás de esta decisión es clara: un sujeto adquirirá productos en otra jurisdicción cuando la relación calidad-precio sea mejor. Dado que el marco de análisis de este fenómeno será la UE partiremos de la premisa de que los productos adquiridos en otros Estados son homogéneos en su composición y que el sujeto, por tanto, únicamente tendrá en cuenta el factor del coste para su bolsillo.

El primer modelo económico para entender el *cross-border shopping* lo desarrollaron los autores KANBUR y KEEN[1]. Su planteamiento no podía ser más simple: dos países limítrofes que difieren en tamaño venden un mismo bien y pretenden maximizar los ingresos provenientes del gravamen sobre su venta. El consumidor puede adquirir el bien en su propio país o desplazarse al otro lado de la frontera y comprarlo en el país vecino.[2]. El precio del bien en ambas jurisdicciones es el mismo a excepción del componente fiscal, por lo que el contribuyente deberá valorar si la diferencia de tributación le compensa los gastos de desplazamiento a la jurisdicción vecina.

Las características de este modelo, que ha sido completado por otros autores[3] y que se reproducen de forma casi mimética por el mercado de la UE, son:

a) El Estado de menor población tiene un gran incentivo para reducir sus tipos, ya que al hacerlo puede atraer un gran número de compradores del Estado vecino, compensando así la reducción unitaria en el gravamen.

b) Los ingresos totales de ambos Estados se reducirán, de manera que el previsible aumento de recaudación en el Estado de menor tamaño no compensará la erosión de bases de su vecino.

c) La distancia o el coste del transporte son el factor que se contrapone a las diferencias de precio ocasionadas por la tributación. Por tanto, es lógico que los bienes objeto de *cross-border shopping* sean, por antonomasia, aquellos que tienen un mayor *ratio* impuesto/kilo o precio/kilo.

d) Otro factor fundamental es la frecuencia y volumen de las compras transfronterizas. Si la pauta de compras indica pequeñas y frecuentes adquisiciones, el Estado podría gravarlas con mayor severidad. Este sería el caso de productos perecederos y con bajos costes de transporte, que fomentan compras frecuentes y en los que la probabilidad de que exista *cross-border shopping* es reducida. Por el contrario, productos duraderos con elevados costes de transacción deberían ser gravados con cautela para que su compra no se deslocalice.

Finalmente, otro factor a tener en cuenta del modelo es cómo pueden limitarse los efectos negativos del *cross-border shopping* desde el punto de vista recaudatorio. Pues bien, la doctrina ha señalado principalmente dos vías. La primera es incrementar los costes de transporte, desplazamiento o simplemente limitar las compras en la otra jurisdicción. Aunque esta medida beneficiaría fundamentalmente al Estado de mayor tamaño, reduciendo el número de sujetos a quienes compensa realizar la compra transfronteriza, los autores también han apuntado la posibilidad de que el Estado de menor tamaño se pudiera beneficiar[4].

---

[1] KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *American Economic Review*, 1993, Vol. 83, núm. 4, págs. 877-892.

[2] Evidentemente, si partiéramos de un sistema de tributación en destino desaparecía por completo el incentivo para desplazarse al Estado vecino y cada Estado podría fijar libremente el tipo de gravamen: "when the destination principle is rigidly enforced the two governments can entirely ignore each other in setting their tax rates: there can be no tax-induced cross-border shopping". KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières...", *op. cit.*, pág. 880.

[3] Entre otros: ASPLUND, M., FRIBERG, R. y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *Journal of public economics*, 2007, núm. 91, págs. 141-157; NIELSEN, S. B., "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, 2001, Vol. 103, núm. 4, págs. 599-623; OHSAWA, Y., "Cross-border shopping and commodity tax competition among governments", *Regional Science and Urban Economics*, 1999, núm. 29, págs. 33-51; SCHARF, K. A., "Scale Economies in Cross-Border Shopping and Commodity Taxation", *International Tax and Public Finance*, Vol. 6, 1999, págs. 89-99; WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, págs. 974-981.

[4] Este beneficio se originaría porque el Estado de mayor tamaño, en vistas de la menor competencia fiscal por el aumento de los costes de transporte, podría elevar sus tipos, lo que facultaría al Estado de menor tamaño a elevarlos en consonancia, pudiendo así incluso aumentar su recaudación a pesar de que se redujera el número de contribuyentes: "By encouraging the large country to raise its tax rate, it enables the small country to raise its tax rate too without losing

La segunda vía sería la coordinación entre ambos Estados. De hecho, conforme al modelo original, mientras que una plena armonización de tipos solo beneficiaría al Estado de mayor tamaño, el establecimiento de un tipo mínimo podría beneficiar a ambos Estados[5].

2. El ejercicio del *cross-border shopping* en la UE

La UE con su apertura de fronteras económicas, jurídicas y físicas es un escenario ideal para el ejercicio del *cross-border shopping*. Sin embargo, los efectos de estos avances en la libertad de circulación de los ciudadanos, que podría haber disparado el *cross-border shopping* en la UE, han sido mitigados por las dos vías que señalamos anteriormente: armonización de tipos y límites a las adquisiciones realizadas en otro Estado miembro.

2.1 La armonización de la fiscalidad indirecta

Como ya advertía el informe Neumark (1962), uno de los principales obstáculos para la libre circulación de bienes, servicios y ciudadanos era un sistema de imposición indirecta (sobre el consumo) asimétrico. Este ambicioso informe con más de 50 años de historio constituye un hito al sentar las bases para el sistema común de IVA y el establecimiento de niveles mínimos de imposición para determinados consumos[6]. Desde entonces los avances se han ido sucediendo de manera continua y aunque no se haya alcanzado la plena armonización, sí tenemos que reconocer que la armonización de la fiscalidad indirecta en la UE es real.

No obstante, aún persisten espacios que favorecen la realización de estas compras transfronterizas. A continuación, vamos a exponer brevemente dónde podemos encontrar estos "nichos" de compras transfronterizas en los principales impuestos armonizados que componen la fiscalidad indirecta:

a) El IVA

En el IVA el proceso de armonización ha sido muy intenso. Sin entrar en una larga enumeración de Directivas y otros documentos que soportan esta aseveración, sí queremos señalar dos aspectos sustanciales. El primero, que las sucesivas Directivas han creado una estructura del impuesto homogénea en todos los Estados miembros. El segundo, que los tipos básicos de IVA, más por causa de la crisis económica que por un acuerdo real, han convergido al alza en los últimos años[7]. De este modo, las diferencias de precio creadas por el IVA son

---

custom; and thus it will find its revenue increase" KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières...", *op. cit.*, pág. 884.

[5] *Ibídem*. pág. 890. Existen otros autores que critican abiertamente esta conclusión. WANG, por ejemplo llega a la conclusión de que el establecimiento de un tipo mínimo también perjudicaría al Estado de menor población. Véase: WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, pág. 980. Incluso el propio KEEN ha asumido posteriormente que esta atractiva propiedad que atribuye el modelo a la coordinación (de modo que todos ganarían sin necesidad de transferencias compensatorias) "is not robust". KEEN, M., "Some international issues in commodities taxation", *IMF working papers*, 2002, núm. 124, pág. 21.

[6] El Informe Neumark es el *output* del Comité Fiscal y Financiero de la Comisión de las Comunidades Europeas creado el 5 de abril de 1960 para dar respuesta al mandato del Tratado de Roma, que en su artículo 99 instaba a los Estados a examinar la mejor forma de armonizar las legislaciones estatales en materia de impuestos indirectos. En un primer momento este Informe planteaba un ambicioso plan dividido en tres etapas que concluiría con una armonización plena de los impuestos en la Unión corregida con un sistema de compensación financiera entre los Estados.

[7] En principio los Estados únicamente alcanzaron el acuerdo de fijar un tipo mínimo básico del 15%, hecho que obviamente limitaba las posibles compras transfronterizas. En los últimos años, sin embargo, son muchos los Estados que han elevado estos tipos: Rumanía (del 19 al 24%), Grecia (del 19 al 23%), España (del 16 al 21%), Portugal (del 20 al 23%) o Letonia (del 18 al

poco relevantes y, por tanto, existen pocas situaciones de compras transfronterizas motivadas por el IVA.

Esta afirmación debe ser matizada en dos vertientes. En primer lugar, si bien el IVA *per se*, apenas genera *cross-border shopping*, sí que contribuye a la intensificación de las compras transfronterizas de los productos sujetos a impuestos especiales, principalmente hidrocarburos, tabaco y bebidas alcohólicas. ¿Como contribuye el IVA en este campo? Pues bien, dado que los impuestos especiales forman parte de la base imponible del IVA, aunque dos Estados tengan el mismo IVA, cuanto más elevados sean los impuestos especiales mayor será el efecto multiplicador del IVA sobre los precios de los productos. Estas diferencias se acentuarán, obviamente, si los tipos de IVA también difieren[8].

Por otro lado, sí existe un campo en el que las diferencias de IVA han influido en el mercado, aunque no provocando compras transfronterizas de bienes, sino de servicios. En concreto, nos referimos a las prestaciones de servicios por vía electrónica (entre ellos los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión) realizadas por empresarios o profesionales, situados dentro de la UE, que tienen por destinatario a consumidores finales. La particularidad de esta prestaciones de servicio es que, al igual que en las entregas de bienes a particulares, hasta ahora se aplicaba el tipo de IVA del Estado de origen del prestatario. Conforme a la lógica económica, todos los operadores comunitarios de estas actividades se ubicaron en Luxemburgo, el Estado miembro con el tipo básico de IVA más bajo (15%), asegurando así a los clientes el precio con el menor impacto fiscal. Esta clarísima distorsión, por suerte, tiene fecha de caducidad. Dentro de la adopción del conocido como "Paquete IVA" (Directiva 2008/8/CE) se ha previsto la eliminación del sistema de tributación en origen de los servicios prestados por vía electrónica cuando fueran prestados a personas que no tuvieran la condición de sujetos pasivos. Sin embargo, este régimen previo seguirán en vigor hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que finaliza el plazo transitorio concedido por la Directiva 2008/8/CE para dar paso al régimen definitivo de tributación en el lugar de consumo de los citados servicios cuando sean prestados a consumidores finales.

Aunque se ha conseguido eliminar este núcleo de distorsión al mercado se ha necesitado configurar un largo periodo transitorio por la fuerte resistencia de Luxemburgo, Estado que defendía la posición de privilegio obtenida tras años atrayendo a las principales empresas del sector por su tipo de IVA del 15%[9]. De este modo, una vez que el nuevo régimen de tributación en el Estado del receptor del servicio entre en vigor en 2015, el Estado de localización del prestador podrá retener durante cuatro años una parte del IVA recaudado; primero el 30% (2015 y 2016) y posteriormente el 15% (2017 y 2018).

b) Impuestos especiales sobre las labores del tabaco

22%). Este hecho ha elevado el tipo básico medio de la Unión al 21%, provocando en la práctica un acercamiento de tipos. De hecho, al tiempo de cierre de este trabajo, unicamente Malta (18%), Chipre (17%) y Luxemburgo (15%) sitúaban su tipo básico por debajo del 19%. En este punto los hechos han contradicho la previsión de SINN, que consideraba que las diferencias de tipos de IVA entre los Estados miembros, una vez abiertas las fronteras, provocarían una presión a la baja de los tipos por el riesgo de compras transfronterizas. SINN, H. W., "Tax Harmonization and Tax Compensation in Europe", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper, núm. 3248, Cambridge, pág. 14. Tal vez el autor confiaba en la entrada en vigor, algún día, de la tributación en origen para las adquisiciones por empresarios y profesionales, cosa que no ha sucedido y nos tememos que no sucederá.

[8] Por ejemplo, si un Estado grava el litro de vino con 3€ y aplica un IVA del 20%, realmente es como si el impuesto especial fuera de 3,60. Si otro, en cambio, grava el vino con un tipo de solo 0,50€ por litro y aplica un IVA del 20% el impuesto especial con el IVA ascendería a 0,6€. De este modo la diferencia de 2,50€ en impuesto especial el IVA la eleva a 3€.

[9] El sector de las telecomunicaciones había convertido Luxemburgo (y cada vez más Madeira con un 13% de IVA) en su centro de operaciones comunitario. Los ingresos en concepto de IVA por esta actividad representaban el 1% del PIB del Ducado, por lo que el primer Ministro luxemburgués Jean-Claude Juncker, llegó a declarar en su ejercicio de resistencia numantina contra la reforma que: "No finance minister would give up one percent of his gross domestic product to make others happy". Fuente: "EU capitals set for clash over taxes", *euobserver.com*, 14 de noviembre de 2007.

La armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, especialmente sobre los cigarrillos y más recientemente sobre la picadura fina de tabaco para liar, ha estado marcada por las diferentes etapas de evolución del mercado interior. Un sinfín de Directas han ido poco a poco configurando un sistema de tipos mínimos que se ha ido imponiendo, sucesivamente, a los nuevos Estados que se incorporaban a la UE.

En un primer momento, la entrada en la Comunidad del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en 1972 únicamente impulsó un marco mínimo común para la tributación de los cigarrillos[10]. La entrada en vigor del mercado único en 1993 y el miedo a una avalancha de compras transfronterizas, sí determinó la fijación de un impuesto especial mínimo[11]. Dentro de este proceso de armonización, sin embargo, se articularon múltiples fórmulas de tributación que respondían a los intereses internos de los Estados.

En 2002[12], la cercana adhesión de diez nuevos Estados miembros (el 1 de julio de 2004) reavivó esta preocupación y condujo a mayores avances en la fijación de impuestos mínimos, extendidos ya también a la picadura fina de tabaco. La última gran reforma realizada en 2010[13], con el argumento de mejorar la protección de la salud, no ha hecho sino mantener la senda ascendente en la tributación mínima marcada por las Directivas anteriores.

Hay que resaltar que los avances en la armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco se han realizado a costa de continuas excepciones y prórrogas; concedidas tanto a los Estados que se incorporaban, como a los que querían proteger sus intereses recaudatorios. Valoramos esta realidad muy positivamente, pues de otro modo hubiera resultado imposible alcanzar un acuerdo sobre tipos mínimos en una negociación multilateral entre Estados con niveles de vida tan dispares.

Para observar las diferencias de tributación sobre las labores del tabaco, en concreto sobre los cigarrillos como producto más consumido (aunque la picadura fina de tabaco siga avanzando como producto sustitutivo) no existe mejor comparativa que un mapa en el que observemos las diferencias de precio entre los Estados miembros:

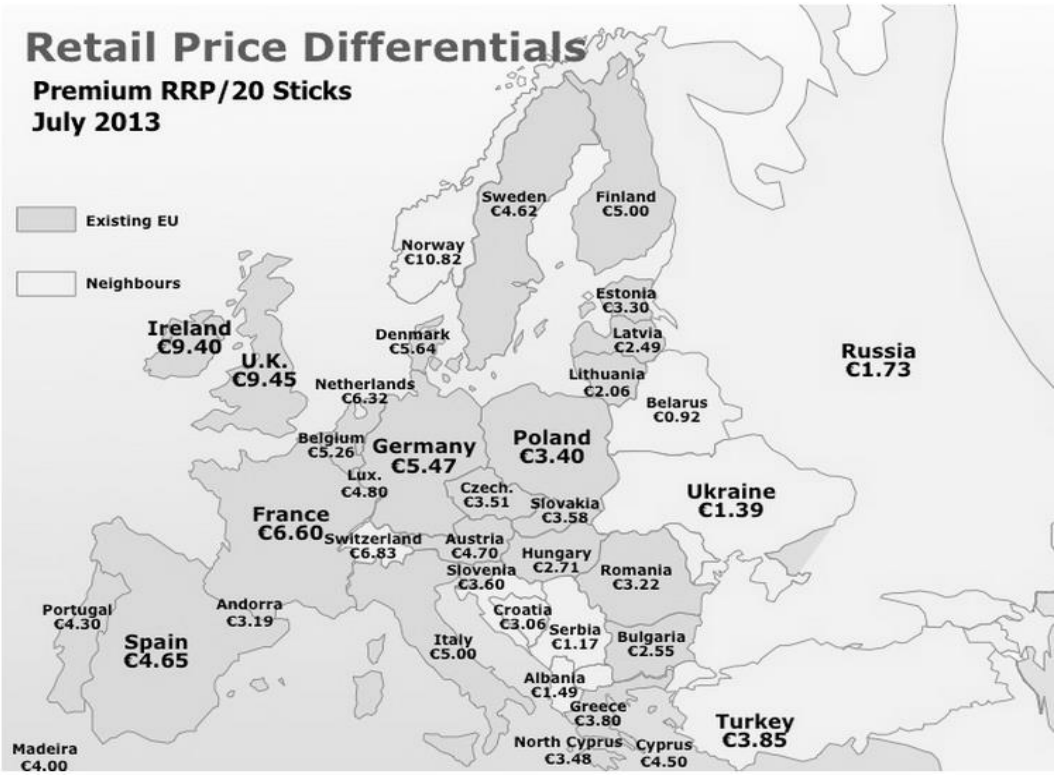
---

[10] *Directiva del Consejo 72/464/CEE, de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco.*

[11] La *Directiva 92/78/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 por la que se modifican las Directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE relativas a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de las labores del tabaco*, introdujo como novedad el trato diferenciado a la picadura fina de tabaco para liar. Por otro lado, las Directivas *92/79/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos* y *92/80/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos* establecieron por primera vez un impuesto mínimo global sobre todas las labores del tabaco.

[12] *Directiva 2002/10/CE del Consejo de 12 de febrero de 2002 por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.*

[13] *Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010 por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE, en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, y la Directiva 2008/118/CE.* Aunque posteriormente se ha aprobado la *Directiva 2011/64/UE del Consejo de 21 de junio de 2011 relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco,* esta tiene como único fin la codificación de las Directivas anteriores.



Fuente: Irish Tobacco Manufacturers' Advisory Committee – Julio 2013

c) Impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas

La tributación específica del alcohol (ginebra, ron, whisky, etc.) y las bebidas alcohólicas (cerveza, vino y productos intermedios) está recogida en dos Directivas, una que armoniza las estructuras de los impuestos, Directiva 92/83/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, y otra relativa a la aproximación de los tipos entre los Estados miembros, la Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. El régimen que instituyen estas Directivas apenas recoge una relación de tipos mínimos respecto a las principales categorías de bebidas alcohólicas.

Tabla 1 - Impuesto especial mínimo sobre el alcohol y otras bebidas alcohólicas (hl = 100 litros)

Producto	Impuesto mínimo
Cerveza	0,748 euros hl/grado Plato
	1,87 euros/hl grado de alcohol
Vino	0 euros
Productos intermedios	45 euros/hl
Alcohol puro	550 euros/hl

Fuente: Artículos 3 a 6. Directiva 92/84/CE

En los últimos 20 años la falta de acuerdo entre los Estados ha impedido que se realizara ninguna modificación a estas Directivas, ni modificando al alza los tipos (siquiera para actualizarlos conforme a la inflación) ni introduciendo novedades de ningún tipo. El principal escollo para este acuerdo es la férrea oposición de múltiples Estados (entre ellos España o Italia) a establecer una imposición mínima sobre el vino. De todos modos, de producirse una actualización de los tipos conforme a la inflación (un 50% aproximadamente) esta apenas afectaría a los Estados miembros. En el alcohol puro apenas Bulgaria, Croacia y Rumanía se

verían afectados por un alza de tipos. En el caso de la cerveza, aunque más Estados tuvieran que incrementar los tipos, la subida sería poco significativa.

Al igual que hemos hecho con los cigarrillos, consideramos que numéricamente es más fácil comprender las diferencias entre los Estados miembros. En la siguiente tabla señalamos las situaciones en que la diferencia de precio final del alcohol y las bebidas alcohólicas entre dos Estados miembros supera el 25%:

Tabla 2 - Diferencia porcentual de precio entre productos tipo (exc. IVA)

Cerveza		Vino tranquilo		Vino espumoso		Alcohol	
UK-FR	78,4	**UK-FR**	95,6	**UK-FR**	43,6	**SE-DK**	81,4
FI-EE	75	**FI-EE**	56,6	**IE-UK**	29,1	**FI-EE**	72,8
DK-DE	38,2	**SE-DK**	39,6			**FR-IT**	39,7
		DK-DE	30,5			**FR-ES**	38,2
		NL-DE	25,4			**EL-BG**	30,9
						SE-FI	29
						UK-FR	25,6

Fuente: Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages, 2010, pág. 53

d) Impuestos especiales sobre hidrocarburos

La armonización europea en materia de tributación de los hidrocarburos comenzó con las Directivas 92/81/CEE[14] y 92/82/CEE[15], circunscritas casi exclusivamente a la armonización de las estructuras y de los tipos del impuesto especial sobre hidrocarburos. De nuevo, se optó un sistema de tipos mínimos, en este caso, por cada 1.000 litros de combustible.

Pronto la Comisión se percató de la necesidad de dotar de una tributación mínima a los demás productos energéticos para limitar las emisiones de CO2, incluida la electricidad; hecho que plasmó en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos*, COM (97) 30 final, de 17 de marzo de 1997. Finalmente esta Propuesta cristalizó años después en la Directiva 2003/96/CE[16], en la que se amplió la fijación de tipos mínimos a la electricidad, el gas natural y el carbón y se elevaron los previstos para los hidrocarburos como queda recogido en la siguiente tabla:

Tabla 8 – Tipos mínimos IIEE sobre hidrocarburos (Euros / 1.000 litros)

	Gasolina c/ plomo	Gasolina s/plomo	Gasóleo
Directiva 92/82	337	287	245
Directiva 2003/96	421	359	330

Como se puede observar, el gasóleo goza de un tratamiento fiscal más ventajoso que las gasolinas. Aunque este trato podría tener su fundamento en las menores emisiones de CO_2 del gasóleo, hay que reconocer que excluyendo el CO_2 el gasóleo es más contaminante que la gasolina[17].

---

[14] *Directiva 92/81/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos*.

[15] *Directiva 92/82/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre los hidrocarburos*.

[16] *Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad*.

[17] Esta situación pone en evidencia que la configuración del impuesto sobre hidrocarburos responde más a intereses recaudatorios que medioambientales. Véase: CÁMARA BARROSO, M. C.: "Algunas consideraciones sobe los beneficios fiscales a los biocarburantes", *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2011, pág. 89.

En la actualidad las diferencias de precio en los hidrocarburos no son tan significativas como en el alcohol o el tabaco. En el siguiente cuadro destacamos las diferencias más importantes entre Estados limítrofes a julio de 2013.

Tabla 9 – Diferencias de precio final entre Estados miembros, precios orientativos – Céntimos de euro / Litro – 8/7/2013

Gasolina s/plomo		Gasóleo	
EL-BG	39	**IT-FR**	30
IT-AT	34	**IT-AT**	28
DE-PL	34	**IT-SI**	26
DE-LU	27	**DE-LU**	23
IT-SI	24	**BE-LU**	19
BE-LU	23	**HU-HR**	17
DE-CZ	22	**DE-PL**	16

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, Dirección General de la Energía, M*arket and Statistics Observatory - Oil Bulletin*

Sin embargo, es frecuente que ciudadanos que habitan en zonas de frontera se trasladen a otro Estado miembro para llenar el depósito de sus vehículos si con ello obtiene un ahorro significativo. Este hecho recibe comúnmente el nombre de *fuel tourism*. Este fenómeno adquiere especial relevancia en el ámbito de los operadores profesionales. El gran depósito de los camiones los dota de gran autonomía (hasta 3.000 kms. por depósito) para realizar una suerte de planificación fiscal y abastecerse de combustible en el país de su recorrido con un nivel impositivo más bajo. Este hecho explica por qué Luxemburgo, con el precio de diesel más bajo de toda la UE, es capaz de atraer un gran volumen de tráfico cuyo principal objetivo es repostar en el surtidor más económico[18].

2.2 Los límites comunitarios al *cross-border shopping*: el uso propio en los bienes sujetos a impuestos especiales

Conforme a la teoría económica expuesta en el primer apartado, el establecimiento de límites a las compras transfronterizas tanto en forma de impuesto mínimo, como de obstáculos al volumen de compras, persigue mantener los niveles de recaudación de cada Estado y evitar una caída generalizada de tipos. Limitar el volumen de adquisiciones reduce los beneficios potenciales derivados de las compras en otra jurisdicción, obligando a que estas se produzcan con mayor frecuencia y reduciendo la sensibilidad de las mismas a cambios en el precio.

En el caso de la UE estos límites únicamente se han establecido para los productos sujetos a impuestos especiales adquiridas por particulares. En principio, la tributación en origen únicamente está prevista cuando los productos sujetos a impuestos especiales sean adquiridos por un particular. Sin embargo, el artículo 32 de la Directiva 2008/112/CEE prevé cuatro condiciones para que resulte de aplicación esta tributación en origen:

a) que la adquisición se realice por un particular;
b) que los bienes sean para uso propio;
c) que sean transportados por ellos mismos;
d) que el transporte sea entre dos Estados miembros.

[18] Las cifras no dejan lugar a duda. Según datos del Banco Mundial cuya última actualización se produjo en 2009, el consumo per cápita de diesel en Luxemburgo (en kg equivalente en petróleo) fue de 3.190 kg. El segundo Estado de la UE es Bélgica con apenas 657 kg, apenas una quinta parte. La comparación es aún más escandalosa si lo comparamos con la media de la Unión Europea, casi la mitad que Bélgica, solo 372,5 kg. Véase: Banco Mundial, *Consumo de diesel del sector vial per cápita* (kg de equivalente de petróleo), 2009.

La cuestión más conflictiva es la naturaleza y alcance de la expresión "para uso propio". La concreción del contenido de esta expresión la recoge la misma Directiva en su artículo 32.2, en la que se recogen una serie de criterios a los que los Estados miembros *deberán* atender para determinar si existe o no una finalidad personal en la adquisición de los productos adquiridos. En caso contrario al sujeto se le exigirán los impuestos propios del Estado al que transporta los bienes.

"Artículo 32.2

a) condición mercantil del tenedor de los productos sujetos a impuestos especiales y motivos por los que los tiene en su poder;[19]

b) lugar en que se encuentran dichos productos sujetos a impuestos especiales o, en su caso, modo de transporte utilizado;[20]

c) todo documento referente a los productos sujetos a impuestos especiales[21];

d) naturaleza de los productos sujetos a impuestos especiales;

e) cantidad de productos sujetos a impuestos especiales."

En principio, según considera la Comisión, la evaluación de la finalidad personal o comercial de los productos transportados debe realizarse tras un examen del conjunto estos criterios. Además, correspondería en todo caso a la Administración respectiva desmontar la presunción, construida sobre la base del principio de libre circulación, de la finalidad personal de los productos transportados por particulares[22]. Dentro de estos criterios el factor de la cantidad adquiere una especial relevancia desde el momento en que la Directiva dedica el artículo 32.3 a establecer unos niveles indicativos mínimos que, en principio sirven "exclusivamente como elemento de prueba", tanto para el tabaco como para las bebidas alcohólicas:

- Impuesto especial sobre las labores del tabaco:
  - cigarrillos: 800 unidades,
  - cigarritos (cigarros de un peso máximo de 3 g/unidad): 400 unidades,
  - cigarros: 200 unidades,
  - tabaco para fumar: 1,0 kilogramo.

- Impuesto especial para bebidas alcohólicas:
  - «aguardientes»: 10 litros,
  - «productos intermedios»: 20 litros,
  - vino: 90 litros (de los cuales 60 litros como máximo de vino espumoso),
  - cerveza: 110 litros."

---

[19] Existe una presunción *iuris tantum* de que la condición mercantil del sujeto que transporta los productos excluye la posibilidad de que estos se destinen al uso propio. De todos modos, habrá que atender a la actividad concreta del sujeto para considerar si puede o no emplear estos productos con fines comerciales y que no realiza esta adquisición a título particular y para "uso propio". Pensemos por ejemplo en un peluquero que adquiere 30 cajetillas de tabaco, su condición es obviamente diferente a si lo hace el titular de un establecimiento de distribución de tabaco.

[20] Evidentemente, no es lo mismo que el sujeto lleve los productos en su equipaje de mano a que haya fletado un camión para transportar 1.000 litros de cerveza o que transporte tabaco escondido en el doble fondo de un maletero.

[21] En este caso, cobra especial relevancia la factura o ticket, que permitirá demostrar que el particular ha pagado los impuestos especiales correspondientes en el Estado de origen.

[22] COM (2004) 227 final, pág. 25.

En el caso de los hidrocarburos, las Directivas comunitarias han sido mucho más rígidas a la hora de calificar como uso propio las adquisiciones por particulares de productos ya despachados a consumo en otro Estado miembro[23]. En concreto, el artículo 32.4 de la Directiva 2008/118/CE permite al Estado de consumo exigir sus propios impuestos especiales si el carburante se transporta "mediante formas de transporte atípicas". Es decir, fuera del depósito ordinario del vehículo, de los bidones de reserva adecuados o de los camiones cisterna autorizados[24].

La indeterminación cuantitativa de estos términos, en especial el de los bidones de reserva, no contribuye en absoluto a la seguridad jurídica. Resulta de todo punto deseable que, al igual que existe para el tabaco y las bebidas alcohólicas, se determinara con más precisión el volumen de hidrocarburos que se considera dentro del "uso propio"[25].

En el caso de los profesionales, el límite establecido en el artículo 24 de la Directiva 2003/96/CE es aún más estricto que el previsto para los particulares, al circunscribir la tributación en origen al combustible transportado en "depósitos fijados de manera permanente por el constructor" o, en su caso, en "contenedores especiales y destinados a ser utilizados para el funcionamiento, durante el transporte, de los sistemas que equipan dichos contenedores".

3. Una distorsión real con difícil solución

El *cross-border shopping* constituye una distorsión al mercado interno de los Estados miembros.

Aunque las instituciones comunitarias a veces lo valoran positivamente como un síntoma de dinamismo del mercado, la realidad es que cuando los agentes adoptan sus decisiones exclusivamente por motivos fiscales aquellos Estados que pueden reducir su presión fiscal se ven beneficiados. Dado que en la fiscalidad indirecta, merced al avanzado estado de armonización, los Estados no pueden crear regímenes especiales para atraer las compras transfronterizas, únicamente existe una competencia a través de los tipos básicos de IVA, o de los impuestos especiales. En el caso de la UE, hemos comprobado como las diferencias de tipos, especialmente en los bienes sujetos a impuestos especiales, son significativas. Esto provoca que en las regiones fronterizas muchos ciudadanos adquieran tabaco, combustible y bebidas alcohólicas en un Estado diferente al que finalmente realizarán el consumo de estos productos. Teóricamente, la elevada imposición a que se ven sometidos estos productos tiene como trasfondo fines extrafiscales, principalmente la protección de la salud y el medio ambiente. Si el Estado que debe asumir estos costes no es el que recibe la contraprestación económica en forma de impuestos estamos, claramente, ante una distorsión al mercado y a su soberanía.

En la UE Estados como Luxemburgo se han beneficiado de manera sistemática de su situación fronteriza y de un sistema de fiscalidad indirecta baja para atraer compras transfronterizas desde otros Estados miembros, principalmente tabaco y carburantes. ¿Cuál puede ser la solución?

---

[23] "Se trata de una presunción de mucho mayor calado que la que puede existir respecto a otros factores indiciarios". GONZÁLEZ-JARABA, M., "Los impuestos especiales de ámbito comunitario…", *op. cit.*, pág. 198.

[24] Artículo 32.4

"Respecto a la adquisición de hidrocarburos ya despachados a consumo en otro Estado miembro, los Estados miembros podrán asimismo disponer que el impuesto sea devengado en el Estado miembro donde se consuma, siempre que el transporte de dichos productos se efectúe mediante formas de transporte atípicas realizadas por un particular o por cuenta de este."

[25] El Tribunal se ha pronunciado respecto a las "formas de transporte atípica" en la STJUE de 15 de noviembre de 2007, *Fredrik Granberg*, asunto C-330/05, en la que considera que el traslado por un particular de 3.000 litros de gasóleo de calefacción en una furgoneta, dentro de "grandes recipientes para granel" constituye una "forma de transporte atípica" en el sentido del anterior artículo 9, apartado 3, de la Directiva 92/12, en su versión modificada por la Directiva 92/108 (que encuentra su equivalente en el actual artículo 32.4 de la Directiva 2008/112) y, por tanto, puede ser sometido a tributación por el Estado miembro donde se consuma. En estos casos, tal y como se contempla en el actual artículo 33.6 de la Directiva 2008/112, el impuesto especial abonado en el Estado de origen será devuelto, previa petición a las autoridades competentes del otro Estado miembro que haya determinado que el devengo y la recaudación se han producido en su territorio.

Reducir aún mas el concepto de uso propio, especialmente en relación a las cantidades, nos parecería apropiado, particularmente respecto a las bebidas alcohólicas, en las que las cantidades de la Directiva superan el consumo medio de un año de un ciudadano europeo. Sin embargo, la dificultad para realizar controles sistemáticos en frontera entre Estados miembros supone un claro obstáculo a esta práctica.

Avanzar en la armonización de tipos es otra solución. No obstante, los principales focos de cross-border shopping no se encuentra entre Estados miembros con tipos bajos, sino entre Estados que han elevado los tipos muy por encima de la media de la UE. Es el caso de las compras transfronterizas de franceses en el Reino Unido o de daneses en Suecia. De este modo, elevar aún más los tipos mínimos apenas reduciría el *cross-border shopping* pero sí expondría más el mercado europeo al contrabando.

Por último, existen medidas unilaterales que los Estados han ido adoptando y que suponen soluciones parciales para problemas concretos. En el caso de Italia, por ejemplo, a los ciudadanos que habitan en zonas cercanas a la frontera se les han facilitado descuentos en carburante para reducir sus incentivos de acudir a repostar a Eslovenia, Austria o Francia, con menores impuestos especiales sobre los hidrocarburos. En Finlandia o Austria, por su parte, el tabaco transportado desde otro Estado miembro, para beneficiarse de los amplios márgenes del uso propio debe estar etiquetado y con las advertencias de seguridad de su propia normativa. Aunque encontremos estas medida adecuadas a un contexto concreto de la conflictividad europea en este campo, desde luego no son las soluciones globales que necesita este problema. Obviamente, el principal escollo a superar es el requisito de unanimidad en el Consejo para avanzar en la armonización de la fiscalidad indirecta, adoptando medidas concretas. Nada menos que 28 derechos de veto. Tal vez nos hemos equivocado en algunas cosas al construir Europa.

PANORAMA NORMATIVO SUPRANACIONAL DEL DELITO DE ACCESO ILÍCITO A UN SISTEMA INFORMÁTICO

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Profesora Ayudante de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

El presente estudio efectúa un análisis comparativo de la normativa de carácter supranacional que, en materia de acceso ilícito a un sistema informático, condujo a la introducción del nuevo apartado 3 en el artículo 197 del Código penal. Ello con la pretensión de dar a conocer al lector cuál ha sido el origen y la evolución de una una figura delictiva de nula tradición jurídico-penal -aunque no práctica- en nuestro ordenamiento.

Computer related crime - computer crime - acceso ilícito a un sistema informático - intrusismo informático - recomendación 1989 (9) - convenio sobre cibercrimen - decisión marco 2005/222/JAI

I. INTRODUCCIÓN

La tipificación del delito de acceso ilícito a un sistema informático es o, más bien, debiera ser a día de hoy, una realidad en nuestro ordenamiento jurídico, pues el apartado 3 del artículo 197 del Código penal ha pretendido constituir la transposición de sendos artículos 2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 22 de febrero, del Consejo de la Unión Europea, relativa a los ataques a sistemas de información, y del Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001, ratificado por el Estado español el 3 de junio del año 2010.

No obstante, aunque la introducción de esta infracción no ha tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico-penal hasta el año 2010 (a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), la voluntad supranacional de armonizar las legislaciones nacionales por lo que se refiere a este tipo delictivo procede de las primeras manifestaciones -en la década de los 70- tendentes a proponer la tipificación uniforme en los Estados de ciertos comportamientos vinculados a la informática, a los que se les ha dado cobijo bajo la denominación genérica de delincuencia informática.

El presente estudio efectúa un recorrido legislativo de estas propuestas en tanto antecedentes lógicos de los dos instrumentos normativos de carácter vinculante citados, los cuales, en este sentido, han supuesto la culminación de la voluntad supranacional de armonización legislativa en la materia. Ello con la pretensión de dar a conocer al lector cuál ha sido el origen y la evolución de una una figura delictiva de nula tradición jurídico-penal -aunque no práctica- en nuestro ordenamiento.

I. ACCESO ILÍCITO: EL ORIGEN

El primer planteamiento en materia de criminalidad informática surgió en la *12th Conference of Directors of Criminologidal Reserch Institutes: Criminological Aspects of Economic Crime* del Consejo de Europa, celebrada en el año 1976 en Estrasburgo, en el seno de la cual se promovió la necesidad de dar respuesta penal a todo un amplio abanico de delitos económicos cuya comisión estaba siendo reiterada a través del uso de la informática[1].

En la década de los 80, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) creó un Comité de Expertos en Delincuencia Informática con el fin de discutir las posibilidades de una armonización del Derecho penal a nivel internacional en materia de delincuencia informática. Concretamente, en 1986, el Comité sugirió a los Estados miembros de la organización mediante el Informe "*Computer-related crime – analisys of legal policy"* la

[1] SCHJOLBERG, S. (2008): The History of Global Harmonization on Cybercrime Legislation - The Road to Geneva, pág. 2, disponible en www.cybercrimelaw.net/documents/cybercrime_history.pdf

adopción de medidas en relación con una lista de actos que consideró el común denominador para el acercamiento de las respectivas legislaciones [2]. En el quinto número de dicha lista se enunciaba "*el acceso o la interceptación de una computadora y/o sistema de telecomunicaciones realizada con conocimiento y sin la autorización de la persona responsable del sistema, bien infringiendo medidas de seguridad, o bien por cualquier otra finalidad deshonesta o dañina*"[3].

II. EL PRIMER DESARROLLO: LA RECOMENDACIÓN DE 1989

El contenido de dicho Informe fue desarrollado por la Recomendación 89 (9), del Consejo de Europa, adoptada el 13 de septiembre de 1989, sobre delincuencia informática, que recogió también en el quinto puesto de una lista que consideró de mínimos[4] una propuesta específica de incriminación del "*acceso ilícito a un sistema informático o red infringiendo medidas de seguridad*"[5].

La Recomendación confirió un contenido más concreto a la conducta mediante la introducción de diferentes requisitos en la descripción que, de un lado, supusieron la ampliación de la misma, mientras que, de otro, implicaron su restricción respecto del texto del Informe. Véanse a continuación cuáles fueron estos contenidos:

a. La conducta de acceso se deslindó de la de interceptación, previéndose ambas ya no de forma conjunta, sino separadamente. Así, la conducta de acceso ilícito (*access without right*) se describió de la siguiente forma: *El acceso ilícito a un sistema informático o a una red de ordenadores infringiendo medidas de seguridad*[6]. Como puede observarse, se exigieron unos medios comisivos determinados: la infracción de medidas de seguridad (*by infringing security measures*), lo que implicó la posibilidad de entender realizado el acceso al sistema no sólo a través de la utilización de medios técnicos, sino por medio de cualquier procedimiento

---

[2] El informe propuso incriminar los siguientes hechos:

1. The input, alteration, erasure and/or suppression of computer data and/or computer programs made willfully with the intent to commit an illegal transfer of funds or of another thing of value;

2. The input, alteration, erasure and/or suppression of computer data and/or computer programs made willfully with the intent to commit a forgery;

3. The input, alteration, erasure and/or suppression of computer data and/or computer programs, or other interference with computer systems, made willfully with the intent to hinder the functioning of a computer and/or telecommunication system;

4. The infringement of the exclusive right of the owner of a protected computer program with the intent to exploit commercially the program and put in on the market;

5. The access to or the interception of a computer and/or telecommunication system made knowingly and without the authorization of the person responsible for the system, either (i) by infringement of security measures or (ii) for other dishonest or harmful intentions.

[3] "*5. The access to or the interception of a computer and/or telecommunication system made knowingly and without the authorization of the person responsible for the system, either (i) by infringement of security measures or (ii) for other dishonest or harmful intentions."* Computer related crime - analysis of legal policy, Paris, 1986, pág. 79. 18. OCDE

[4] La Recomendación contiene dos listas: una lista de mínimos y una lista opcional. La lista de mínimos recoge aquellas conductas que entrañan un relevante peligro en la práctica, cuya incriminación resulta absolutamente necesaria en atención a su especial peligro y nocividad. Concretamente, las de fraude informático, falsificación informática, daños a datos o programas informáticos, sabotaje informático, acceso no autorizado, interceptación no autorizada reproducción no autorizada de un programa informático protegido y reproducción no autorizada de la topografía. Esta lista tiene como suplemento una lista opcional, que incluye comportamientos cuya relevancia práctica todavía es escasa, debido a su todavía pequeña incidencia, pero cuyo incremento puede ser una realidad en el futuro. En ellas se enumeran la alteración de datos o programas informáticos, el espionaje informático, el uso no autorizado de un ordenador, el uso no autorizado de un programa de ordenador protegido. Para una mayor concreción sobre este punto, véase BEQUAI, A. (1990). Recomendation (89) 9 on computer-related crime. Report by the European Committee on Crime Problems. Strasbourg: Council of Europe, pág. 33.

[5] *"Unauthorized access. The access without right to a computer system or network by infringing security measures"*.

[6] *"Unauthorized interception. The interception, made without right and by technical means, of Communications to, from and within a computer system or network".*

posible, por ejemplo, accediendo físicamente y usando la contraseña correcta pero habiéndola obtenido ilícitamente mediante la averiguación subrepticia al administrador o al propietario del sistema.

b. Otorgó mayor contenido a la conducta, incluyendo la expresión "ilícitamente" en lugar de la de "sin autorización". En este sentido, tal y como se explicó en el Informe del Comité, el uso de esta expresión tuvo un carácter deliberado, en la medida en que se trata de un concepto más amplio y que permite incluir un mayor número de acciones en la descripción, como, por ejemplo, el incumplimiento de una relación contractual[7]. Del mismo modo, sustituyó el concepto de sistema de telecomunicaciones (*telecommunication system*) por los de sistema informático (*computer system*) y red de telecomunicaciones (*network*), hecho que permitía englobar tanto comunicaciones internas como externas.

c. Por otra parte, la Recomendación mantuvo la distinción del Informe por lo que respecta a las conductas que afectan a los datos o programas informáticos (*computer fraud, computer forgery, damage to computer data or computer programs*, *computer sabotage, alteration of computer data or computer programs, unauthorized reproduction of a protected computer program* y *unauthorized use of a protected computer program*) de aquellas que afectan al propio sistema (*unauthorized access, unauthorized interception* y *unauthorized use of a computer),* así como aquellas que provocan una interferencia en el curso del procesamiento de datos o en programas informáticos (*computer fraud - computer forgery*) del mero acceso ilícito a un sistema sin repercusión alguna en el funcionamiento del mismo (*unauthorized acces*). Asimismo, distinguió también el acceso no autorizado (*unauthorized acces*) y el uso no autorizado del ordenador (*unauthorized use of a computer*), este último recogido en la lista opcional.

d. Finalmente, el Informe Final del Comité a la Recomendación explicaba que el interés protegido sería la seguridad del propio sistema o red informáticos, expresada en la inviolabilidad del domicilio informático, al que se ofrecería protección ya en un estadio temprano con el fin de evitar posteriores peligros, como el espionaje industrial o los daños informáticos. El objeto material del delito estaría constituido por el sistema informático (*computer system*) o la red de ordenadores (*networks*), definido como un complejo de dos o más ordenadores interconectados con independencia del método utilizado para ello. Además, el acceso tendría lugar tanto en la ausencia de una autorización del titular, como excediendo los permisos concedidos por éste; y las medidas de seguridad podrían ser infringidas bien a través de su superación o bien mediante su desviación, dejando a la voluntad de los Estados la consideración de cuáles deberían ser estas medidas aunque estableciendo el límite de no exigir la superación del más alto grado de seguridad, caso en el que el delito sobrevendría inaplicable. A tal efecto, en la práctica únicamente sería necesario probar la existencia de la medida en el sistema al tiempo de cometer el delito. En último lugar, proponía como posibilidad la restricción del alcance de la aplicación del delito mediante el requerimiento de una intención subjetiva, como hacía el informe de la OCDE –que exigía intenciones deshonestas o dañinas– o a través de la previsión de un derecho premiante para los casos en que el accedente diera inmediata noticia del acceso y de las vulnerabilidades del sistema a la víctima o a las autoridades[8].

Si bien la Recomendación (89) 9 llevó a cierto grado de aproximación las legislaciones nacionales, no logró su objetivo de alcanzar una política penal uniforme, pues subsistían discrepancias considerables entre los Estados miembros de la organización. Por lo que respecta al acceso ilícito, algunos países castigaban el acceso al propio ordenador (Dinamarca, Francia, Suecia, Estados Unidos), mientras que en otros (como Canadá, República Federal de Alemania, República Democrática Alemana, Noruega) la protección se ofrecía únicamente a los datos informáticos (especialmente personales) cuando se obtenían ilegalmente o era interceptados. El profesor KASPERSEN reseñaba tal circunstancia en su "Informe sobre la

[7] En general, la estructura de la Recomendación tiene en un patrón uniforme, de forma que la redacción es la misma para todas las conductas enunciadas. En este sentido, todos los aspectos comentados en relación con el acceso no autorizado pueden predicarse también de las restantes conductas. BEQUAI, A. (1990). Recomendation (89) 9 on … *op. cit.*, pág. 35.

[8] BEQUAI, A. (1990). Recomendation (89) 9 on … *op. cit*, págs. 49 a 53.

Aplicación de la Recomendación (89) 9", concluyendo que "*debería recurrirse a un instrumento jurídico que implicara mayor compromiso que una recomendación, tal como un convenio*"[9].

III. LA RESPUESTA A KASPERSEN: LOS INSTRUMENTOS VINCULANTES

A) CONSEJO DE EUROPA: EL CONVENIO SOBRE CIBERCRIMINALIDAD

Acogiendo la propuesta del profesor, se creó ese mismo año en el propio Consejo de Europa un Comité Especial de Expertos sobre Delitos relacionados con el empleo de Ordenadores, al que se le atribuyó un único cometido: elaborar un instrumento internacional de carácter vinculante capaz de asegurar la eficacia necesaria en la lucha contra esta nueva forma de delincuencia[10]. El resultado del trabajo de dicho Comité fue el vigente Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001.

El Convenio mantiene, en general, las directrices desarrolladas por la Recomendación (89) 9 del Consejo de Europa, de la que conserva en su mayor parte tanto la redacción como el contenido. Si bien, en este caso, el primer delito cuya incriminación propone es el de acceso ilícito a un sistema informático. Así, el artículo 2 define el acceso ilícito como "*el acceso intencionado e ilícito a la totalidad o a una parte de un sistema informático*"[11]. Además, el párrafo segundo de dicho precepto faculta a los Estados para establecer algunas exigencias a la hora de configurar la infracción penal: "*requerir que el hecho sea cometido infringiendo medidas de seguridad o con la finalidad de obtener datos informáticos u otra finalidad deshonesta o, en relación con los sistemas informáticos, que se encuentren conectados a otros sistemas informáticos*"[12].

Como la Recomendación, conserva desglosadas las conductas de acceso e interceptación, recogiéndolas de forma consecutiva en los artículos 2 y 3 respectivamente y, al igual que en ésta, mientras que el acceso se predica respecto del propio sistema, la conducta de interceptación viene referida a los datos informáticos contenidos en él o destinados por o hacia él, con el objetivo último de proteger la privacidad.

Tres cuestiones más deben resaltarse respecto de los elementos del tipo que introduce el texto de la Convención:

a. Se especifican dos modalidades de acceso, que abarca la entrada tanto a la totalidad del sistema informático como a alguna parte del mismo. Este término incluye el ingreso a otro sistema informático que esté conectado a través de redes de telecomunicaciones públicas o a un sistema conectado a la misma red o a una Intranet que opere en el seno de una organización, con independencia del método de comunicación utilizado[13]. Aunque se elimina el

---

[9] KASPERSEN, H.W.K. (1997): Implementation of Recommendation N° R (89) 9 on computer-related crime, Report prepared by Professor Dr. H.W.K. Kaspersen, doc. CDPC (97) 5 y PC-CY (97) 5, pág. 106.

[10] Para más información, véase Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, accesible en http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm.

[11] *"Article 2 – Illegal access. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the access to the whole or any part of a computer system without right".* Debe hacerse notar una discordancia entre la versión oficial del Convenio en lengua inglesa y la traducción oficial en español, pues mientras la versión inglesa mantiene la expresión "ilícitamente" (*without right*), la traducción oficial española del Convenio emplea la de "sin autorización". Debe manifestarse, por tanto, el desacuerdo de este estudio con la traducción oficial del Convenio realizada en español en la medida en que, con independencia de las consecuencias que ello pueda tener en la transposición de dicha norma a la legislación española, en el Informe a la Recomendación ya se expresó la voluntad de los redactores de no utilizar dicha expresión. En este caso, sin embargo, el "*Explanatory Report*" no efectúa mención alguna en este punto, hecho que induce a pensar que se manifiesta implícitamente conforme con el Informe Final a la Recomendación. Vid. *supra* II.

[12] *"… A Party may require that the offence be committed by infringing security measures, with the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system".*

[13] Para más información, véase Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, párrafo 46, accesible en http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm.

término red de ordenadores (*networks*) se entiende, esta vez, incluido dentro del concepto de sistema. Además, la conducta puede ser limitada a través de la exigencia de que el delito se haya cometido contra un sistema informático que esté conectado de forma remota a otro sistema informático, hecho que supone excluir la situación en que una persona accede físicamente a un ordenador; pero esta posibilidad es, simplemente, una facultad de los Estados[14].

b. La infracción de medidas de seguridad ya no se concibe como un elemento obligatorio del tipo sino también como uno opcional.

c. Con la expresión "intencional" se restringe la parte subjetiva del tipo a la modalidad de comisión puramente dolosa. Ningún tipo de imprudencia cabe en la incriminación de la conducta pero, en cambio, es posible añadir elementos subjetivos específicos al dolo del autor: la finalidad de obtener datos informáticos u otra finalidad deshonesta. Se recupera en este punto la redacción utilizada en el Informe de la OCDE, que había sido abandonada por la Recomendación (89) 9 pero sí considerada como una opción.

En consecuencia, mientras que en el Convenio se efectúa una mayor concreción de ciertos aspectos de la parte objetiva del tipo que no aparecían en la Recomendación (a. modalidades de comisión), dos elementos (b. la infracción de medidas de seguridad o c. la exigencia de una finalidad añadida) que conformaban elementos facultativos en el Informe de la OCDE y, uno de ellos, la infracción de medidas de seguridad, parte del tipo en la Recomendación (89) 9 del Consejo de Europa, se convierten ahora únicamente en posibilidades a tener en cuenta por los legisladores nacionales, que pueden o no incluir tales elementos al efectuar la transposición a sus respectivos Derechos internos.

B) UNIÓN EUROPEA: LA DECISIÓN MARCO 2005/222/JAI

Entretanto, en el ámbito de la Unión Europea, esta preocupación se materializó en la aprobación de una disposición sobre la materia: la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de fecha 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques a los sistemas de información.

La estructura de la Decisión es muy similar a la del Convenio ya que, de hecho, salvo por la denominación que se atribuye a los delitos, la Decisión Marco constituye prácticamente una reproducción del contenido del Convenio. Así, también es el artículo 2 el que obliga a los Estados miembros de la Unión a incorporar un precepto en su Código penal sancionando el "acceso ilícito a los sistemas de información". Dicho artículo reza lo siguiente: "*Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acceso intencionado e ilícito a la totalidad o a una parte del sistema de información sea sancionable como delito, al menos en los casos de menor gravedad*"[15]. Además, igual que ya hacía el Convenio, recoge la facultad de que cada Estado miembro pueda decidir que la conducta de acceso sea "*únicamente delito cuando se realice infringiendo medidas de seguridad*"[16].

Pocos son los cambios que pueden reseñarse en relación con la descripción del acceso ilícito ofrecida en el Convenio, pues, en coherencia con lo que se ha comentado, el contenido de la propuesta de tipificación es prácticamente idéntica. Si bien, dos cuestiones deben resaltarse al respecto.

a. La opción que el Convenio concede a los Estados miembros de añadir ulteriores exigencias para configurar la conducta se reduce a una sola posibilidad: la infracción de medidas de seguridad. La práctica eliminación de esta facultad puede crear, en mi opinión, importantes diferencias en las legislaciones de los Estados, conduciendo como mínimo a la mengua de la consecución de la finalidad armonizadora. Así, si un Estado miembro de la Unión

---

[14] Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, párrafo 50, accesible en http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm.

[15] *"Article 2. llegal access to information Systems 1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the intentional access without right to the whole or any part of an information system is punishable as a criminal offence, at least for cases which are not minor"*.

[16] *"… 2. Each Member State may decide that the conduct referred to in paragraph 1 is incriminated only where the offence is committed by infringing a security measure"*.

incluye alguno de los elementos facultativos previstos en el Convenio y que no figuran en el texto de la Decisión -algo que en la práctica por el momento todavía no ha sucedido-, dicho Estado habrán introducido en la descripción del tipo penal elementos que restringirán la subsunción de hechos típicos que deberían ser incardinables conforme a la redacción propuesta por la Decisión, hecho que podría considerarse una incorrecta transposición de las obligaciones derivadas de la Decisión. Lo anterior supone, además, que -aunque en pocos casos- aquellos países que formen parte únicamente del Convenio gozarán de mayor libertad para configurar la conducta, mientras que los Estados miembros de la Unión que no hayan ratificado el Convenio verán muy reducida esta posibilidad.

b. Además, en lugar de acoger la expresión "sistema informático" la Decisión alude a "sistema de información", si bien la definición ofrecida de este concepto por ambas normas se corresponde en sus términos. Así, se define sistema de información como "*todo dispositivo o grupo de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por estos últimos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento*". Esta noción de sistema de información es la misma que la recogida en el Convenio aunque más completa, ya que menciona expresamente cuáles son las funciones específicas de los programas informáticos: el almacenamiento, tratamiento, recuperación y transmisión de los datos, atribuyéndoles una serie de características básicas: conseguir el funcionamiento del sistema a través de la utilización, la protección y el mantenimiento de los datos informáticos. El programa informático conforma, así, el eje motor del funcionamiento del sistema de información.

En definitiva, con el Convenio y la Decisión Marco el delito de acceso ilícito se consolida en cuanto a estructura y contenido conforme a la descripción típica de la Recomendación, que ambas normas mantienen en todos sus términos con las precisiones realizadas al respecto. A esta consolidación contribuirá, además, el hecho de que la transposición del delito no solo se lleve a cabo en el seno de la Unión Europea, sino también en los ordenamientos de todos aquellos países que ratifiquen o hayan ratificado el Convenio sobre Cibercriminalidad.

IV. CONCLUSIONES

La preocupación por las conductas de acceso ilícito a los sistemas informáticos ha sido una constante a lo largo de las tres últimas décadas. La evolución legislativa estudiada pone de manifiesto que la incriminación de esta conducta como delito se ha mantenido inmutable desde su primera propuesta de tipificación allá por 1986. En este sentido, es importante no soslayar que el acceso ilícito constituyó a nivel supranacional una de las primeras conductas cuya punición se reclamó en el momento en que la expresión delincuencia informática podría considerarse, todavía, un término incipiente. Y es que no solo se ha propuesto en las sucesivas recomendaciones a los Estados la inclusión en sus respectivos Códigos penales de un delito a través del cual se sancionara esta conducta, sino que, además, se han aprobado normas de carácter vinculante con este cometido: el Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001 y la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 22 de febrero de 2001, relativa a los ataques a sistemas de información.

Nótese, al respecto, que la formulación inicial de la conducta se ha mantenido inalterada a lo largo del tiempo, salvo nimias modificaciones tendentes a concretar y a aumentar el nivel de injusto –pero nunca a alterar elemento alguno de la descripción típica– en la configuración del tipo. Como corroboración de lo anterior, véase a continuación la esquematización de las cuestiones comentadas:

a. Concreción de la conducta:

a.1 Separación de otros comportamientos con distinto contenido de injusto: La conducta ha sido deslindada respecto de otras, poniendo de manifiesto que no integra su contenido ni la provocación de interferencias o de repercusión alguna en el funcionamiento del sistema informático, ni tampoco el uso del ordenador por quien accede ilícitamente a él.

a.2 Especificación de las modalidades comisivas del delito: el acceso puede ser parcial o total (expresión un tanto confusa y nada explicada en los Informes anejos a las respectivas normas) y no es necesario que deba realizarse de forma remota desde otro equipo informático. Así, puede tener lugar tanto a distancia como mediante un acceso físico al sistema informático, hecho que demuestra que la intención del legislador supranacional no es castigar simplemente la conducta del llamado hacker, con un perfil criminológico determinado, sino cualquier acceso a un sistema informático a través del cual puedan ponerse en peligro distintos bienes jurídicos de mayor entidad.

b. Ampliación del contenido típico:

b.1 En la primera formulación de la conducta, la vulneración de las medidas de seguridad se integraba en la descripción típica como elemento de la parte objetiva. Posteriormente, sin embargo, se consideró que el mero acceso ilícito al sistema, con independencia de que se hubiesen o no vulnerado medidas de seguridad, ya constituía una conducta con el suficiente desvalor como para ser sancionada penalmente. Así, la exigencia relativa a la vulneración de medidas de seguridad se concibió como una posibilidad facultativa para los Estados, junto con la cual se previeron otras tantas tanto en el plano objetivo como subjetivo.

b.2 Esta ampliación del contenido típico puede observarse también en la sustitución de la expresión sin autorización "*unauthorized access*" por el término ilícitamente "*access without right*", cuyo contenido resulta circunscrito, en primer lugar, al tenor de la ley y, después, al consentimiento del propietario del sistema informático.

En conclusión, a nivel supranacional la persecución y punición del acceso ilícito a un sistema informático ha sido considerada una cuestión de primer orden. La evolución incriminatoria ha tendido, en este sentido, a reducir los elementos exigidos desde un punto de vista objetivo, ampliando el ámbito típico hacia una mayor inclusión de comportamientos posibles, de tal forma que la propuesta básica de tipificación abarca las máximas posibilidades de subsunción. Así pues, todas las iniciativas se han encaminado a conseguir una sanción armonizada cada vez más agresiva, limitada únicamente por el carácter doloso de la conducta.

LA TUTELA DE LOS ANIMALES DOMÉSTICOS EN EL DERECHO PENAL

Cristina Moreno Jiménez
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Resumen

En España son muchos los animales que cada año son abandonados y maltratados incluso a manos de sus dueños, dando lugar a la muerte de los animales, y a unos extremos de crueldad intolerables. Hace algunos años, las asociaciones en defensa de los animales empezaron a reclamar penas privativas de libertad para el abandono y el maltrato de animales. De este modo, y a la vista de de varios episodios de violencia contra los animales, se introdujo con la reforma del año 2003 del Código Penal como delito, en el art. 337, el maltrato con ensañamiento e injustificado a animales domésticos, ya que hasta entonces el maltrato cruel era recogido en el Código Penal de 1995, como falta. Sin duda alguna, esta modificación supuso un paso importante para aquellos que reclamaban una defensa de los animales, aunque no suficiente, por ello con la aprobación de la LO 5/2010 de 22 de junio, se modifica el art. 337, eliminando algunos requisitos que dificultaban la aplicación del precepto. No obstante, el dotar de protección penal a los animales, así como la delimitación del bien jurídico no ha estado exento de polémica.

Abstract

Every year in Spain, there are lots of animals abandoned and abused even at the hands of their owners, resulting in the death of animals, and with intolerable cruelty ends. A few years ago, the associations in defense of animals began to demand imprisonment for neglect and abuse of animals. Thus, and in view of several episodes of violence against animals, the 2003 reform of the Criminal Code offense was introduced (art. 337) the abuse and unjustified cruelty to domestic animals. Until then the cruel mistreatment was collected in the 1995 Penal Code, as a fault. Undoubtedly, this change was an important step for those claiming in defense of animals, but not sufficient, so with the approval of LO 5/2010 of June 22, amending art. 337 and eliminating some requirements that hinder the application of the rule. However, the criminal protection of animals, and the delimitation of the legal has not been without controversy.

Palabras Clave: LO 15/2003, LO5/2010, artículo 337, delito de maltrato animal, bien jurídico protegido en maltrato animal.

1. INTRODUCCIÓN.

Hace algunos años, las asociaciones en defensa de los animales, empezaron a reclamar penas privativas de libertad para el abandono y el maltrato de animales dada la ineficacia y el fracaso del Derecho Administrativo en la protección de animales. En nuestro país, a raíz de varios casos que calaron en la opinión pública, como el de la perrera de Tarragona en 2001, donde aparecieron quince perros brutalmente mutilados[1], el ahorcamiento de un pastor alemán en Algeciras, o el maltrato de un caballo que permaneció dos días tumbado a poca distancia de la carretera con una fractura en la pata mientras su dueño trataba de rematarlo con un martillo[2], dieron lugar a que se modificara la regulación relativa a la protección de los animales en el Código Penal, ya que hasta entonces estos hechos se consideraban como delitos o faltas de daños a la propiedad ajena y eran sancionados con una irrisoria multa. A la vista de estos episodios de violencia contra los animales domésticos y otros similares se puede decir que la modificación operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, es fruto de las presiones realizadas por determinadas asociaciones protectoras [3]

La reforma de 2003, incorpora el delito del Art. 337 con el fin de castigar a los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que les produjeran un menoscabo físico, previendo para estos casos las penas de prisión de tres meses a un año, mas inhabilitación especial de uno a tres para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tuviera relación con los animales. Hasta ese momento, el maltrato cruel era recogido en el texto originario del Código Penal de 1995 en el Art.632, como una falta, castigando con una pena de multa de diez a sesenta días. No obstante, pese a la introducción del delito de maltrato la falta se mantuvo, modificándose su redacción originaria para ajustarse al contenido del delito del Art. 337 mencionado.

Además, la reforma de 2003 introdujo el Art. 631, en cuyo apartado primero se regula la suelta de animales feroces o dañinos y en el segundo, el abandono de animales domésticos en condiciones de riesgo para su vida o su salud.

Con la LO 5/ 2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, se modifica el Art. 337, quedando descrito el hecho prohibido de la siguiente manera:

"El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio, o comercio que tenga relación con los animales."

Como se dice en el preámbulo, se ha procedido a eliminar el requisito de ensañamiento, que junto a la palabra injustificadamente, dificultaba de manera notable la aplicación del precepto ya que en este delito. La palabra *ensañamiento,* no funcionaba como agravante, sino como elemento constitutivo de la infracción. Así, el contenido del injusto recaía concretamente en el acto de ensañamiento, hasta el punto que de no concurrir tal elemento, la conducta quedaba impune.[4]

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La delimitación del bien jurídico en los tipos penales relacionados con animales y especialmente en el maltrato animal, ha generado discusiones y a plantearse la pregunta de si es necesario ofrecerles protección en vía penal como expresión de la incapacidad de otras ramas del ordenamiento para otorgar una protección a los animales. En este sentido, a juicio

---

[1] Requejo Conde C." El delito de maltrato animal" *La Protección Penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato animal.* Comares. Granada 2010. Pág. 2

[2] Hava García E. *La tutela Penal de los Animales*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2009.p.13

[3] En el año 2002, la Fundación Altarriba presento cerca de 600.000 firmas solicitando a las Cortes la tipificación del maltrato animal

[4] Hava García E. *La tutela Penal de los Animales*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2009.p. 134

de autores como Marc García Solé, la tutela penal estaría justificada por dos factores: en primer lugar, porque al igual que la sociedad reclamó que a través del Derecho Penal se hicieran efectivas determinadas condiciones para que el hombre pudiese disfrutar de un medio ambiente saludable, también es de reclamo que sea el Derecho Penal el instrumento que intervenga cuando aquellos seres que forman parte del medio natural, sean maltratados. En segundo lugar, se justificaría por un lado por el fracaso del Derecho Administrativo, y por otro porque no se vulnera el principio de última ratio cuando se pide intervención penal, pues sólo es para las conductas más graves con los animales.[5]

Sobre el bien jurídico, hay varias posiciones, las más relevantes son:

- **El medio ambiente como bien jurídico protegido**; El delito de maltrato animal, Art. 337, actualmente se ubica entre los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, pero como se sabe, este artículo fue incluido en el 2003, dentro del Capítulo VI del Título XVI, en cuya versión original no se hacía referencia a los animales domésticos. Es esta inclusión la que da lugar a que un determinado sector de la doctrina, considere que el bien jurídico en el maltrato de animales domésticos es el medio ambiente. Otros como Mestre Delgado consideran que ha sido la sensibilización de la sociedad de proteger el medio ambiente lo que ha dado lugar a que el legislador incluya nuevos tipos *"de manera progresiva con los que dar protección adecuada a ese conjunto de bienes y valores que de forma condensada podemos denominar ecológicos y cuya más reciente plasmación ha sido la tipificación de determinadas infracciones contra los animales domésticos."*[6]
  También lo considera como un delito contra el medio ambiente, la doctrina de Wiegand para quien se pone en peligro el medio ambiente cuando se daña la integridad física o psíquica del animal al maltratarlo o matarlo cruelmente constituyéndose como un delito contra el maltrato animal como parte de la naturaleza y contra el medio ambiente.[7]
  En contra de estas opiniones, se sitúa Muñoz Lorente, cuando de manera razonada dice que *"si nuestros legisladores hubiesen estado pensando en que los animales domésticos formaban parte del medio ambiente, o si hubieran querido darle una nueva orientación a ese bien jurídico acrecentándolo con los animales domésticos, no hubiese sido necesario reformar la rúbrica del Capítulo en el que se contiene el artículo 337, para referirse expresamente a los animales domésticos. Si realmente nuestros legisladores procedieron a hacer referencia en la rúbrica del Capítulo a los animales domésticos era porque claramente fueron conscientes de que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato de animales domésticos nada tenía que ver desde el punto del vista del bien jurídico con el resto de los preceptos del Capítulo y del Título en que se encuentran ubicados.*[8]
  Además hay que añadir que los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna no guardan relación con el Art. 337, pues mientras los artículos 334 y 335 hacen referencia al equilibrio biológico y protege a especies de la fauna silvestre, en el Art. 337 se protege a un animal doméstico frente a un maltrato que en absoluto repercute el equilibrio biológico.
- **La moral, y las buenas costumbres como bien jurídico protegido**; Esta perspectiva, entiende que hay que penalizar el maltrato a animales, en la medida en que el maltratador de animales puede convertirse en el fututo en un maltratador de personas, lo que conllevaría un riesgo para la convivencia humana y pacífica.
  Por ello, se entiende que el bien jurídico protegido sería la sociedad, siendo ésta la verdadera titular del bien jurídico colectivo.[9]
  En contra de esta opinión, se argumenta en primer lugar, que si lo que se protege es la moral y buenas costumbres, la protección penal al maltrato solo podría otorgarse

---

[5] García Solé Marc. "El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección". *Revista de bioética y derecho*. Núm. 18, 2010 .p36

[6] Mestre Delgado E. "La ecología como bien jurídico protegido". *La ley penal núm*. 42.2007 p.2

[7] Requejo Conde C.: La Protección.op.cit.pág.32

[8] Muñoz Lorente J. "La protección penal de los animales domésticos frente al maltrato." *La Ley penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Nº 42. Octubre 2007.p 10 y ss.

[9] Hava García. E. La tutela. op.cit. pág. 119

cuando el hecho se cometiera en público, pues como bien apunta J. Muñoz Lorente, si el maltrato se realizase en privado, la conducta seria atípica porque no conllevaría esa posible inducción a la realización de un maltrato hacia las personas. Además la redacción del artículo 337, castiga el maltrato con independencia del lugar donde se produzca. Incluso es así en al caso de la falta del 632.2 pues cuando se recoge "en espectáculos no autorizados legalmente" se delimita el tipo en relación con la normativa administrativa.

- **Los sentimientos de amor y compasión de las personas hacia los animales**; es quizás la que mayor repercusión ha conseguido en la doctrina, pues ha tenido como antecedentes los anteproyectos y proyectos del Código penal de la década de los ochenta, en los que al regularse la falta de maltrato cruel se establecía como requisito que la conducta debía realizarse ofendiendo los sentimientos de los presentes.[10] En este mismo sentido, la doctrina italiana tradicionalmente ha considerado que el bien jurídico tutelado era el sentimiento de piedad que el hombre tiene sobre los animales y que pueden ser vulnerados con conductas que ocasionan a los animales padecimientos injustificados. Roca Agapito[11], siguiendo a Rodríguez Devesa, entiende que el titular del bien jurídico no es el animal, sino que es el hombre lesionado en sus sentimientos por presenciar los malos tratos, y declara que el animal sólo es el objeto material del delito.

  En términos similares se expresa Serrano Tárraga[12] al entender que el castigo del maltrato protege el interés general, que reside en que no se vulneren, esos sentimientos colectivos hacia los animales. No se protege a los animales en sí, sino que lo que se protege e intenta salvaguardar son los sentimientos humanos ofendidos por el maltrato.

  Por tanto, se entiende que el bien jurídico protegido es un bien de carácter colectivo, cuyo titular es la sociedad.

- **La vida e integridad de los animales como bien jurídico protegido**; hay un cierto sector que considera que lo que se protege penalmente es la vida e integridad de los animales. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de octubre de 2007 cuando la misma recoge: "*El bien jurídico protegido es la dignidad del animal como ser vivo que debe prevalecer cuando no hay un beneficio legítimo en su menoscabo que justifique su sufrimiento gratuito"*. En igual sentido se pronunciaron, entre otras, la Sentencia núm. 287/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2004, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida 93/2008, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 116/2008.[13]

  Ríos Corbacho, entiende que el bien jurídico protegido debe ser la integridad física y psíquica del animal como ser vivo, pues a su modo de ver el animal debe tener autonomía e independencia para que se cometan delitos o faltas contra su propio ser. Dentro de esta concepción, hay quienes entienden, que al protegerse la salud y el bienestar de los animales en la tipificación de los malos tratos hacia ellos, se debe suponer reconocerlos como titulares de bienes jurídicos que precisamente serían la vida, integridad física y la dignidad, y por tanto sujetos pasivos del delito en cuestión. Las críticas que ha recibido esta posición, es que si se otorgase al animal el status jurídico de sujeto pasivo también debería ser sujeto activo de toda suerte de delitos, lo que a juicio de algunos es hoy en día descabellado. Sin embargo, otros consideran que los animales pueden ser sujetos de derechos y por tanto sujetos pasivos del delito, pero no sujetos de obligaciones. Muñoz Lorente, al respecto aporta que *"los animales podrían ser equiparados con un niño recién nacido, carente igualmente de raciocinio y de culpabilidad, que posee derechos subjetivos y que por lo tanto puede ser sujeto pasivo de un delito pero no tiene capacidad de cometer delitos."*[14]

---

[10] Ruiz Vadillo. E. "Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal". *Cuadernos de documentación nº 13*. Instituto Nacional de Prospectiva con la colaboración de la Secretaría de Estado para el desarrollo constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980. Pág. 99

[11] Roca Agapito L. "Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal." *Actualidad Penal*. Nº 18. 2000. Pág. 409

[12] Serrano Tárraga. Mª Dolores. "El maltrato de animales". *Revista de Derecho Penal y Criminología.2ª época.* Nº extraordinario. 2. 2004. Pág. 509

[13] www.poderjudicial.es

[14] Muñoz Lorente. J. La protección. op.cit. pág. 13-14

Otra de las críticas realizadas a esta posición es la imposibilidad que tienen los animales de reclamar como víctimas de maltrato. En defensa de esta crítica, autores como Muñoz Lorente dice que nada impide que la defensa de los derechos se lleve a cabo a través de la representación por sustitución de asociaciones protectoras o por el Ministerio Fiscal.[15]

3. OBJETO MATERIAL, ELEMENTOS DE TIPO OBJETIVO, ELEMENTOS DE TIPO SUBJETIVO Y PENALIDAD

Por lo que respecta al objeto material, la reforma operada por la LO 5/2010 incluyó la mención de los animales *amansados,* pues la redacción anterior del art. 337 sólo castigaba el maltrato referido a animales domésticos, si bien es cierto que en algunas Sentencias ya se incluía en el concepto por vía extensiva a los animales amansados.

En los elementos de tipo objetivo, el sujeto activo puede ser cualquiera, pues la prohibición de maltrato es genérica para todo humano respecto de todo animal doméstico o amansado, por lo que puede ser ejecutado tanto por el dueño del animal, cuidador, o tenedor del animal así como por un tercero que nada tenga que ver con el mismo. El sujeto pasivo dependerá de la posición que se adopte respecto del bien jurídico.

Respecto la conducta típica, la acción consiste en maltratar, debiendo entenderse como toda violencia ejercida sobre el animal. En este caso se puede considerar la comisión por omisión, donde se pueden incluir acciones como desatender la morada donde se encuentre el animal, la higiene, la falta de alimento, agua etc., si bien en este caso es el propietario o poseedor del animal quien estará en una posición de garante.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de marzo de 2006, o la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 4 de Bilbao de 25 de marzo de 2010, entre otras, en la que se dice: *"el delito tipificado en el art.337 […] se puede cometer por acción pero también a través de una conducta omisiva (en comisión por omisión según el art. 11 del Código Penal) como descuidar dolosamente las condiciones de movilidad e higiene del animal causándoles sed, frio, hambre, insolación o dolor considerable. Por tanto también las personas propietarias o poseedoras del animal que tengan una posición de garantía pueden responder del delito cuando la no evitación del resultado lesiones o muerte, equivalga a su causación, por ejemplo no alimentando al animal y dejándolo morir de hambre"*.

En lo que se refiere al término *injustificadamente,* algunos autores entienden que parece tener cabida en los casos de legítima defensa o estado de necesidad, sin embargo, para otros el legislador ha tratado de albergar aquellos supuestos que si bien podrían ser susceptibles de ser calificados como maltrato a animales, hoy son socialmente aceptados, como es el caso de las fiestas tradicionales.[16] Otro sector de la doctrina, aunque minoritario, considera innecesario este requisito interpretando que no cabe un maltrato justificado.[17]

En cuanto al resultado, es la muerte o lesión que cause al animal un grave menoscabo en su salud. De nuevo con la reforma se ha superado la estrecha referencia que contenía el Código al recoger *grave menoscabo físico,* que impedía castigar el maltrato psíquico. Actualmente, cabe este tipo de maltrato, aunque está claro que por dificultades relacionadas con la prueba de la afectación psíquica al animal, bastará la constatación de los actos que tienen como efecto normal lógico la producción de aquel sufrimiento psíquico.[18]

En los elementos de tipo subjetivo, en este delito se castigan conductas dolosas, y por tanto el sujeto activo deberá ser consciente de que con su comportamiento le está causando un

---

[15] Ibídem

[16] Hava García, E en: La tutela.op.cit.pág.136 y Mirentxu Corcoy Bidasolo/Santiado Mir Puig (Dir). Comentarios al Código Penal. Reforma 5/2010. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.pág 760

[17] Ibídem

[18] Mª del Carmen Gómez Rivero (Coord.)/Emilio Cortés Bechiarelli/Adán Nieto Martín/Elena Núñez Castaño/Ana Mª Pérez Cepeda. Nociones Fundamentales del Derecho Penal. Parte especial 2010. Tecnos. Madrid. 2010. pág 724. En igual término Mirentxu Corcoy Bidasolo/Santiago Mir Puig en: Comentarios.op.cit.pág.760.

sufrimiento injustificado al animal, o al menos que con su comportamiento existe una alta probabilidad de producirle la muerte o lesiones graves, por lo que se admite no sólo el dolo directo sino el de consecuencias necesarias y el eventual.
Será posible apreciar la tentativa, cuando el resultado no llegue a producirse, siempre que éste fuera comprendido por el dolo del autor.[19]

Respecto la pena de prisión, la misma está claramente pensada para que pueda ser suspendida si es la primera vez que se delinque, o sustituida por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que es extraño que alguien que ha sido condenado por este delito cumpla la pena de prisión. En cuanto a la inhabilitación, esta cobra sentido cuando el autor delito ejerce algún tipo de profesión o comercio relacionado con animales. El problema surge cuando los sujetos condenados por maltrato a animales no tienen ninguna profesión relacionada con animales e incluso son propietarios de otros animales.[20] José Muñoz Lorente, ofrece dos soluciones:

La primera, por vía del art. 45 del Código Penal, pues a juicio de este autor, la pena de inhabilitación contenida en este artículo es un conjunto indivisible del que la profesión, el oficio, la industria o el comercio no son más que ejemplos de lo que puede abarcar la pena de inhabilitación especial, por ello no se trataría de un catálogo cerrado, sino más bien todo lo contrario, pudiendo referirse a la privación de cualquier derecho que tenga relación con el delito cometido.
La segunda por la vía del art. 56.1 del Código Penal, referido a las penas accesorias. En este caso cuando el artículo hace referencia a la inhabilitación para cualquier otro derecho, podría ser precisamente el derecho a la tenencia de animales.

4. CONCLUSIONES

En España, son muchos los animales que cada año son abandonados y maltratados incluso a manos de sus dueños, dando lugar a la muerte de los animales o a unos extremos de crueldad intolerables. Aunque el Derecho Penal ya otorgaba cierta protección, aunque mínima a los animales, al recogerse en el Código Penal 1995 el maltrato cruel como falta, es con la reforma LO 15/2003, cuando, fruto de las presiones realizadas por asociaciones de animales y la creciente preocupación e interés social debido a varios sucesos que calaron en la opinión pública, se incorpora el delito del Art. 337 con el fin de castigar a los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que les produjeran un menoscabo físico, previendo para estos casos las penas de prisión de tres meses a un año, mas inhabilitación especial de uno a tres para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tuviera relación con los animales.

Con la LO 5/2010, se modifica este artículo, y se introducen ciertas mejoras técnicas, como por ejemplo se elimina el término *ensañamiento*, que dificultaba enormemente la aplicación del precepto, se amplía la protección al *animal amansado* o se sustituye muerte o lesiones que le produzcan un *grave menoscabo físico* por muerte o lesiones que menoscaben *gravemente su salud.*

Por lo que respecta a la delimitación del bien jurídico protegido de los tipos penales relacionados con animales, es una tarea ardua y difícil, pues entran en juego cuestiones morales, filosóficas y jurídicas, que la doctrina ha intentado resolver partiendo de distintas perspectivas, eso sí algunas más acertadas que otras.

---

[19] Gómez Rivero Mª C (Coord.) en: Nociones Fundamentales. Op. Cit. Pág. 724
[20] El Consejo General del Poder Judicial, en el informe de 26 de marzo de 2003 sobre el Anteproyecto de Ley que dio lugar a la Ley Orgánica 15/2003, ya propuso que se estudiase la posibilidad de que siguiendo al modelo francés el Juez pudiera como pena complementaria prohibir al culpable, la posesión definitiva o temporal de un animal

5. BIBLIOGRAFIA

Corcoy Bidasolo M y Mie Puig, S (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Reforma 5/2010.*Tirant lo Blanch. Valencia.2011

García Solé Marc. "El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección". *Revista de bioética y derecho*. Núm. 18, 2010

Gómez Rivero Mª C (Coord.) *Nociones Fundamentales del Derecho Penal. Parte especial.* Tecnos. Madrid 2010.

Hava García E. *La tutela Penal de los Animales*. Tirant lo Blanch. Valencia: 2009.

Mestre Delgado E. "La ecología como bien jurídico protegido". *La ley penal núm*. 42.2007.

Muñoz Lorente J. "La protección penal de los animales domésticos frente al maltrato." *La Ley penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Nº 42. Octubre 2007

Requejo Conde C." El delito de maltrato animal" *La Protección Penal de la fauna. Especial consideración del delito de maltrato animal.* Comares. Granada 2010.

Ruiz Vadillo. E. "Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal". *Cuadernos de documentación nº 13*. Instituto Nacional de Prospectiva con la colaboración de la Secretaría de Estado para el desarrollo constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980

Roca Agapito L. "Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal." *Actualidad Penal*. Nº 18. 2000

Serrano Tárraga. Mª Dolores. "El maltrato de animales". *Revista de Derecho Penal y Criminología.2ª época.* Nº extraordinario. 2. 2004.

6. WEBGRAFIA

www.altarriba.org
www.poderjudicial.es

LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE» EN LA EJECUCIÓN DINERARIA DEL DERECHO ITALIANO*

Juan Pablo Murga Fernández

Becario de Investigación FPU de Derecho Civil, Universidad de Sevilla

RESUMEN

El contexto de crisis económica que atravesamos desde hace años está trayendo consigo una triste proliferación del número de ejecuciones forzosas y consiguientes subastas judiciales en España. Por otra parte, uno de los principios básicos predicables en el ámbito de los derechos de crédito es el de la *«par condicio creditorum»*, esto es, la regla de que todos los acreedores son por regla general de igual condición frente al patrimonio del deudor y deben por regla general recibir el mismo trato. Así las cosas, en estas páginas nos planteamos precisamente el juego de este principio en el seno de las ejecuciones dinerarias singulares, a la luz de la experiencia del Ordenamiento Jurídico italiano, en el que la figura del denominado «acreedor interviniente» viene a constituir una clara y rigurosa aplicación de la *«par condicio creditorum»* en este contexto (reiteramos, en las ejecuciones dinerarias singulares).

PALABRAS CLAVES

Ejecución dineraria singular. Principio de la *«par condicio creditorum»*. Figura italiana del «acreedor interviniente».

I. GENERALIDADES: LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DINERARIA Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

La época de crisis económica en la que nos hallamos inmersos está trayendo consigo una triste proliferación del número de ejecuciones forzosas (ordinarias y sobre todo hipotecarias) y consiguientes subastas judiciales en nuestro país[1].

De todos es sabido, que el proceso de ejecución supone siempre la existencia de una obligación declarada incumplida y reconocida en una sentencia de condena o plasmada en un título que lleve aparejada ejecución. Ese incumplimiento de la obligación, concretado por el deudor con su conducta contraria a Derecho, es el causante del desequilibrio patrimonial en el acreedor y el que origina que los bienes del deudor estén sometidos directamente a la actuación del órgano judicial ejecutivo en patrimonio ajeno, tendente a restablecer la lesión jurídica que sufre el acreedor, sin contar para ello con la voluntad del deudor e incluso actuando en su contra. Concretamente, cuando el título de ejecución contiene una condena consistente en una obligación de pago de una determinada cantidad de dinero, bien como objeto del título o bien en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios, tiene lugar la llamada ejecución genérica o pecuniaria (se opone a la ejecución no pecuniaria), que

---

(*) El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (VI)» (DER2012-34028) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

[1] Según el Informe del Poder Judicial sobre «El impacto de la crisis en los Órganos Judiciales», del segundo trimestre de 2012, el número de ejecuciones hipotecarias iniciadas en el trimestre, 23.421, es un 14,2% superior al mismo trimestre de 2011. Vid. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/En_Portada/ci.Aumenta_un_35_por_ciento_los_concursos_de_acreedores_presentados_en_los_juzgados_durante_el_segundo_trimestre_de_2012.formato3

constituye el supuesto más generalizado en la práctica, y es en el que se circunscribe la subasta o venta judicial[2].

Este proceso de ejecución dineraria consta en España de dos etapas fundamentales: la del embargo y la del procedimiento de apremio. Con la primera, se lleva a cabo una individualización o aprehensión del bien sobre el que va a recaer la ejecución[3]; mientras que en la fase de apremio tiene lugar la realización del bien en cuestión y el pago al acreedor ejecutante.

En Italia, por el contrario, la ejecución que podemos denominar como «dineraria» (la denominada *«espropriazione forzata»*) consta de tres fases fundamentales: el embargo (el llamdo *«pignoramento»*), la denominada «intervención de los acreedores» (*«intervento dei creditori»*) y el apremio (con la venta judicial y distribución de la suma obtenida de la misma).

Como puede apreciarse, existe una fase adicional en el proceso de ejecución dineraria italiano, ausente en el caso de España. ¿Y qué importancia guarda la existencia de esta segunda fase intermedia de «intervención de los acreedores» desde un punto estrictamente sustantivo? Pues alcanza una importancia fundamental, en la medida, en que conecta con la aplicación del clásico principio de la *par condicio creditorum* en el seno de los procedimientos de ejecución, de ahí la rúbrica del epígrafe en cuestión. Hagamos unas breves consideraciones sobre dicho principio para después relacionar su juego con la ejecución singular.

II. EL PRINCIPIO DE LA *«PAR CONDICIO CREDITORUM»* Y SU JUEGO EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN DINERARIA SINGULAR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El patrimonio del deudor, por todos es sabido, que constituye el soporte de la responsabilidad del mismo para el cumplimiento de todas sus obligaciones (art. 1911 del Código Civil español, correlativo art. 2740 del Código Civil italiano). Es, pues, la base común de garantía de todos los acreedores y, al mismo tiempo, el común objeto del poder de agresión por parte de éstos. Partiendo de estas premisas, se llega sin dificultad a la conclusión de que todos los acreedores son por regla general de igual condición frente al patrimonio del deudor y deben por regla general recibir el mismo trato. He aquí la regla de la *par condicio creditorum*, la regla de la igualdad de todos los acreedores, que es consecuencia del principio más general de igualdad y de no discriminación y de igualdad de derechos de todos ellos a recibir satisfacción en sus créditos[4].

---

[2] Vid. nuestro estudio «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº31, 2013, actualmente en prensa.

[3] Así lo destaca la generalidad de la doctrina española: VEGAS TORRES, J., «El embargo de bienes (I y II)», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª Edición, Madrid, 2005, p. 132: «(…) La selección de los bienes concretos sobre los que se vaya a proyectar la actividad ejecutiva debe realizarse en la propia ejecución. Al conjunto de actuaciones que con esta finalidad se producen dentro de un proceso de ejecución se le denomina embargo de bienes». También CORDÓN MORENO, F., «Comentario al artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen II, Navarra, 2001, p. 261: «El embargo de bienes es una actividad compleja (…) de naturaleza estrictamente jurisdiccional y ejecutiva, que tiene por objeto la afección de bienes concretos del deudor a una ejecución frente a él incoada». Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 4ª Edición, Valencia, 2010, p. 211: «El embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, mediante la que se persigue la individualización de bienes suficientes del patrimonio del deudor, declarándolos sujetos a la ejecución (…)». Igualmente, MONTERO AROCA, J., y FLOR MATÍES, J., *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II, Valencia, 2004, p. 1391: «El embargo comprende una pluralidad de actos tendentes (…) a la localización y selección de los bienes del deudor idóneos para su enajenación forzosa (…)».

[4] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1º, Barcelona, 1985, p. 387 enuncia el principio de la *par condicio creditorum* en los siguientes términos: «Cuando un mismo sujeto

Este principio general encuentra sus consecuencias más importantes en aquellos casos en los que el patrimonio y los bienes del deudor, sobre los cuales se ha de producir el cobro de los créditos, son insuficientes para dar satisfacción a todos los acreedores. En dichos casos no puede admitirse que cobren por entero sus créditos los acreedores más despiertos o más diligentes, en perjuicio de los demás, que pueden ver de esta manera ineficaces sus derechos. Esto es, el principio de la *par condicio creditorum* encuentra su máximo exponente en las situaciones de insolvencia del deudor que deben dar lugar a una solicitud y posterior declaración de ejecución universal o concurso[5].

¿Pero, qué juego tiene este principio en el seno de la ejecución singular? En otros términos, si existen una pluralidad de acreedores, pero no una situación de insolvencia por parte del deudor, ¿juega igualmente el principio de la *par condicio creditorum* en el caso en el que se lleve a cabo la ejecución singular en relación a un determinado bien del deudor ejecutado? He aquí las grandes diferencias existentes entre el Ordenamiento español e italiano, en las que entra en juego la figura de los denominados «acreedores intervinientes».

Y es que en España, el acreedor que ante el incumplimiento del crédito del que es titular inste la ejecución y logre la traba del embargo sobre un determinado bien del patrimonio del deudor ejecutado, adquiere desde dicho momento una suerte de preferencia en el cobro de su derecho del montante total que se obtenga de la posterior realización forzosa del bien en cuestión. En efecto, prueba de ello en el ámbito de la subasta judicial de bienes inmuebles es lo dispuesto en el art. artículo 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, apartados primero y segundo, a cuyo tenor:

«1. *Por el Secretario judicial se dará al precio del remate el destino previsto en el apartado 1 del artículo 654 (*El precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución…*), pero el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor.*

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

2. *El Secretario judicial encargado de la ejecución requerirá a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos.*

De las liquidaciones presentadas se dará traslado por el Secretario judicial a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga y aporten la prueba documental de que dispongan en el plazo de diez días. Transcurrido dicho plazo, el Secretario judicial resolverá por medio de decreto recurrible lo que proceda, a los solos efectos de distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda. El

---

tiene varias deudas, la regla general es la *par condicio*, la igualdad de todos sus acreedores: frente a cada uno responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), y cada uno tiene, en principio, el mismo derecho a cobrar su crédito que los restantes». Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., y DE PABLO CONTRERAS, P., «Insuficiencia patrimonial y pluralidad de acreedores», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (Coordinador), *Curso de Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, 2ª Edición, Madrid, 2008, p. 251, formula el referido principio de la *par condicio creditorum* del siguiente modo: «El deudor tiene el deber jurídico de cumplir todas sus obligaciones y satisfacer íntegramente, si fueren varios, a todos y cada uno de sus acreedores. Considerados los créditos como derechos subjetivos -esto es, como poder jurídico de exigir el acreedor al deudor una determinada conducta de prestación-, todos son iguales y no puede ningún acreedor exigir a su deudor que le pague a él con preferencia a otro que tenga un crédito igualmente vencido y exigible. En la relación entre el deudor y sus acreedores, la regla es siempre, la *par condicio creditorum*».

[5] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, 6ª Edición, Navarra, 2008, p. 902.

decreto será recurrible solo en reposición y estarán legitimados para su interposición los terceros acreedores que hubieren presentado liquidación».

Ello quiere decir, que en España, en el ámbito de la ejecución singular, el principio de la *par condicio creditorum* brilla por su ausencia, más allá de la posibilidad otorgada al titular de un crédito preferente respecto del ejecutado de ocupar la posición del mismo mediante el ejercicio en plazo de la oportuna «tercería de mejor derecho»[6]. Rige más bien, el antagónico principio de la prioridad temporal o de *prior tempore potior iure*, en virtud del cual, el primero que logra la anotación preventiva de la traba del embargo tendrá preferencia en el cobro de la suma obtenida de la realización forzosa del bien. Así se desprende, por otra parte, del controvertido art. 1923.4º del Código Civil español, conforme al cual gozan de preferencia «los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores»).

En suma y reproduciendo las clarividentes palabras de LACRUZ sobre este punto, embargados los bienes suficientes del deudor para responder del equivalente pecuniario de la deuda, «el ejecutante cobrará con exclusión de los restantes acreedores (a menos que el producto de la venta de aquellos bienes baste también para satisfacer a éstos), de igual modo que si, voluntariamente, el deudor le hubiera pagado la deuda sólo a él». Regla, que siguiendo al célebre civilista, «hace de mejor condición al acreedor más diligente, y también al más duro e impaciente», y sólo deja de aplicarse cuando dicho deudor es declarado en concurso ante su insolvencia[7].

Partiendo de lo anterior, puede concluirse que en España, la pluralidad de acreedores en que tiene lugar la virtualidad del principio de la *par condicio creditorum*, sólo es un supuesto previsto en el seno de la ejecución universal o concursal en el Ordenamiento español. Lo cual no deja de ser curioso, porque no existe precepto alguno en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, en el que se establezca como presupuesto del concurso de acreedores la existencia de una pluralidad de acreedores, sino sólo y exclusivamente la insolvencia del deudor. No obstante, la generalidad de la mejor doctrina española considera que «el proceso concursal presupone tanto la existencia de una situación de insolvencia, actual o inminente, como una pluralidad de acreedores»[8]. Y es sólo, reiteramos, en esta sede, en la que se contempla la existencia de una pluralidad de acreedores a los que se aplicará rigurosamente en la satisfacción de sus créditos el importante principio de la *par condicio creditorum*.

III. EL PRINCIPIO DE LA *«PAR CONDICIO CREDITORUM»* EN LA EJECUCIÓN DINERARIA SINGULAR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: EL SENTIDO DE LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE»

---

[6] Es el artículo 615 de la LEC española la que se ocupa de reglamentar la denominada tercería de mejor derecho, en los términos siguientes: «1. La tercería de mejor derecho procederá desde que se haya embargado el bien a que se refiera la preferencia, si ésta fuere especial o desde que se despachare ejecución, si fuere general.
2. No se admitirá demanda de tercería de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil».

[7] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1º… *cit*., p. 387.

[8] JIMÉNEZ CONDE, F., GARCÍA ROSTÁN-CALVÍN, G., TOMÁS TOMÁS, S., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 1ª Edición, Murcia, 2011, p. 266. Asimismo, VELA TORRES, P. J., La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº11, 2007, p. 224: «La Ley Concursal no establece expresamente en su articulado este requisito como uno de los presupuestos del concurso, si bien puede considerarse que está recogido tácitamente, al darlo por sobreentendido, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, que indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores (en plural), e incluso en diversos preceptos de los que se derivaría esa exigencia, como son el artí 2. 1, al exigir "un deudor común" a varios acreedores; el art. 3, que menciona a los acreedores en plural (…)».

En Italia, por el contrario, a través de la figura del «acreedor interveniente», la virtualidad del principio de la *par condicio creditorum* sí se logra también en el ámbito de los procesos de ejecuciones dinerarias singulares. Porque sí se contempla mediante esta fase intermedia anterior a la realización y posterior al embargo, la concurrencia de una pluralidad de acreedores en el proceso de ejecución singular, todos los cuales, de haber intervenido preceptivamente (en plazo), tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad en atención de sus respectivos créditos, en el reparto de la suma recabada de la realización forzosa del bien. Así se desprende claramente del artículo 499 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano (el equivalente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil española)[9], en el que se permite la intervención en el proceso de ejecución y con posterioridad al embargo, de más acreedores (seguidamente veremos qué concretos acreedores pueden intervenir), además del embargante. Precepto, el artículo 499 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano, que en sede procesal, como señala CAPPONI, traslada a la sede procesal en el ámbito de la ejecución singular, lo dispuesto en el ámbito sustantivo en el artículo 2741, párrafo primero del Código Civil italiano[10], en el que se consagra el referido principio de la *par condicio creditorum*[11], a

[9] El tenor literal del artículo 499 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano es el que sigue: «Possono intervenire nell'esecuzione i creditori che nei confronti del debitore hanno un credito fondato su titolo esecutivo, nonche' i creditori che, al momento del pignoramento, avevano eseguito un sequestro. sui beni pignorati ovvero avevano un diritto di pegno o un diritto di prelazione risultante da pubblici registri ovvero erano titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile.
Il ricorso deve essere depositato prima che sia tenuta l'udienza in cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli articoli 530, 552 e 569, deve contenere l'indicazione del credito e quella del titolo di esso, la domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata e la dichiarazione di residenza o la elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione. Se l'intervento ha luogo per un credito di somma di denaro risultante dalle scritture di cui al primo comma, al ricorso deve essere allegato, a pena di inammissibilità, l'estratto autentico notarile delle medesime scritture rilasciato a norma delle vigenti disposizioni.
Il creditore privo di titolo esecutivo che interviene nell'esecuzione deve notificare al debitore, entro i dieci giorni successivi al deposito, copia del ricorso, nonché copia dell'estratto autentico notarile attestante il credito se l'intervento nell'esecuzione ha luogo in forza di essa.
Ai creditori chirografari, intervenuti tempestivamente, il creditore pignorante ha facolta' di indicare, con atto notificato o all'udienza in cui è disposta la vendita o l'assegnazione, l'esistenza di altri beni del debitore utilmente pignorabili, e di invitarli ad estendere il pignoramento se sono forniti di titolo esecutivo o, altrimenti, ad anticipare le spese necessarie per l'estensione. Se i creditori intervenuti, senza giusto motivo, non estendono il pignoramento ai beni indicati ai sensi del primo periodo entro il termine di trenta giorni, il creditore pignorante ha diritto di essere loro preferito in sede di distribuzione. Con l'ordinanza con cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli articoli 530, 552 e 569 il giudice fissa, altresì, udienza di comparizione davanti a sé del debitore e dei creditori intervenuti privi di titolo esecutivo, disponendone la notifica a cura di una delle parti. Tra la data dell'ordinanza e la data fissata per l'udienza non possono decorrere più di sessanta giorni.
All'udienza di comparizione il debitore deve dichiarare quali dei crediti per i quali hanno avuto luogo gli interventi egli intenda riconoscere in tutto o in parte, specificando in quest'ultimo caso la relativa misura. Se il debitore non compare, si intendono riconosciuti tutti i crediti per i quali hanno avuto luogo interventi in assenza di titolo esecutivo. In tutti i casi il riconoscimento rileva comunque ai soli effetti dell'esecuzione. I creditori intervenuti i cui crediti siano stati riconosciuti da parte del debitore partecipano alla distribuzione della somma ricavata per l'intero ovvero limitatamente alla parte del credito per la quale vi sia stato riconoscimento parziale. 1 creditori intervenuti i cui crediti siano stati viceversa disconosciuti dal debitore hanno diritto, ai sensi dell'articolo 510, terzo comma, all'accantonamento delle somme che ad essi spetterebbero, sempre che ne facciano istanza e dimostrino di avere proposto, nei trenta giorni successivi all'udienza di cui al presente comma, l'azione necessaria affinché essi possano munirsi del titolo esecutivo».

[10] El tenor literal del artículo 2741, párrafo primer del CC italiano es el siguiente: «I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione».

[11] CAPPONI, B., «L'intervento dei creditori», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forzata*, Torino, 1988, p. 151: «Il principio della par condicio creditorum, consacrato nell'art. 2741 CC, trova uno dei suoi immediati riscontri processuali, in tema di esecuzione individuale, nella norma dell'art. 499 CPC (...)».

cuyo tenor, «los acreedores tienen el mismo derecho a ser satisfechos respecto de los bienes del deudor, salvo las causas legítimas de prelación»[12].

Es decir, como bien indica BALENA, en Italia, el acreedor embargante no goza de preferencia alguna respecto al resto de acreedores, los cuales pueden sujetar el mismo bien a ulteriores y sucesivos embargos (artículo 493 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano), o bien pueden simplemente intervenir en el proceso ejecutivo ya iniciado: en ambos casos, llevado a cabo el respectivo embargo o intervención en el preceptivo momento procesal, todos los acreedores adquieren el derecho participar en la distribución de la suma recabada sobre una pase paritaria, teniendo exclusivamente en cuenta las eventuales causas de prelación que asistan a los respectivos créditos en el plano meramente sustantivo[13].

Prueba adicional del rigor de la operatividad de la *par condicio creditorum* en la ejecución singular en Italia, es que el *«Codice di Procedura Civile»* italiano dispone en su artículo 498 que el acreedor ejecutante-embargante deberá notificar a los acreedores asistidos por una prelación crediticia que conste en un registro público, un aviso indicando la identidad del acreedor embargante, el crédito en virtud del cual se procede, el título ejecutivo a través del cual se ejecute y la cosa embargada. Esta notificación deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días siguientes a la traba del embargo[14]. La importancia de la anterior notificación es tal, que en ausencia de su prueba, no podrá procederse al apremio[15].

---

[12] Traducción realizada por el autor del presente trabajo.

[13] BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volumen III, 2º Edición, Bari, 2012, p. 102: «(...) Il creditore pignorante non gode di alcuna preferenza rispetto agli altri creditori, i quali possono assoggettare il medesimo bene ad ulteriori successivi pignoramenti (art. 493) oppure possono, più semplicemente, intervenire nel processo esecutivo già da altri iniziato: in entrambi casi, se il pignoramento (successivo) o l'intervento si realizzano entro un determinato momento, tutti i creditori acquistano il diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata su basi paritarie, tenuto conto esclusivamente delle cause di prelazione che eventualmente assistono i respettivi crediti sul piano sostanziale». Como bien indican MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Volumen III, Torino, 2012, p. 58, el legislador puede optar ante dos soluciones antagónicas: aplicar el principio *prior in tempore potior in iure*, atribuyendo al embargo una función de prelación similar a la de la prenda o hipoteca; o bien aplicar rigurosamente el principio contrario de la *par condicio creditorum;* el legislador italiano acoge esta segunda opción: «In astratto, il legislatore avrebbe potuto orientarsi in due direzioni opposte: applicare il principio prior in tempore potior in jure, considerando quell'"accaparramento" come exclusivo a favore del creditore pignorante e così attribuendo al pignoramento una funzione di prelazione simile a quella del pegno o dell'ipoteca; oppure considerare quel vincolo come destinato alla soddisfazione di tutti i debiti in eguale misura, in omaggio al principio della par condicio creditorum. In concreta, la scelta del legislatore si è determinata nel senso che l'orientamento di massima, ispirato ad una solemne enunciazione della regola della *par condicio* (...)».

[14] El tenor literal del artículo 498 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano es el siguiente: «Debbono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri.
A tal fine è notificato a ciascuno di essi, a cura del creditore pignorante ed entro cinque giorni dal pignoramento, un avviso contenente l'indicazione del creditore pignorante, del credito per il quale si procede, del titolo e delle cose pignorate.
In mancanza della prova di tale notificazione, il giudice non può provvedere sull'istanza di assegnazione o di vendita».

[15] MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Volumen III…, *cit*., pp. 58-60: «Per il caso che il diritto di prelazione risuli da pubblici registri (...), l'art. 498 CPC dispone che il creditore pignorante notifichi ai creditori assistiti da prelazione un avviso contenente l'indicazione del creditore pignorante, del credito per il quale si procede, del titolo e delle cose pignorate. Questa notificazione dovrebbe avvenire entro cinque giorni dal pignoramento (...)». CAPPONI, B., «L'intervento dei creditori», en BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., y SASSANI, B., *L'espropriazione forzata*..., *cit*., p. 148, da cuenta del objeto perseguido con esta obligación de notificación de la ejecución en curso a cargo del acreedor embargante, en los términos siguientes: «Scopo di tale avviso è non soltanto quello di garantire i creditori iscritti dagli effetti di liberazione delle cause di prelazione, conseguenti all'espropriazione e dalla vendita forzata del bene, ma anche quello di porre i creditori in grado di interloquire sulle condizione di vendita e sulla opportunità dell'amministrazione giudiziaria». También se

En cuanto a los acreedores que pueden intervenir el proceso ejecutivo, ha de indicarse que con anterioridad a la Ley italiana 80/2005, el artículo 499. 1º del *«Codice di Procedura Civile»* italiano permitía la intervención de todo acreedor, con independencia de que no fuese ni privilegiado ni especialmente cualificado por ningún otro motivo. Si bien con la aparición de la citada Ley, sólo pueden intervenir los siguientes acreedores:

- Los acreedores que ostenten un título ejecutivo, de modo que su intervención supone verdaderamente el ejercicio de su respectiva acción ejecutiva.

- Los acreedores que en el momento de la traba del embargo hayan obtenido un *«sequestro»* (una suerte de anotación preventiva) sobre el bien embargado, o bien un derecho de prenda o un derecho de prelación sobre dicho bien que conste en un registro público.

La Ley italiana 263/2005 además ha añadido como posible acreedor interviniente, aquellos titulares de créditos de sumas de dinero resultantes de escrituras contables a las que hace referencia el artículo 2214 del Código Civil italiano (escrituras contables del empresario comercial).

¿Qué ocurre con los acreedores no comprendidos en los supuestos anteriores? Para poder intervenir, deberán notificarlo en el mismo plazo al que hemos hecho referencia anteriormente (cinco días posteriores a la traba del embargo), y después la presentación de la denominada *«ordinanza di vendita o assegnazione»* expedida por el Juez[16], se fija una audiencia frente al deudor, quien será el que pasará o no a reconocer dicho crédito. Si el deudor no comparece, se entienden reconocidos todos y cada uno de dichos créditos con ausencia de título ejecutivo (reconocimiento a los solos efectos de la ejecución). Si lo que se les reconoce es parte del crédito que alegan, participarán en la suma recabada igualmente en esa medida. La solicitud de intervención se realiza mediante un denominado *«ricorso»* (una suerte de recurso en la terminología española).

La modalidad de participación en la suma recabada depende del momento de la intervención de los acreedores, en función de que sea *«tempestivo»* o *«succesivo»* (así se desprende del artículo 499 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano).

Es *«tempestivo»* cuando el recurso se deposite antes de que tenga lugar la audiencia en la que se disponga la venta o adjudicación forzosa; y en dicho caso, participarán sin más en la suma recabada de la venta judicial.

Es *«succesivo»*, si la intervención se produce después de la referida audiencia, existiendo en ese caso solo derecho a participar en la suma recabada que reste después de satisfacer a los derechos del acreedor embargante, de los privilegiados y de aquellos que hayan intervenido «tempestivamente»[17].

Los efectos principales que se derivan de la intervención «tempestiva» o en plazo del correspondiente acreedor, vienen determinados por el artículo 500 del *«Codice di Procedura Civile»* italiano[18], a saber, el derecho a participar en la suma recabada de la venta judicial del

---

refiere al objeto perseguido con esta obligación de notificación de la ejecución a los acreedores cuya preferencia crediticia conste en un registro público, MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Volumen III…, *cit*., p. 60: «Quest'avviso ha evidentemente la funzione di mettere i creditori assistiti da prelazione nella condizione di intervenire e di far valere la loro prelazione nel conseguente concorso».

[16] La denominada *«ordinanza di vendita o assegnazione»* a la actuación mediante la que el Juez de la ejecución decreta pasar a la última fase de realización forzosa del bien, esto es, de su definitiva conversión en dinero.

[17] MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Volumen III…, *cit*., pp. 60 y 61.

[18] El tenor literal del artículo 500 del CPC italiano es el siguiente: «L'intervento, secondo le disposizioni contenute nei capi seguenti e nei casi ivi previsti, da' diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata, a partecipare all'espropriazione del bene pignorato e a provocarne i singoli atti».

bien (en atención al crédito respectivo y en condiciones de igualdad ante la misma categoría de crédito), y a llevar a cabo singulares actos procesales en el seno del proceso de ejecución[19].

Nótese, finalmente, que el acreedor que ostente un derecho de prelación no quedará sometido a perjuicio alguno ante su eventual intervención tardía (no tempestiva), de modo que conservará de manera íntegra tal derecho en sede de distribución de la suma recabada de la venta judicial del bien en cuestión[20].

IV. REFLEXIÓN FINAL: POSIBLE VIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL «ACREEDOR INTERVINIENTE» AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Llegados a este punto, la reflexión final que debemos hacernos es la viabilidad que tendría la incorporación al Ordenamiento Jurídico español de esta figura del «acreedor interviniente». La pregunta sería la siguiente: rigiendo en España el mismo principio romano de la *par condicio creditorum*, ¿acaso no tendría más sentido la admisibilidad de la intervención de acreedores en el seno del proceso de ejecución ya iniciado, los cuales participarían en atención a sus créditos y en condiciones de igualdad con el acreedor embargante? Porque no debemos olvidar que la *par condicio* despliega su verdadera virtualidad ante la existencia de una pluralidad de deudas y consecuentes acreedores, con independencia de que el deudor tenga o no activo patrimonial suficiente como para hacer frente a las mismas. Esto es, la insolvencia del deudor no es un presupuesto del importante principio de la *par condicio*.

Siendo así, comprobamos que el legislador español, más allá de la vigencia teórica del principio de la *par condicio creditorum* en materia de derechos de crédito, aboga por el principio de la prioridad temporal; no es más que una opción de política legislativa que premia al acreedor más diligente (reiteramos que queda a salvo la vía de defensa de la preferencia crediticia a través del instrumento de la tercería de mejor derecho a la que ya hemos aludido).

---

[19] MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, Volumen III…, *cit*., p. 63: «(...) L'artículo 500 determina l'effetto dell'intervento, stabilendo che esso, sulla base delle disposizioni sulle diverse forme di espropriazione e nei casi previsti, non solo da diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata, ma anche (...) a provocare i singoli atti (...)».

[20] BALENA, G., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volumen III, Bari, 2012, p. 104: «Il creditore munito di un diritto di prelazione, invece, non subisce alcun pregiudizio dalla tardività dell'intervento e dunque conserva integro tale diritto in sede di distribuzione del ricavato».

IMPACTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Francisco Miguel Ortiz González Conde
Doctorando Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Murcia

RESUMEN: Los cambios económicos producidos en las últimas décadas han transformado las organizaciones empresariales y sus estructuras productivas. Así, la descentralización productiva, fenómeno tendente a la externalización de funciones propias del ciclo productivo a través de diversas fórmulas, ha desdibujado la noción tradicional de empresario y trabajador, alterando el ordenamiento laboral y la protección social de los trabajadores. La expansión de la subcontratación y el resurgimiento del trabajo autónomo, se han convertido en los exponentes de dicho fenómeno. El presente trabajo se propone como objeto, esbozar una primera aproximación al impacto de la descentralización productiva sobre la regulación de la pensión de jubilación

PALABRAS CLAVE: *descentralización productiva, subcontratación, autónomo, propia actividad, empresario principal, pensión de jubilación..*

ABSTRACT: The economic changes in recent decades has transformed business organizations and their production structures. Thus, the decentralization of production, a phenomenon aimed at outsourcing functions of the production cycle through various forms, has blurred the traditional concept of employer and employee, altering the labor regulations and health and safety regulations at work. The expansion of outsourcing and the resurgence of self-employment, have become the exponents of this phenomenon. This paper proposes as objects, study the response of the regulations for the prevention of occupational risks to the increasingly decentralized production seated.

KEY WORDS: *productive decentralization, outsourcing, self-employed, coordination, self activity, subcontractor, main contractor.*

1. INTRODUCCIÓN.- 2. UNA APROXIMACIÓN A LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.- 3. LA DESCENCTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ORDENAMIENTO DE SEGURIDAD SOCIAL.- 4. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADORES *"DESCENTRALIZADOS"*

1. INTRODUCCIÓN

La descentralización productiva, *outsourcing* o externalización de actividades, es un fenómeno de naturaleza eminentemente económica, cuyo origen se sitúa en el ámbito de la dirección estratégica empresarial, con el objetivo principal de propiciar un ahorro de costes en la empresa. En poco menos de dos décadas, la subcontratación de las actividades empresariales ha pasado, de ser un componente ocasional y poco trascendente de los procesos de producción, destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de escasa importancia o cubrir parcelas muy limitadas de la actividad productiva, a convertirse en un componente estructural de los mismos[1].

En estas condiciones, resulta de vital importancia cuestionarse acerca de los efectos laborales de esta técnica organizativa, intentando desvelar las causas que permiten que la misma pueda tener consecuencias tan incisivas sobre el empleo y las condiciones laborales. En una primera parte se analiza la operatividad de la descentralización productiva a través de las subcontratas empresariales, con especial referencia al impacto del estatus jurídico-laboral

[1] SANGUINETI RAYMOND, W.: Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas. http://wilfredosanguineti.wordpress.com/2008/11/15/efectos-laborales-de-la-subcontratacion-de-actividades-productivas/

de empleador y trabajador, y es que los nuevos modelos de producción han alterado la forma de concebir la empresa, que en una búsqueda constante de adaptación a las fluctuaciones de los mercados, se desprende de cualquier elemento de rigidez organizativo; la situación laboral del trabajador asalariado en dichas empresas, se ve afectada a través de modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales, la amortización de puestos de trabajo o externalización de los mismos, vía art. 51 52 ET, acompañado de un resurgimiento del trabajo por cuenta propia.

Al mismo tiempo, las consecuencias derivadas de la expansión de la subcontratación, no son ajenas a la protección social de los trabajadores; dentro del ámbito del Derecho de la Seguridad Social, resta por clarificar el impacto de dichas figuras en su esfera protectora. La flexibilidad laboral se traduce a menudo en una fragmentación de las carreras de cotización de los asegurados, lagunas económicas y jurídicas a las cuales el legislador no ceja en su empeño de afrontar con continuas modificaciones especialmente del régimen jurídico de la prestación de jubilación – por ser la mayor partida de gasto dispensado en cuanto al volumen total de prestaciones se refiere- con el pretendido objetivo de alcanzar un nuevo equilibrio demográfico/financiero, obviando de toda suerte, la corrosión del mercado de trabajo derivada de las técnicas descentralizadoras como fuente prima de problemas.

Así, la aparición de falsos autónomos reconvertidos (que a menudo suelen cotizar por las bases mínimas) y sus nuevas posibilidades de compatibilización entre trabajo y pensión, o el aumento de fórmulas atípicas, como el trabajo a tiempo parcial provocan conflictos con el reconocimiento del derecho a prestaciones, como han reconocido recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional[2]. Será en esta segunda parte donde se visualizara el impacto del nuevo paradigma laboral de "*flexiguridad*" en la pensión de jubilación.

2. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Las empresas han emprendido una profunda transformación en sus estructuras y modelos de producción en los últimos tiempos, dejando atrás la perspectiva clásica de organización y gestión de la producción de corte taylorista-fordista, preponderante hasta los años setenta del siglo veinte, con el objetivo de conseguir una mejora sustancial de la productividad a través de una mayor flexibilidad organizativa, que les permita adaptarse más fácilmente a las fluctuaciones que sufre el mercado, rompiéndose los esquemas tradicionales basados en la centralización de la producción en empresas organizadas de forma jerárquica. Los nuevos modelos de organización de los procesos productivos, conocidos como descentralización productiva u *outsourcing, s*e configuran como un conjunto de técnicas caracterizadas básicamente por la externalización de funciones propias del ciclo productivo, prescindiendo de todos aquellos factores y rigideces presentes en el proceso productivo susceptibles de generar costes (eliminando gastos de instalación, mantenimiento de unidades productivas, costes del factor trabajo a través de mano de obra externa o incluso el desecho total de actividades no rentables[3] realizadas hasta ese momento por la propia empresa para su posterior contratación a través de otras empresas), así como la introducción de cualquier medida capaz de generar y garantizar flexibilidad en un triple ámbito: procesos de fabricación, tecnologías y relaciones de trabajo.

La consecuencia inmediata de la aplicación de estas técnicas ha sido la fragmentación de grandes unidades de producción en otras de menor tamaño, conservando únicamente las primeras, aquellas actividades primordiales, (de diseño o planificación de la actividad, que generalmente reportan un mayor valor añadido, caracterizadas por una no estacionalidad de las mismas y vinculadas a plantillas pequeñas y estables, y a menudo sometidas a menores riesgos laborales) y recurrido a terceras empresas o incluso trabajadores autónomos para que

---

[2] STJUE 22 noviembre de 2012. Caso Elbal Moreno (TJCE 2012\357); STC 61/2013 de 14 marzo (RTC 2013\61)

[3] CRUZ VILLAJÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, pág. 119. Es un modo de organizar la producción, que posee la inestimable ventaja de permitir asumir los beneficios económicos que se derivan de la actividad que se saca fuera de la empresa al tiempo que se transfieren al exterior los riesgos vinculados a ella.

ejecuten las restantes actividades que aportan menor valor añadido al producto final. La generalización de dicha práctica ha supuesto el desencadenamiento de una atomización de empresas que apenas cuentan con capacidad para ejercer un mínimo dominio en el proceso productivo en el que se integran. De modo que a los trabajadores externos, les quedan encomendadas las actividades que no interesan realizar a la matriz (o ni siquiera a sus filiales), lo que se traduce en estar abocados a realizar las operaciones bajo una minoración en sus condiciones laborales, contratación temporal o cesión por empresas de trabajo temporal[4] y sometidos a los ritmos de trabajo/desocupación marcados por la principal. Pero además de fenómeno económico, la descentralización productiva presenta un componente marcadamente ideológico, una reacción del capital frente al desarrollo del poder sindical gestado al amparo de las grandes empresas, en la medida en que divide y dificulta la capacidad de organización de la clase trabajadora, a la vez que obstaculiza seriamente la negociación colectiva en la pequeña empresa ésta es infrecuente, y en los escasos supuestos en que prospera las materias tratadas son de escasa identidad[5].

En el entramado de contratas y subcontratas, la empresa principal, en una posición de dominio sobre las demás, cuando desea transferir parte de su actividad a otras empresas, elige desde su legitima posición de maximización del beneficio, aquellas que, a igualdad de servicio, ofertan el precio más bajo. A su vez, las empresas contratadas de primera adjudicación, subcontratarán con frecuencia a otras empresas una parte o, incluso, la totalidad de la obra o servicio para el que fueron encargadas, pudiéndose repetir este proceso unas cuantas veces más, por lo que el margen de ganancias se va estrechando a medida que aumenta el número de empresas participantes. En estas circunstancias, el resultado económico descansa, en buena medida en la reducción de los costes. Pero teniendo en cuenta que los precios de muchas materias primas, de determinados suministros, de las máquinas y otros equipos de trabajo se caracterizan por tener una cierta rigidez, la reducción de los costes se localiza en la reducción de los salarios y en las partidas dedicadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores[6]. Desde el punto de vista del ordenamiento laboral, la descentralización productiva ha sido caracterizada como un proceso de "*deslaboralización*" de las relaciones laborales, de regresión del ordenamiento laboral o incluso de huida del Derecho del Trabajo[7], con el consiguiente efecto sobre el empleo y su calidad.

Sin embargo, se puede afirmar que no existe ninguna prohibición en el ordenamiento jurídico español que impida su utilización como estrategia empresarial, es más, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado[8], recogida en el art. 38 CE, sirve como fundamento jurídico al fenómeno de la descentralización productiva, y faculta tanto para la creación de empresas como para su autonomía de gestión, incluyendo en ésta el diseño de la estructura organizativa y sus pertinentes modificaciones en aras de una mayor rentabilidad -ya sea a través de trabajadores asalariados o la contratación civil o mercantil con terceros-. Esta externalización de funciones, a su vez, encuentra respaldo en la normativa laboral art. 42 ET, referido a la
contratación y subcontratación para la realización de obras o servicios correspondientes a la "*propia actividad*" de la empresa.

---

[4] BLASCO MAYOR, A.: Las nuevas formas de organización del trabajo derivadas de la descentralización productiva. Seguridad y Salud en el Trabajo. *Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*. 2002, núm. 18, pág. 27.

[5] LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, Laborum, 1ª ed., 2003, pág. 26

[6] BLASCO MAYOR, A.: Op. Cit., pág. 28.

[7] RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm.12, 1992, Pág. 85

[8] A cuyo efecto los *"poderes públicos"* vienen obligados a garantizar y proteger su ejercicio; si bien a fin de limitar las posibilidades de fraude al que pueda prestarse la producción descentralizada, el Tribunal Supremo -STS 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531), FD quinto- viene declarando que aun siendo lícita con carácter general la descentralización, aquélla está sujeta a una serie de cautelas legales e interpretativas para evitar que, por esta vía, se vulneren los derechos de los trabajadores.

La definición del término "*propia actividad*" ha sido una tarea no exenta de polémica, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, de modo que ha dado lugar a una inmensa discusión jurisprudencial, agrupables en dos corrientes[9]. La primera interpretación, entendía que el concepto incluía tanto las actividades que constituyen el ciclo de producción de la empresa principal como aquellas complementarias o no nucleares, es decir, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo o el fin productivo empresarial (es lo que se denomina *teoría de la indispensabilidad*). Podrían ser con carácter general por ejemplo, actividades de mantenimiento, limpieza o vigilancia, aunque habría que matizar las circunstancias particulares que se den de cada situación. La segunda interpretación, considera como propia actividad, aquellas que únicamente sean inherentes al ciclo productivo, de modo que sólo se incluirían las tareas que corresponden a dicho ciclo de la empresa principal en sentido estricto *(teoría de la inherencia*). La doctrina jurisprudencial se ha acabado decantando por esta segunda teoría, entendiendo que "propia actividad" hace referencia tanto a las actividades "*inherentes*" al objeto de la actividad empresarial, como aquellas otras que sean "imprescindibles" para el desarrollo del mismo, es decir, necesidad e imprescindibilidad[10]. En los últimos tiempos, la interpretación ha evolucionado, inclinándose más por el objeto social de la empresa principal para calificar o no la contrata de obras o servicio de propia actividad[11]. No obstante, habrá que estar atento a las circunstancias de cada caso concreto.

Llegados hasta aquí, cabe cuestionarse por qué si, en principio, la subcontratación no se trata más que del encargo a un tercero de una actividad que podría realizar por sí mismo el empresario principal, ésta produce tanta corrosividad en las condiciones de trabajo. Para un sector de la doctrina[12], la explicación radicaría paradójicamente en la génesis de la propia técnica, en concreto, las cadenas de subcontratación implican *per se* la sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación, además de ser una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar así efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores, pero sobre todo, el recurso a estas técnicas permite a quienes deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral.

3. CONSECUENCIAS EN LAS RELACIONES LABORALES

La descentralización productiva ha puesto en jaque la visión tradicional de empresa, basada en la idea de un único empresario, persona física o jurídica simple, que mantiene una gestión centralizada y un control directo del ciclo de producción entero (es además el titular de los medios de producción y mantiene una plantilla en régimen laboral), y cuyas actuaciones son autónomas respecto de los demás, para abrirse camino los últimos años, a nuevos paradigmas de producción flexibles, que permitan a la empresa que los procesa, desligarse de las obligaciones contractuales.

En términos económicos, las empresas se han de desprender de cualquier elemento de la organización susceptible de generar coste: el mantenimiento de infraestructura, el exceso de plantilla, los costes de ésta, etc, siguiendo la máxima de que las pequeñas empresas (y autónomos) son capaces de aportar esta flexibilidad necesaria, desencadenándose entonces un proceso de externalización de fases (accesorias y/o centrales) de la producción,[13] que termina por minorar las dimensiones de la empresa. De modo que la empresa, según el grado

---

[9] TS (Sala de lo Social), sentencia de 24 noviembre 1998. RJ 1998\10034.

[10] STS de 18 enero 1995 (Nº Recurso 150/1994): *"son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productiva de la misma, esto es, los que formen parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad (…) cuando de no haberse concertando la contrata, las obras o servicios debieran realizarse por el propio empresario so pena de perjudicar sensiblemente la propia activad empresarial"*

[11] SALA FRANCO, T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª Ed., 2012, Pág. 235

[12] SANGUINETI RAYMOND, W.: Op. Cit.,

de descentralización, quedará configurada desde una mínima expresión, (ejerciendo funciones de intermediación entre la clientela y las pequeñas empresas), hasta conservar ciertos elementos fijos que le permita mantener y retomar una producción estable (recurriendo a otras empresas menores subsidiarias en momentos de auge), simultáneamente al adelgazamiento en la estructura, quedará obligada a contratar las tareas desechadas en el exterior. La empresa descentralizada, entablará relaciones con otras empresas, que si bien son jurídicamente independientes unas de otras, guardan al mismo tiempo estrechos lazos económicos, tecnológicos, financieros, de producción, de coordinación o subordinación[14].

Además de estos cambios materiales, jurídicamente se producen alteraciones en la noción de empersario. Define el Estatuto de los Trabajadores como empresario *"todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas" (art 1.2 ET).* De donde se desprende, en primer lugar que la definición de empresario no viene dada en tanto a unos elementos caracterizadores -como es el caso de la del trabajador art. 1.1 ET- sino que queda configurado en cuanto perceptor de los servicios de éste.

En segundo lugar, en los casos de grupos de empresas, se atribuirá la condición de empleador a cada una de las empresas del grupo respecto de los trabajadores contratados por cada una, como parece obvio. No obstante, cuando existan indicios de control, dominio, o dependencia de la matriz respecto a la concertada ¿a quién se ha de considerar empresario, a la que consta así formalmente o quién verdaderamente ejerce las facultades empresariales? Así pues, si el empresario es quien recibe la prestación del trabajador, quien ejercita los poderes de organización y dirección en la empresa, y quien asume las responsabilidades empresariales, ya sea con personalidad física, jurídica, comunidad de bienes, o de cualquier otro ente sin personalidad, cabe plantearse por qué no, de la consideración de empresario a un grupo de empresas titular de los poderes empresariales y receptor de la prestación del trabajador[15]. El asunto no está del todo claro, así pues, no en todos los supuestos es posible atribuir la condición de empresario laboral al grupo, quedando en manos de la jurisprudencia la decisión[16], en cualquier caso no existe una doctrina respecto de a quién debe considerarse empresario laboral, si bien, la jurisprudencia mayoritaria parece decantarse, aunque sin pronunciarse expresamente por atribuir tal condición al grupo empresarial, estableciendo la responsabilidad solidaria de todas las empresas que lo forman,[17]cuando concurran ciertos elementos que, a juicio de dicha jurisprudencia permita hablar de grupo de empresas "a efectos laborales".

En tercer lugar, la condición de empresario en las relaciones triangulares de trabajo, en las que aparecen más de un empresario, como sucede en las Empresas de Trabajo Temporal[18]. La empresa principal se reserva las facultades de dirigir y controlar la actividad de los trabajadores de la empresa auxiliar, de modo que el empresario que formalmente contrata no puede determinar ni el lugar de trabajo, ni la jornada, ni probablemente las instrucciones de trabajo. Para llevar a cabo tal disociación entre facultades disciplinarias y facultades directivas, se ha habilitado exclusivamente como único mecanismo posible las Empresas de Trabajo

---

[14] LOPEZ ANIORTE, M.C.: Op. Cit. Pag.40. Se habla de la concurrencia de dos fuerzas opuestas "centrífugas" y "centrípetas"

[15] Para un análisis detallado, JIMENEZ ROJAS, F. *Los Grupos de empresa y la relación individual de trabajo en el marco de una economía productiva descentralizada,* Tesis doctoral, Universidad de Murcia, Facultad de Ciencias del Trabajo, Murcia, 2011.

[16] STS de 30 de enero 1990. Deberán concurrir una confusión patrimonial, organización única del trabajo, plantillas que prestan trabajo de forma simultánea o indiferenciada, y apariencia externa de unidad

[17] LOPEZ ANIORTE, M.C.: Op. Cit. Pag.48

[18] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del trabajo", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 168-169, 2002 Pág. 56: "Las ETT, producto de los fenómenos de descentralización interna son las que más han contribuido, en el doble terreno dogmático y normativo, a poner en crisis el estatuto clásico de la figura del empresario. La nueva forma jurídica de trabajar que la ETT instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el contrato de trabajo; quiebra la propia noción del contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones".

Temporal[19], (en las que la empleadora responde de las obligaciones salariales, de seguridad social y formación y prevención; mientras que la usuaria, es la receptora de los servicios del trabajador, se le reconoce las facultades de dirección y control, pero sin llegar nunca a ostentar la condición de empleadora).

Los cambios en las estructuras organizativas, no solo han alterado la figura del empresario, sino que ha modificado ciertamente el estatus jurídico-laboral del empleado asalariado, a través de cambios en las condiciones contractuales, la amortización de puestos de trabajo, o externalización de los mismos, más en concreto:

La continuidad en la empresa a cambio de modificaciones contractuales respecto a las anteriormente pactadas (salario, tarea, jornadas, horario, inclusive geográficas). Las últimas reformas legales han apuntado en esta dirección, de adaptación de los sistemas de trabajo a las necesidades productivas de la empresa. Así, desde la reforma estatutaria de 1994, los cambios normativos van encaminados a facilitar la aplicabilidad de estas medidas. En tal año, se eliminó la preceptiva intervención de la Autoridad Laboral dirigida a la comprobación de las causas de la modificación, y hoy, dos décadas después, el RDLey 3/2012, ha hecho algo parecido con los despidos colectivos, sustituyendo la autorización administrativa previa por un control judicial a posteriori. Además, la reciente reforma aprobada, incide de manera profunda en la liberalización de las modificaciones sustanciales de contrato[20] (junto a la negociación colectiva, y descuelgue de convenio).

La extinción de la relación laboral: ya sea bien con los mecanismos previstos para el despido objetivo o colectivo o bien vía prejubilaciones, que permiten a la empresa desprenderse de aquellos trabajadores de mayor antigüedad y por ende mayores derechos consolidados, o bien incluso reconociendo abiertamente la improcedencia de la misma, tanto por el propio empleador como por el nuevo empresario subrogado via art. 44 ET. La reducción de plantilla se configura como método efectivo de reducción de costes con dos posibles opciones para el trabajador: 1) la incorporación a otra empresa, a la que previamente se haya cedido el centro o unidad productiva, vía subrogación art 44ET[21], en la que el trabajador desarrollaba su actividad, sin que haya mediado una extinción contractual, y por tanto el trabajador mantiene sus condiciones laborales originarias. 2) la redefinición como trabajador por cuenta propia, aun desempañando idénticas funciones para la misma empresa. Se ha conseguido de este modo el bloqueo del tuitivo Estatuto de los Trabajadores, y un resurgimiento del tradicional arrendamiento de servicios, y de ahí el nuevo escenario de huida del Derecho de Trabajo comentado anteriormente.

Con la difuminación de la nota de laboralidad, y la redefinición en trabajador por cuenta propia, el número de autónomos ha aumentado sensiblemente[22], y, en consecuencia, un

---

[19] STS de 12 de diciembre de 1997

[20] El RDLey 3/2012 facilita la aplicación de las modificaciones sustanciales de trabajo, se simplifica la movilidad geográfica y funcional, reduce la antelación mínima de comunicación al trabajador de 30 a 15 días, se amplían los descuelgues, ya no sólo en materia salarial, ahora, se suman la jornada, los horarios, los turnos, el sistema de trabajo, las funciones y las mejoras que, voluntariamente, la empresa haya articulado para mejorar la acción protectora de la Seguridad Social, establece un procedimiento *express* de revisión del convenio en vigor, dando preferencia a los convenios empresariales sobre otros en ciertas materias, de máximo interés para los trabajadores: salario base, complementos, horas extra, horarios, turnos...

[21] Art. 44.4 ET: Salvo pacto en contrario, los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida

[22] RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La huida del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm.12, 1992. pág. 7 " a ello ha contribuido una vez más el omnipresente fenómeno de la descentralización productiva, para el que el ejercicio de poder directivo, de importancia capital en el modelo clásico de empleo "fordista-taylorista", pasa a un segundo término, al

resurgimiento de la pequeña empresa, con las implicaciones que conlleva (debilitamiento del poder sindical, al ser éste casi inexistente, minoración de condiciones laborales consolidadas, dado que la negociación colectiva de empresa es más "dúctil" al poder empresarial, utilización de las modalidades contractuales temporales de trabajo, ajustando en cada momento el volumen de la plantilla a una demanda variable y sin duda alguna el recurso a la economía sumergida). Es palpable que la descentralización productiva está dando lugar a la normalización del trabajo no estándar (trabajadores tiempo parcial, temporales, cedidos legalmente, trabajadores a domicilio, teletrabajo, o incluso becarios) en contraposición al trabajo tradicional (dependiente, indefinido, jornada completa y por cuenta de un único empleador, receptor inmediato de la utilidad del trabajo del trabajador). Dicho todo lo anterior, ¿Qué sucede en materia de Seguridad Social? Y más concretamente ¿Qué sucede respecto a las prestaciones?

4. LA DESCENCTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ORDENAMIENTO DE SEGURIDAD SOCIAL

En primer término, no existe Ley alguna encargada de regular la *"descentralización productiva"* como tal en nuestro ordenamiento[23], sino que la juridificación de dicho fenómeno económico se encauza a través de los dispersos preceptos de subcontratación de obras y servicios. El art. 42 ET se instaura como centralidad de la materia y es en él donde encontramos el primer inciso en materia de Seguridad Social, al establecer la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las obligaciones de Seguridad Social (y otras obligaciones salariales) contraídas por los contratistas y subcontratistas con los propios trabajadores de éstos. El traslado correlativo a la Ley General de Seguridad Social lo fijan los art. 104 sujeto responsable, y el 127 LGSS de supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones. Tangencialmente, junto a este tipo de responsabilidad, se podía incluir el recargo de las prestaciones económicas por AT y EP (art. 123 LGSS), pero aun siendo una responsabilidad tradicionalmente calificada como de Seguridad Social, debe analizarse más bien desde la disciplina de la seguridad y salud laboral. Ambos son los preceptos legales que regulan la responsabilidad en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios. Sin embargo, no se puede hablar de un mismo tipo de responsabilidad en ambos supuestos, pues, ni el supuesto de aplicación es el mismo, ni tampoco el alcance material o temporal de la responsabilidad. Así, mientras que el artículo 42 ET prevé, para un tipo determinado de contratas, una responsabilidad solidaria exonerable y temporal y cuantitativamente muy limitada, el artículo 127 LGSS, regula una responsabilidad subsidiaria general, no exonerable y con una menor limitación temporal y cuantitativa[24].

La clave entonces se encuentra en que la actuación empresarial pueda ser o no calificada como *empresario principal*[25] en la cadena de contratas. De modo que, mientras que el 42.2 ET , mantiene la obligación en la el empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente con las obligaciones salariales contraídas por el contratista y subcontratista con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia del contrato (excepto el caso de "construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda"), el art. 127 LGSS nos remite a una actuación distinta al empresario principal, esto es el empresario contratante, el cual responderá de las obligaciones del contratista si este es declarado

---

constatarse la existencia de "medios más sofisticados y efectivos para asegurarse el resultado laboral" y a la vez menos costosos."

[23] Una mención especial, podría hacerse respecto al caso específico del sector de la construcción y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y al Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla ésta.

[24] LUQUE PARRA; M.: Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo : X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999., 2000 , págs. 590

[25] Usando como referencia el recogido por el art. 2 RD 171/2004, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales: *aquel empresario que hace contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad.*

responsable del pago de una prestación a la Seguridad Social e insolvente (excepto si la obra contratada se refiere exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda), es decir una responsabilidad de carácter subsidiario. En consecuencia cabe concluir que la vertebración de los diferentes tipos de responsabilidad en materia de seguridad social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios se realiza en función de la actividad subcontratada, donde cabe remitirse al apartado anterior.

Acerca del alcance de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, cabe plantearse, en primer lugar, acerca del ámbito subjetivo, esto es, si afecta exclusivamente a las empresas vinculadas directamente en uno de los eslabones del fenómeno descentralizador o si por el contrario, afecta a todas las que estén incluidas en tal proceso. Debe entenderse que todas las empresas responden solidariamente con relación a las deudas laborales de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores respecto de cada una de ellas. En otras palabras, la empresa principal responderá respecto de los trabajadores de todas las auxiliares sucesivas, al propio tiempo que cada empresa auxiliar lo hará con las sucesivas[26]; en segundo lugar, respecto al ámbito objetivo, a pesar de la desigual redacción de dichos preceptos legales, se interpreta que el alcance objetivo de ambos es similar, esto es, sobre los descubiertos de cuotas, las diferencias de cotizaciones, así como con relación a las prestaciones sociales cuyo pago recaiga en el empresario por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y baja y de cotización. (LGSS y Reglamento de cotización); finalmente sobre el ámbito temporal, el alcance temporal en el que tal responsabilidad puede materializarse es similar en ambos tipos[27].

5. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADORES *"DESCENTRALIZADOS"*

Como se apuntaba anteriormente, el empleo de técnicas descentralizadoras ha provocado un aumento del número de trabajadores autónomos[28], que a menudo cotizan por bases mínimas. Lo que traducido en términos de pensión provoca la percepción de pensiones mínimas y complementos a mínimos; es un hecho que el 82,5% de los autónomos cotiza a la Seguridad Social por bases mínimas y el 67% paga la cuota mínima durante toda su vida[29]. Es obvio ante esa tesitura, la inadecuada protección a dispensar, por lo que el legislador a partir del RD-Ley 5/2013 ha abierto la veda a la posibilidad de compatibilizar trabajo autónomo y pensión por primera vez en nuestro ordenamiento, pues hasta el momento, no existía la posibilidad para realizar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones (art. 122 LGSS y art. 25.1 LISOS), dicha norma viene a materializar la DA 37º de la Ley 27/2011, en la que se instaba al Gobierno a presentar un proyecto de Ley que regulase la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. El art. 2 RD-Ley 5/2013 habilita la compatibilidad fijando la cuantía de los ingresos provenientes de la actividad por cuenta propia realizada por el jubilado como concepto delimitador de compatibilidades[30], exigiendo que tales percepciones no superen el importe equivalente al SMI. Cabe plantearse si la intención del legislador es permitir a los jubilados que, emprender como profesionales autónomos nuevas actividades diferentes a las que venían realizando antes de acceder a la condición de pensionistas, para alcanzar los estándares salariales previos a la jubilación, o si por el contrario, se trata de una continuidad de la misma actividad que venía desarrollando a lo largo de su vida activa, para solventar la paupérrima cuantía. A nuestro juicio, ninguna de las dos, síntoma inequívoco del reconocimiento de la

---

[26] STSJ de Murcia, de 29 Octubre de 1996.

[27] No así el momento en el que tal responsabilidad puede exigirse. Pues si bien la primera será posible ejecutarla durante el año siguiente a la terminación de la contrata o subcontrata, la segunda lo será por el plazo de prescripción genérico de 5 años para la obligación de cotizar y del reconocimiento de prestaciones (art. 21 y 43.1 LGSS)

[28] LUJAN ALCARAZ, J.: "Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo". *Aranzadi Social*, nº 5, 2001, pág. 227

[29], Según explicó el secretario de Estado de Seguridad Social (http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/)

[30] Ver SELMA PENALVA. A., "Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo". *Aranzadi Social*, vol. 6, nº2, 2013, págs. 65

incapacidad del legislador de encauzar el fenómeno de la descentralización productiva, y no de envejecimiento activo y sostenibilidad financiera como recalca el preámbulo de la norma.

Por otro lado, se sitúan los trabajadores a tiempo parcial, y su difícil acceso a la pensión de jubilación, pues desde la perspectiva de acceso a la protección, el tiempo de cotización o de sujeción al sistema es el factor determinante para tener derecho a las prestaciones, con independencia de las bases de cotización por las que se hubiera cotizado o con independencia de las cantidades que globalmente haya ingresado el interesado en el sistema como consecuencia de los diferentes periodos por los que cotizó[31] . Así, el computo del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial se ha convertido en otro frente de urgencia para el legislador (junto con el llamado coeficiente general de sostenibilidad aplicable a las pensiones de jubilación), tras sendos fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, en los que se declara nulo e inconstitucional la fórmula empleada para el cálculo de la pensión, por considerar que el cómputo de horas cotizadas que se tienen en cuenta para la pensión contributiva "*priva en la práctica a esos trabajadores*" de obtener la prestación al exigir un periodo cotizado proporcionalmente mayor al de los ocupados a tiempo completo, algo injustificado porque la cuantía de sus pensiones ya es más reducida al calcularse sobre una parte de la jornada.

Los mecanismos correctores hasta ahora contemplados en los art. 162 y DA 7º LGSS (redacción dada por el Real Decreto-Ley 15/1998 y Real Decreto 144/1999) que se han venido aplicando para facilitar el camino a los trabajadores parciales han consistido en fijar una equivalencia entre día teórico de cotización a cinco horas de trabajo, lo que supone un cálculo más ventajoso que si se tomaran estrictamente las horas de ocupación. Además, cada día cotizado a su vez era multiplicado por un coeficiente de 1,5, de forma que aumenta también el periodo de contribución teórica a la tesorería de la Seguridad Social. No obstante, como sentenciaba el tribunal europeo, *"no consta que esas dos medidas tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial"* , pues para el caso enjuiciado dicha fórmula proporcionaba a la actora solo tres años cotizados, "*por lo cual tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes"*. En igual sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, al considerar que dichos preceptos legales "*discriminan a la hora de acceder a una pensión y, sobre todo, perjudica a las mujeres, ya que son ellas quienes en un 75% del total ocupan estos empleos (…) esta reflexión lleva al tribunal a declarar la norma inconstitucional y nula"*

El vacío normativo levantado por dichas sentencias, está generando un problema tanto a nivel legal como económico[32]. A la vista de esto, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) está buscando fórmulas para minimizar el impacto económico, entre ellas resoluciones en las que se pospone reconocimiento legal, y es que según la norma desde que se solicita una pensión hasta que se reconoce el derecho a cobrarla hay un plazo ordinario máximo de 90 días (art. 164 LGSS) que ahora puede irse hasta los 135 días, para inevitablemente acabar reconociendo de al final la equiparación entre día cotizado y hora cotizada, independientemente de las horas realmente empleadas, pues el precepto es nulo de pleno derecho. Qué duda cabe, que dicha equiparación genera a todas luces un agravio comparativo con el resto de trabajadores a tiempo completo por menoscabar el principio de contributividad, de modo que la inacción legislativa tampoco es factible como solución válida al conflicto, se abre por tanto tiempos de "ingeniera judicial" en las que no parece fácil encontrar una solución de carácter permanente y minimizadora de inconvenientes. La solución a adoptar debería, en primer lugar, respecto al periodo de carencia, estudiar una modulación de la exigencia de años

[31] Cabría incluso la posibilidad de que un trabajador a tiempo parcial, puede presentar una cotización mayor que un trabajador a tiempo completo y sin embargo esta circunstancia no tendría trascendencia a la hora de fijar los períodos de carencia necesarios para acceder a la prestación.

[32] Pues la sentencia abre la puerta a decenas de miles de reclamaciones denegadas hasta el momento, y que según estimaciones de la Secretaria de Estado a la Seguridad Social le costarían al sistema unos 1.500 millones de euros. A ellos habría que sumar otros 100 millones más al año. Lo que al final se acabará traduciendo en un incremento del gasto anual de unos 1.900 millones, cantidad equivalente al 1,7% de gasto en pensiones contributivas presupuestado para este año. (http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias)

cotizados que permita a este colectivo alcanzar el derecho a una pensión. En segundo lugar, acerca de la base reguladora, ésta deberá responder al promedio de las bases de cotización del interesado, y sobre ella se aplicará un coeficiente específico que module en función de las horas efectivamente trabajadas. El problema nuevamente surge en torno a la cuantía y a cómo aplicar el complemento a mínimos, aquel que se otorga cuando una pensión no alcanza la cuantía mínima (este año, 598,80 euros para un jubilado con más de 65 años y sin cónyuge a cargo). En las pensiones causadas a partir del 1 de enero de este año, los complementos necesarios para alcanzar las cuantías mínimas no podrán superar el importe establecido para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva (entre 91,23 euros y 364,90 euros mensuales las de jubilación), por no decir, que las bases de datos de la Seguridad Social no figuran las horas que se trabajan, solo que se trata de un contrato a tiempo parcial, luego se habrá de examinar cada contrato detalladamente. En cualquier caso, lo que parece obvio es que la nueva normativa ha de evitar que se termine percibiendo mayor prestación alguien que ha cotizado menos. No solo porque atenta contra la equidad. Si la pensión mínima va a ser igual trabajando a tiempo parcial que completo, se puede incentivar el fraude y que los empresarios contraten a tiempo parcial para pagar menos cuotas a la Seguridad Social, mientras rellenan con horas extras el resto del tiempo. Sin duda, son numerosas las cuestiones a abordad, y el camino a una nueva reforma continúa abierto a fecha de redacción de este artículo.

CORTE PENAL INTERNACIONAL
¿ALGÚN HORIZONTE?

Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus[1]

Resumen

Se presenta una somera reflexión en torno al horizonte de la Corte Penal Internacional. Ésta parece fluctuar entre afirmaciones formales de sus estatutos, la unilateralidad de la cultura occidental romano-germánica-anglosajona, las contradicciones con principios del derecho penal liberal romano-germánico, la presión geo-política de Estados con el poder suficiente para cuestionar su universalidad y las tensiones particulares de su puesta en funcionamiento, como en el caso contra Thomas Lubanga Dyilo.

Palabras clave: *Corte Penal Internacional, Contradicciones, Unilateralidad del círculo Occidental, Presión geo-política, Sentencia Thomas Lubanga Dyilo.*

Abstract

Here it presents a brief reflection on the horizon of the International Criminal Court. This seems to fluctuate between formal statements of its statutes, the one-sidedness of Roman-Germanic-Anglo Western culture, contradictions with liberal principles of Roman-Germanic criminal law, geo-political pressure from states with enough power to question its universality and particular tensions of its operation, as in the case against Thomas Lubanga Dyilo.

Key Words: *International Criminal Court, Contradictions, One-sidedness western culture circle, geo-political pressure, Judgment against Thomas Lubanga Dyilo.*

Introducción

¿Se sigue un horizonte claro con la Corte Penal Internacional? Un órgano internacional, apéndice de otro con bastante poder en todos los ámbitos relevantes para cualquier Estado o conglomerado social, debería seguir un horizonte claro, de manera que se atienda su específico alcance, problemáticas e impacto en la comunidad internacional.

---

[1] Abogado, Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista procedimiento penal constitucional y justicia militar, Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá. Máster derecho penal y política criminal, Universidad de Málaga.

Aparentemente la Corte Penal Internacional se trazó formalmente algún horizonte, pero su configuración operativa no es así de clara. La contradicción entre sus ideales, la práctica y la coherencia de éstas ya dejarían por sí solas a un órgano a la deriva, utilizado de cuando en cuando sea geo-políticamente útil a fines determinados por sus impulsores.

Reflexionar acerca del horizonte de la Corte Penal Internacional desde la academia parecería igual de efectivo e impactante que escribir poemas sin tinta. Difícilmente esta y otras discusiones tendrán relevancia en los verdaderos órganos políticos que deciden su horizonte, y de hecho, la situación no cambiará de manera pronta ni óptima; amén de lo pretensioso que es encontrar una vía óptima. Sin embargo, la idea individual, expuesta y compartida puede ser, gracias a la refutación, consolidada u olvidada, de manera que cuando sea su hora podrá ser defendida.

Mediante un abordaje de corte analítico-deductivo, se toma como presupuesto general, el rumbo que su propio estatuto fundacional parece indicar, para luego descomponer variables que refuerzan la hipótesis en un sentido negativo frente a la enunciación formal. Para ellos se intentó someramente descifrar el horizonte que guía las actuaciones de la Corte Penal Internacional. A su vez, con otros matices, se estudiaron las bases de la Corte Penal Internacional, su presente con el hasta ahora único fallo y con resignación se prevé su futuro.

1. Breve comentario: las bases de la Corte Penal Internacional

Las constantes remisiones al Tratado de Versalles y los Tribunales de Ocupación posteriores a la Segunda Guerra mundial[2], o incluso la idea de la sociedad naciones de Immanuel Kant y aún de manera más remota, la apelación a las ideas del derecho de gentes o diferentes confrontaciones bélicas que dan origen a tribunales internacionales, generalmente de vencedores a vencidos, representan los antecedentes previos a la evolución de la Corte Penal Internacional, pero ese progreso no será extendido aquí.

El interés de esta disertación se centra más en los orígenes inmediatos en cuanto a la estructura y propósitos que se propuso la Corte Penal Internacional. A primera vista, La Corte Penal

[2] Werle, Gerhard. Tratado de derecho penal internacional, 2010, pág. 35-61.

Internacional puede considerarse una *"genuina institución judicial internacional"*[3], pues se trata de un ente creado por un instrumento jurídico internacional como el Estatuto de Roma, resulta ser un órgano judicial colegiado, aunque su integración no es estrictamente permanente, ejerce su propio ámbito de jurisdicción complementario a la de los estados nacionales pero con carácter obligatorio, posee competencia respecto a particulares disposiciones o crímenes contenidas en su Estatuto, resuelve las situaciones conforme sus disposiciones presuntamente aprobadas a nivel internacional que, a su vez, contemplan reglas de procedimiento y prueba; y, presume tener autonomía e independencia.

Empero, las voces, corte-tribunal-penal ya demuestran de suyo una remisión a la cultura jurídica occidental, sea como se la entienda, generalmente entre dos bifurcaciones, la "Románico-germánica" y la "Anglosajona": "(…) *una limitación al 'derecho occidental' es sostenible, pues la versión del ECPI se funda en lo esencial, si no exclusivamente, en la influencia de los Estados del círculo cultural occidental"*[4]. No significa ello que las posiciones de los estados no occidentales no fuesen escuchadas ni que sus consideraciones no se tomasen de alguna manera en cuenta, pero unas fueron las llamadas a preponderar. A ello, restando el primer país, no importó algunas de las grandes ausencias en su configuración: *"La oposición de los Estados Unidos, de China y de la India, esto es, de la mitad de la humanidad, a la creación de una Corte penal internacional permanente no puede, se nos dice, ser considerada como una garantía de futuro."*[5]

No obstante, el texto escrito ha quedado ya como muestra de la mezcla entre las dos culturas jurídicas del círculo occidental, así surgió, con una base exclusivamente occidental de cuño anglo-romano-germánico, el vigente Estatuto de Roma de mil novecientos noventa y ocho (1998), cuya entrada en vigor se remonta a dos mil dos (2002), o, para cada país miembro, una fecha determinada según su condición socio-política más relevante.

Ahora bien, la *bondad* de sus intenciones podría rastrearse en sus bases, acaso las más simpáticas para la memoria *humana* occidental, las cuales se pueden encontrar en el preámbulo de su Estatuto, donde se logra conmover y suscitar las más *nobles* ideas de *justicia*:

> *"Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas (…)", "Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (…)", "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (…)", "Decididos a poner fin a la impunidad (…)", "Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera (…)"*[6].

Lastimosamente, en virtud a los maltrechos lazos del colonialismo europeo y el imperialismo anglosajón de que fueron víctimas África, Medio Oriente y Centro-Suramérica principalmente, se generaliza una falacia geo-política de lazos culturales que sólo podrían deprecarse de países europeos centrales y la alianza anglosajona. No se olvide, además, que por la imposibilidad de

---

[3] Gutiérrez Espada, LA CORTE DE ROMA (1998) COMO INSTITUCIÓN INTERNACIONAL, 2004, pág 60.

[4] Ambos, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional, 2005, pág. 41.

[5] Ottenhof, Reynald. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN EL TERCER MILENIO: SURGIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL , 2006, pág. 82. Pese a ello, su visión es realmente positiva frente al futuro de la Corte.

[6] Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma., 2013.

aquellos para organizarse en paz, de honrar sus tratados o estrechar sus lazos, tuvieron lugar las más graves confrontaciones y vejámenes contra el hombre que, como guerras mundiales, dieron impulso a la creación del sistema de la Corte. Con todo, ya se señaló cómo se reforzaron los lazos culturales desde una sola óptica.

Poner fin a la impunidad y hacer respetar la justicia internacional de forma duradera parecería un horizonte claro, el cual, a la par de los valores de mantenimiento de la paz, seguridad y bienestar de la humanidad, orientarían los propósitos del Tribunal de manera formal. Criterios inspiradores de su preámbulo que parecerían augurar un futuro loable desde una perspectiva política sin mayor examen crítico.

En cuanto a su normativa, la alusión a lo *penal* o *criminal* sólo puede entenderse en cuanto a la punición de individuos si se estudia con la óptica *penalista* de la tradición románico-germánica, pues la integración de la Corte no es permanente, en el caso de los crímenes de lesa humanidad se encentran cláusulas analógicas de remisión claramente violatorias del principio de legalidad (Artículo 7.1.k), se prevé la activación de competencia a países que ni siquiera hayan ratificado el estatuto a petición del Consejo de Seguridad (artículo 13.b) y se consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia (artículo 29), entre otras características que contrarían principios básicos del viejo derecho penal liberal como lo son la prohibición de analogía, juez natural o prescripción de la acción y sanción penal.

2. Presente: Caso Lubanga.

El caso contra Thomas Lubanga Dyilo fue el primero en llegar a juicio ante la Corte Penal Internacional. La situación de la República Democrática del Congo trajo consigo al primer detenido, siendo su juicio iniciado el 26 de Enero de 2009.

Lubanga fue acusado de:

> *"Thomas Lubanga Dyilo is responsible, as co-perpetrator, for the charges of enlisting and conscripting children under the age of fifteen years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities within the meaning of articles 8(2)(b)(xxvi) and 25(iii)(a) of the Statue from early September 2002 to 2 June 2003".*[7]

Como era de esperarse, Thomas Lubanga Dyilo fue condenado. No se encuentra aquí particularidad alguna. Desde Nüremberg, no se concibe un tribunal penal internacional que declare absuelto de cargos a ningún acusado. Y ello precisamente debido al costoso, extenso, politizado e intencionado horizonte que se proponen estos tribunales, para los cuales, los términos "Garantías" o "Proceso justo" poseen contenidos gaseosos o maleables, como pasará a demostrarse.

El proceso contra Lubanga fue suspendido en más de una ocasión. En primer lugar, para Junio de 2008, la Corte anunció la suspensión de procedimientos pues la Fiscalía no brindó a la defensa

---

[7] Thomas Lubanga Dyilo es responsable, como coautor, de enlistar y reclutar niños menores de quince años en el FPLC y de usarlos para participar activamente en las hostilidades en el sentido de los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 25 (3) (a) del Estatuto desde principios de septiembre 2002 al 2 de junio de 2003.1. (Traducción no oficial) International Criminal Court. SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO. Public Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 2012.

materiales de suyo importantes frente a las aspiraciones del acusado. Así, en Julio de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares I estudió y concedió, en *el papel* la libertad provisional al procesado. Desde luego, no dejó de estar en el papel, pues la Fiscalía apeló la orden, cuya decisión se esperó con efecto suspensivo, con lo que Lubanga no gozaría de libertad sino hasta tanto fuere confirmada o revocada la decisión por la Sala de Apelaciones.

De nuevo, como era de esperarse, para el 21 de Octubre de 2008, la Sala de Apelaciones rechazó los argumentos de la Sala I y ordenó seguir los procedimientos en el caso Lubanga. Si bien rechazó otros puntos de la apelación del Fiscal, en cuanto a la libertad de Lubanga, la Sala de Apelaciones no fue de la misma opinión que su *inferior,* sugiriendo que esta se habría equivocado, por lo cual decidió devolver la situación una vez más a la Sala I para que tomara una nueva decisión, naturalmente, teniendo como lineamientos, entre otros, la necesidad de mantener a Thomas Lubanga Dyilo en detención.

Para el dieciocho (18) de Noviembre de dos mil nueve (2009), la Sala de Cuestiones Preliminares I decidió reanudar el proceso, al *notar*, que las razones para imponer la suspensión y su libertad carecían de sentido. Además de otras audiencias que darían impulso al proceso, existió una segunda orden de suspensión del mismo, pues, además del fallido intento de recalificación de los hechos por parte del Fiscal (intentando incluir delitos sexuales), el ocho (8) de Julio de dos mil diez (2010), de nuevo la Sala de Cuestiones Preliminares I ordenó la suspensión de los procedimientos al advertir que la Fiscalía le había desobedecido en cuanto a la orden de revelar confidencialmente a la Defensa la identidad del intermediario ciento cuarenta y tres (143); intermediarios que utilizó la Fiscalía para obtener la información, pues no la obtuvo de manera directa.

El quince (15) de Julio de dos mil diez (2010), la Sala ordenó la liberación de Thomas Lubanga Dyilo. Basó su decisión en la negativa a mantener al acusado detenido sobre la base de la especulación, en el entendido que este tuviese que esperar hasta cuando el procedimiento fuere reanudado. La Fiscalía apeló la decisión, de nuevo siendo *cobijada* con el efecto suspensivo. Para el ocho (8) de octubre de dos mil diez (2010), *como era de esperarse,* la Sala de Apelaciones revocó la decisión de su *inferior,* sustentando que la desobediencia del Fiscal no bastaba por sí sola para suspender el procedimiento, pues los Jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares I debieron aplicar sanciones a la fiscalía y no acudir a una decisión extrema como lo sería la suspensión. El caso fue reanudado.

Hubo otra solicitud de la defensa frente a la suspensión del procedimiento, habida cuenta del difícil acceso a los testigos y otro material probatorio, empero, ninguna de ellas volvió a ser considerada de manera positiva. Para el catorce (14) de Marzo de dos mil doce (2012), la noticia fue mundial y el impacto mediático pareciese haber disipado los temores y dudas de los intereses de *la justicia* en este caso. Thomas Lubanga Dyilo fue hallado culpable de cometer los crímenes de guerra de enlistar y reclutar niños menores de quince (15) años y utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo entre Septiembre de dos mil dos (2002) y Agosto de dos mil tres (2003).

El trece (13) de Junio, en sede de atenuantes y agravantes, el Fiscal solicitó imponer al culpable una pena de treinta (30) años de prisión, o veinte (20), en caso que este aceptare ofrecer disculpas genuinas a las víctimas y se comprometiera con la prevención de nuevos crímenes y el

mantenimiento-promoción de la paz. Para el diez (10) de Julio de dos mil doce (2012), La Sala de Cuestiones Preliminares I sentenció a Lubanga con la pena de catorce (14) años de prisión, a los cuales deben descontarse los seis (6) años que permaneció detenido Lubanga Dyilo durante el procedimiento a partir de su detención, en marzo de dos mil seis (2006).

3. Horizonte y críticas

Claro, se dice ya como regla común que la protección de víctimas y testigos requiere un grado de atención alta en el derecho penal, más aún en este tipo de casos en los cuales, debido al enorme poder de los procesados, correría grave riesgo su integridad. Ocurrió ya en el tribunal para la antigua Yugoslavia, donde la mayoría de los magistrados de la Sala de Primera Instancia que juzgó a Dusko Tadic, decretó, entre otras medidas, el «anonimato absoluto» para cuatro testigos que temían represalias[8]. Así debería comprenderse, seguramente, el hecho que a la defensa, en el caso Lubanga, se haya dificultado el acceso a los testigos, o el uso de intermediarios por parte de la Fiscalía que mereció constantes críticas por parte de la Sala I[9], tanto en el trascurso del proceso, como en el veredicto final, donde fueron descartadas dichas pruebas obtenidas mediante intermediarios.

También es un lugar común el recurrir a la diferenciación entre medidas preventivas, cautelares o la denominación que se elija frente a la pena. Ello también podría aplicarse para el caso Lubanga, donde la duración del proceso, de cerca de siete años, requirió la privación de la libertad de Thomas Lubanga, siendo incierto el devenir del proceso, habida cuenta de las suspensiones que con razón ordenaba la Sala I y que fueron una por una revocadas por la Sala de Apelaciones. En la sentencia, empero luego, los magistrados no dudaron en lanzar llamados de atención a la Fiscalía, quien para su opinión, ocasionó graves pérdidas de tiempo y también, no se olvide, de dinero.

Pero estas serían observaciones *in situ*, cuyo estudio no haría nada más que legitimar el procedimiento y el sistema de la Corte Penal Internacional, situación a la cual no puede llegarse sin seguir un vergonzoso camino de silencio y aceptación de situaciones sospechosas[10], las cuales escapan a las pretensiones de la presente disertación.

Paz, seguridad y bienestar de la humanidad. De esto se habla en el preámbulo de la Corte Penal Internacional, ¿Bienes jurídicos? Crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. ¿De qué paz, seguridad o bienestar se habla? ¿Acaso los bloqueos económicos y políticos, acciones militares de salvamento o persecución de objetivos militares en

---

[8] Del Carpio Delgado, Juana (2005) Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc, pág. 36.

[9] Situación que en opinión de Ambos, obedece a la falta de un *"mecanismo efectivo de sanciones le haría la vida mucho más fácil a la Corte. [pues] La ausencia de un régimen de este tipo es un incentivo para que ambas partes y los participantes intenten esconder pruebas importantes los unos de los otros".* Ambos, (2012) El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas, pág. 15.

[10] Tales como la unilateralidad de conceptos, que tardará mucho para un genuino diálogo intercultural, máxime teniendo en cuenta que se está hablando en clave occidental, y para dialogar, occidente generalmente ordena que se dialogue en sus términos. Así, por ejemplo, Kai Ambos, (2010): *"(...) para que estas perspectivas no occidentales sean escuchadas y comprendidas es necesario, en primer término, que los académicos no occidentales se den a conocer activamente y las presenten y, en segundo término, que los académicos occidentales estén preparados para escuchar y discutir con ellos."* El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema. Págs. 108-109.

otros Estados, las intervenciones “humanitarias” o los ataques “preventivos” no han puesto en duda dichos valores?[11]

“Decididos a poner fin a la impunidad y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes”. Criticar estas premisas sería equivalente a rechazar la opción, tan *de avanzada* en el derecho penal contemporáneo, de perseguir la criminalidad de los poderosos, de los responsables de las más graves violaciones de derechos en los Estados. Así lo concibió, para citar nada más un ejemplo, un penalista exiliado que sufrió tal vez más que ningún otro un país donde los poderosos no tuvieron contrapeso y reinó la impunidad:

> *“(…) en cambio, en el derecho penal internacional, de lo que se trata es reconocer ahora y para siempre los derechos esenciales de las personas frente al estado y sus agentes.”* [12]

Cuando el argumento roza lo humano, cuanto toca lo sentimental, pierde sus límites y es difícil encontrar respuestas. Pero de esto se trata, razón y humanidad pueden distanciarse, eso lo saben bastante bien, por ejemplo, en la Alemania de mitad de siglo pasado. Pero, saliendo de ello, también pueden buscarse mecanismos realmente efectivos, si lo que se busca es; que no significa que se comparta, combatir la impunidad. Aquí resulta importante establecer la diferenciación entre laguna de punibilidad fáctica y laguna de punibilidad normativa[13], pues no está del todo claro que a mayor normatividad que repudie, prohíba o reprima atrocidades, exista menor cantidad de perpetraciones de esta índole.

Varias voces han puesto de relieve las complicaciones que conlleva el establecimiento de un estado de cosas por medio del derecho penal. Más aun en situaciones como las de la Corte Penal Internacional, donde más fácil resulta hablar de penas impuestas por órganos internacionales, pues la categoría *derecho,* conllevaría necesariamente la voz *garantías*, de las cuales el Estatuto de Roma prescinde de un modo importante, lo que se ve, generalmente, es un tribunal de juzgamiento posterior a sucesos políticos:

> *“(…) 6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.”* [14]

Tristemente, a la noble idea que dedicara esfuerzos el apreciable profesor Bustos Ramírez le han mutilado, si con ello se puede ser más gráficos en la tragedia. Los agentes del Estado responden solamente en aquellos países donde no gocen de poder estatal. Las situaciones que se llevan en la Corte Penal Internacional, donde solamente los derrotados políticos; en su totalidad provenientes de frágiles estados africanos; son llevados a juicio, y los poderosos, hablando por ejemplo de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, siguen refugiándose en la laguna de punibilidad fáctica, acaso la más importante, muy en perjuicio de los *juristas*.

---

[11] Burghard & Werle, (2013) El futuro del Derecho penal internacional, apartado segundo. Mencionan y se cuestionan por la falta de claridad en estos y otros temas en cuanto al mantenimiento de la paz dispuesta en el Estatuto de Roma.

[12] Bustos Ramírez, Juan.(2007) LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, pág. 95.

[13] Ambos, Kai, (2005) La parte general del Derecho Penal Internacional, 2005, pág. 33.

[14] Jakobs, Günther.(2003) Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, pág. 56.

Un *Penalista,* en el siglo XXI, afronta una angustia pasajera debido al divorcio de los postulados de su *pseudo-ciencia* con los valores clásicos que le dieron base. Llegados a este punto, es cada vez más fácil encontrar argumentos de armonización en clave de voluntad política, que, por un lado, parecen reconocer que se trata de una nueva forma de punición distinta al clásico derecho penal nacional-monista, pero por otro, intentan aplicar ciertos criterios dogmáticos de aquellas, que, evidentemente, sólo en clave de "voluntad política progresista" pueden armonizarse[15].

En este relevo generacional se acepta todo tipo de innovaciones que tiendan a perseguir a la *criminalidad de los poderosos*, aun si ello conlleva a la insostenible contradicción con un sistema idealmente pensado; que no así en la práctica; como barrera y control punitivo al Estado como garantía de los no poderosos. Desde luego, el desmonte del sistema apuntó en todas direcciones y cualquier intento de racionalización encuentra el mismo éxito de quien es víctima de arenas movedizas. Pero a ciertos *penalistas* les sienta bien pensar que sus intentos y brazadas ayudarán a la humanidad a salir del barro. Al fin y al cabo, cada uno sabe que su área predilecta del derecho es aquella a la cual sólo llega la expresión de la ruina y fracaso de un modelo de sociedad determinado, sea por definición, sea por constatación. Entonces, el *penalista* se nutre del fracaso:

> *"¿Es que no se ha aprendido nada del derecho penal interno? ¿Hay alguien sensato que crea que en los países donde más se respetan todos los derechos humanos ello se debe a su magnífico poder punitivo? ¿Hay alguien honrado que crea que los valores de los opulentos pueblos ricos occidentales son los de toda la humanidad?*[16]

Hay un principio básico de la justicia, pero sin ir más allá, para no entrar en laberintos discursivos de los cuales nadie ha salido avante, hay un principio de coherencia, en virtud del cual *si se propone algo para todos, se aplica para todos.* Por tanto, si las principales potencias militares del mundo, con ello, los *posibles-verdaderos* autores de los crímenes más graves que desafían la imaginación y conmueven la conciencia de la humanidad[17], no forman parte del sistema, debería predicarse la inaplicación del Estatuto de Roma. Existen ciento treinta y nueve (139) firmantes y ciento veintidós (122) países que han ratificado el estatuto de Roma, se echan de menos allí la Federación de Rusia, China y los Estados Unidos de América[18].

Además, una de las formas de activar la competencia de la Corte Penal Internacional, de suyo la más arbitraria, por vía del Consejo de Seguridad, denota la relación de poder-dominación que naturalmente rige al sistema de su Corte, los cinco miembros con derecho al veto jamás; salvo que pierdan poder en el seno de la organización; serán investigados o enjuiciados: *"China, Francia, Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del*

---

[15] Por ejemplo, la conclusión de Marco Odello (2005): *"Podemos, por lo tanto, decir que todos los que actúan en contra de estas nuevas medidas y en contra de los avances del sistema penal internacional representan seguramente la herencia de la barbarie, de un sistema internacional poco desarrollado, un ejemplo de atraso y de poca consideración hacia las necesidades de un mundo más justo, bajo el dominio del Derecho y el respeto de la dignidad de la persona."* LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS LEGISLACIONES NACIONALES: RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS NACIONALES; pág. 326

[16] Pastor, Daniel, (2006) EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL ESPEJO DEL PODER PUNITIVO INTERNACIONAL, 2006, pág. 520.

[17] En el Tíbet, Chechenia, Guantánamo, Irak, Palestina y Siria, entre otros, saben de algunos casos.

[18] International Criminal Court Now, 2013.

Norte y los Estados Unidos de América"[19] Ninguno de estos países es objeto de investigación, siendo claro que hay situaciones que bien podrían merecer al menos investigación. La situación de Malí, por ejemplo, en la cual las tropas del ejército Francés han estado involucradas de manera intensa, podrían empezar a desnivelar la balanza, pero ello, lo sabe usted estimado lector, no será así.

Queda claro cómo la Corte Penal Internacional se contradice con su preámbulo por una simple razón: Su independencia, autonomía y neutralidad no es frágil, es inexistente. La categoría *derecho* sólo puede ser legitimada por una nueva generación de penalistas líquidos que acepten toda una suerte de artilugios angustiados por la sed de reconocimiento, poder, fortuna; o por olvido. Su horizonte es geo-político, económica y políticamente depende de la Organización de Naciones Unidas, donde las cabezas visibles atienden a un principio de coherencia todavía más potente que el de la aplicación igualitaria: no atacarse a sí mismo[20].

---

[19] Organización de Naciones Unidas. Consejo de Seguridad, (2013). Como opina Alma Borjas (2011), En estos casos pueden ser seriamente cuestionables las facultades que reposan en el poder del Consejo de Seguridad, por ejemplo, en la potestad de suspensión, como las 1422 (2002) y 1483 (2003) influenciadas por la presión de los Estados Unidos para defender sus intereses en misiones de "mantenimiento de la paz" en Bosnia y Herzegovina. En: *La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento.*

[20] Pues su competencia se ha centrado, hasta ahora, en África: Uganda, República Ddel Congo, República Centroafricana, Darfur-Sudán, Kenya, Lybia, Costa de marfil y Mali. Esto llevó a Eva Estaún Sanz (2012) LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ¿UN LABORATORIO DE JUSTICIA UNIVERSAL PARA ÁFRICA?; a denunciar cómo, si bien en efectos disuasorios parece haber tenido algún efecto la entrada en acción del sistema de la Corte, también se asoman algunos como la ralentización de procesos de paz y el distanciamiento en procesos de reconciliación. Además, por la exclusiva ubicación en África de las situaciones activas en la Corte, mal podría hablarse de una jurisdicción universal sin rozar la hipocrecía.

Conclusiones

i) La Corte Penal Internacional nace de la mano de los Estados del *círculo occidental,* entendido no obstante, aquel círculo como reducido a Europa y Norteamérica, pero ninguna de las situaciones investigadas-juzgadas por la Corte Penal Internacional se refiere situaciones de esos países del *círculo occidental.*

ii) La primera sentencia de la Corte Penal Internacional, el caso Thomas Lubanga Dyilo, denota un innegable relajamiento de garantías penales en perjuicio del acusado. La Corte Penal Internacional rechazó un modelo de derecho penal con garantías. El acusado, como quienes están siendo efectivamente juzgados por la Corte, es un derrotado político del círculo no occidental.

iii) Con el estatuto de la Corte Penal Internacional se pretende legitimar el establecimiento de un estado de cosas, una normalización de situaciones que no entre en conflicto con los intereses de los estados más poderosos al interior de la Organización de Naciones Unidas.

iv) Los verdaderos y más letales agentes que amenazan la paz, el bienestar de la humanidad y la seguridad de los estados no forman parte del sistema de la Corte Penal Internacional.

v) El horizonte de la Corte Penal Internacional seguirá siendo útil tanto para legitimar la *bondad* del sistema planetario hegemónico de la ONU, como para desviar la atención sobre las más groseras situaciones de impunidad fáctica en virtud de la punición de derrotados políticos, hoy por hoy, de países con histórica o inducida estructura de poder soberano frágil.

Bibliografía

Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional* (Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004 (segunda edición). ed.). (E. MALARINO, Trans.) Berlín: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Ambos, K. (2010, Julio). El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema. *Política Criminal, 5*(8), 237-256.

Ambos, K. (2012). El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. *InDret. Revista para el análisis del derecho*(3), Recurso de red.

Borjas, A. (2011, Julio-Diciembre). La potestad del Consejo de Seguridad para solicitar a la corte Penal Internacional la suspensión de una investigación o de un enjuiciamiento. *Revista Derecho del Estado*(27), 123-152.

Burghardt, B., & Werle, G. (2013). El futuro del Derecho penal internacional. *Revista Penal*(31), 247-261. Retrieved 06 12, 2013, from www.corteidh.or.cr/tablas/r31014.pdf

Bustos Ramírez, J. (2007). LOS CRÍMENES INTERNACIONALES Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. In A. L. CALLE CALDERÓN, *EL ESTADO ACTUAL DE LAS CIENCIAS PENALES* (Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 1827-2007 ed., p. 368). Colombia (Medellín-Bogotá): Grupo Editorial Ibañez y Universidad de Antioquia.

Del Carpio Delgado, J. (2005). Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc. *Revista Universidad de Huelva*.

Estaún Sanz, E. (2012, Junio). LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ¿UN LABORATORIO DE JUSTICIA UNIVERSAL PARA ÁFRICA? *Cuadernos Manuel Giménez Abad*(3), 120-147.

Gutiérrez Espada, C. (2004). LA CORTE DE ROMA (1998) COMO INSTITUCIÓN INTERNACIONAL. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*(22), 59-98.

International Criminal Court Now. (2013, 02 22). *International Criminal Court Now*. Retrieved from http://www.iccnow.org/documents/CICCFS-RatificationsbyRegion_121_sp.pdf

Jakobs, G. (2003). Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. In G. Jakobs , & M. Cancio-Meliá, *Derecho Penal del Enemigo* (M. CANCIO MELIÁ, Trans., Primera ed., pp. 19-56). Madrid, España: Thomson Civitas.

Odello, M. (2005). LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS LEGISLACIONES NACIONALES: RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS NACIONALES. *Foro, Nueva época*(1), 295-329.

Organización de Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. (2013, 02 22). *Naciones Unidas. Consejo de Seguridad*. Retrieved from http://www.un.org/es/sc/members/

Organización de Naciones Unidas. Estatuto de Roma. (2013, 02 22). *Organización de Naciones Unidas.* . Retrieved from http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Ottenhof, R. (2006). LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN EL TERCER MILENIO: SURGIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL . *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*(20), 75-82.

Pastor, D. R. (2006). EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL ESPEJO DEL PODER PUNITIVO INTERNACIONAL. In M. CANCIO-MELIÁ, & G. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. El discurso penal de la exclusión* (Vol. 2, pp. 475-522). Madrid, España: Edisofer S.L - B de F.

SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO. Public Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06 (International Criminal Court March 14, 2012).

Werle, G. (2010). *Tratado de derecho penal internacional* (Segunda, traducción de 2011 ed.). (M. Gutiérrez Rodríguez, C. Cárdenas Aravena, & J. Couso Salas, Trans.) Berlin, Alemania: Tirant lo Blanch.

POLITICA CRIMINAL EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES CON MENORES EN LA UNION EUROPEA.

Necesidad de un análisis político criminal.

María Aránzazu Rivera Fernández
Doctoranda en Derecho Penal y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Málaga

---

Resumen: Al hilo de las amplias y continuadas reformas de los códigos penales de los países miembros de la Unión Europea en su mayor parte, en el que incluyo la legislación elaborada por el Reino Unido, en materia de agresiones y abusos sexuales a menores, childgrooming, prostitución y pornografía infantil. Coincide paralelamente con la evolución en las políticas criminales llevadas a cabo por la Unión Europea dentro del Derecho penal europeo, en relación a los delitos sexuales cometidos con menores, y el reflejo normativo como se produce, estableciéndose la base de su regulación armonizadora en el Tercer Pilar de la U.E. La cuestión de base, es establecer la necesidad de llevar a cabo un estudio sobre la política llevada a cabo por la UE en dicha materia para determinar si finalmente, se manipula, como consecuencia de la presión de ciertos países miembros interesados en gestionar mayores penas para este tipo de delitos en su propia legislación interna y con ello evitar un debate en sus respectivas cámaras legislativas. Así poder justificar de forma directa un endurecimiento de penas, excusándose en que se trata de una Directiva o Reglamento de la Unión Europea; lo que supone obligatoriamente su inclusión directa en la normativa interna. O bien esta política está justificada siendo equilibrada y acorde a la realidad existente en cada país miembro sobre la consecución de estos delitos que se consideran transnacionales y de especial protección para la U.E estando incluidos dentro de las políticas criminales.

Palabras claves:

Reformas penales, Delitos sexuales, menores, especial protección, políticas criminales, Legislador, acciones, juego legislativo, principio de subsidiariedad, tercer pilar de la U.E.

Abstract: In line with the broad and ongoing reforms of the penal codes of the member countries of the European Union for the most part , in which I include legislation drafted by the United Kingdom , on assault and child sexual abuse , childgrooming , prostitution and child pornography. It coincides with the evolution parallel criminal policies carried out by the European Union within the European criminal law in relation to sexual offenses with minors, and normative reflection as it occurs, establishing the basis of harmonizing regulation in the Third EU Pillar The basic issue is to establish the need to carry out a study on the policy pursued by the EU in this area to determine whether eventually handled, as a result of pressure from some member countries interested in managing increased penalties for this type of crime in their own domestic law and thereby avoid a debate in their respective legislatures . So directly to justify a tightening of penalties , apologizing that it is a Directive or Regulation of the European Union which is necessarily direct inclusion in the internal regulations . And the other posibility, this policy is justified to be balanced and in line with the reality in each member on the achievement of these crimes that are considered transnational and EU Special Protection being included within the criminal policies .

Keywords:
Reforms criminal Law, sexual offenses, children, special protection, criminal policies, Legislator (politician), "play off legislative", the principle of subsidiarity, "Third Pillar" of the European Union

SUMARIO: 1- Abreviaturas. 2- Introducción. 3- Políticas de la Unión Europea. 4- Fundamentación y evolución del Tercer Pilar de la Unión Europea. 5.- Breve Referencia a la creación del Espacio de libertad, seguridad y justicia. 5.1.-Dificultad de armonización normativa en materia de derecho penal de los Estados Miembros. Argumentación. 5.2-

Regulación vigente en materia de delitos sexuales con menores; Breve referencia a su evolución. **6.- El Juego legislativo de los Estados Miembros en materia de Derecho Penal.** 6.1- La U.E. Derecho comparado de los Estados Miembros, actuales políticas criminales. Fundamentación de la necesidad de su estudio**.**

1.ABREVIATURAS

AUE	Acta Única Europea (Unión Europea)
CDR	Comité de las Regiones (Unión Europea)
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero (antigua)
CES	Comité Económico y Social (de la Unión Europea)
COM	Comisión (Unión Europea), (se utiliza principalmente como cabeza de los actos que provienen de ésta, seguida por el año, y numeración del acto).
DM	Decisión Marco (Unión Europea)
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea. (A veces en algunos comentarios se escribe solamente con las abreviaturas DO)
EEE	Espacio Económico Europeo
EEMM	Estados Miembros (de la Unión Europea)
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica.
JAI	Justicia y Asuntos de Interior (Unión Europea)
LO	Ley Orgánica
PE	Parlamento Europeo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TI	Tecnologías de la información (expresión utilizada en el contexto legislativo europeo)
TIC	Tecnologías de la información y de la comunicación.
TS	Tribunal Supremo
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea (tras entrada en vigor del Tratado de Lisboa)[1]
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TUE	Tratado de la Unión Europea (tras entrada en vigor del Tratado Lisboa)[2]
UE	Unión Europea

2.-INTRODUCCION

El estudio de Derecho comparado[3] que presenté como TFM[4] trataba de analizar los actos emanados de las Instituciones de la Unión Europea sobre la materia objeto de estudio con una

[1] Anteriormente se trataba del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE)

[2] Antes de la entrada en Vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009, el Tratado se denominaba "de la Comunidad Europea".

[3] El Derecho comparado ha desempeñado un papel relevante en el impulso europeizador. El mutuo reconocimiento y la confianza recíproca exigen como condición previa trabajar en un marco de conocimiento mutuo. Lo principal en este sentido, es conocer los diversos sistemas jurídicos una vez se ha pasado de una etapa básica de regulación individual a la elaboración de elementos comunes. Un estudio comparativo nos ayuda a comprender los puntos en los que existan grandes divergencias para tratar de obtener vías que conduzcan a reducir en la medida de lo posible aquellas diferencias que puedan suponer un obstáculo para conseguir la armonización de los tipos penales. Pgna. 48 y ss. Trabajo Fin de Máster. UMA. Facultad de derecho. Febrero 2012. Los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales con menores. Análisis Internacional y Comparado. María Aránzazu Rivera Fernández, Director Dr. D. Jose Luis Díez Ripollés. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga.

comparativa de la legislación interna de varios países miembros. El punto de partida se produce desde un organismo internacional y complejo como es la Unión Europea (en adelante UE) que ha tenido diferentes fases de desarrollo y su evolución ha llevado a la consecución de una serie de retos con la finalidad de unificar en la medida de lo posible a todos los EEMM en diferentes ámbitos tales como: el económico, el político y el de Seguridad, Justicia e interior.
A medida que avanza en sus objetivos la UE, se puede observar la complejidad de los instrumentos y las dificultades de efectuar una fase de pleno desarrollo por la idiosincrasia de los países miembros. No debemos olvidar que la producción normativa propia estatal interna y principalmente en materia de Derecho penal, es el legislador de cada país el que establece el bien jurídico que ha de ser protegido por el derecho penal; por tanto entra en juego una serie de factores tanto extrínsecos como intrínsecos que afectarán al establecimiento de ¿qué se considerará como Bien Jurídico de especial protección?, para que el derecho penal entre en el plano de protección del mismo. Dependerá del legislador en ciertos aspectos que tendrá en cuenta los valores que se establecen en cada momento como referentes y de lo que la propia sociedad considere un peligro o riesgo, que en gran medida puede verse influida por los grupos de presión establecidos en la propia sociedad. No olvidemos que gran parte de las reformas llevadas a cabo en los Códigos penales nacionales se han producido a raíz de actos delictivos de carácter sexual en los que la víctima o víctimas eran menores. Saltando a los medios de comunicación, en ocasiones tratándolo con cierto sensacionalismo, creando una alarma social, en la que se generaba un sentimiento de inseguridad ciudadana. Sentimiento que se traduce en una presión al legislador para que éste adopte la respuesta de un endurecimiento de las normas penales. Así se trata de dar respuesta al clamor ciudadano y minimizar la sensación de inseguridad. Hasta aquí hablamos de la labor del legislador en su propio País con relación al derecho interno.

3.-POLITICAS DE LA UNION EUROPEA

Si nos retrotraemos al momento en que los EEMM establecen el compromiso de anexionarse a la UE, aceptando las condiciones que se exigen para dicha inclusión, entre otras, la cesión supranacional de ciertos poderes, que antes eran exclusivos del Estado, permitiendo a la U.E. la dirección en políticas que afectan a nivel nacional, nos conduce al análisis de las numerosas ocasiones en las que se ha llegado a situaciones complicadas imposibilitando el acuerdo mínimo exigido, para sacar adelante una política común europea.
Los EE.MM. han luchado en la mayoría de las ocasiones en interés propio en lugar de la consecución de un interés común, produciéndose en mayor medida esta situación en materia económica.
En cuanto a materia penal (cuadro 1), la U.E. por el momento solo puede trabajar en el camino de unificar criterios en cuestiones que considera más relevante en derecho penal.
Construyendo poco a poco una base sobre la que trabajar conjuntamente con los EE.MM., sin olvidar que en última ratio será la legislación nacional la que establezca la norma penal, su redacción y punibilidad.
La diferencia entre **materia económica y materia penal,** estriba en que la primera descansa sobre la base del Primer Pilar de la UE (cesión de poderes de los EEMM) pero la segunda descansa sobre el Tercer Pilar (actos emanados sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad)[5]

---

[4]Trabajo Fin de Máster. UMA. Facultad de derecho. Febrero 2012. Los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales con menores. Análisis Internacional y Comparado. Director Dr. D. Jose Luis Díez Ripollés. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga.

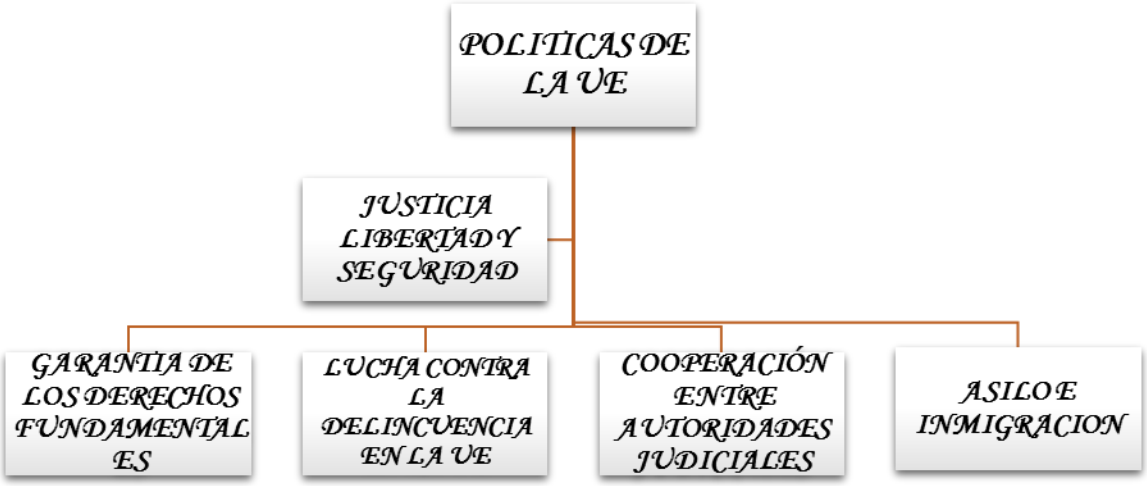
[5] El concepto de "pilares" se utiliza generalmente para designar el TUE. Los siguientes tres pilares conforman la arquitectura de la U.E.: 1) El pilar comunitario, que corresponde a las 3 Comunidades, la CE, la EURATOM y la antigua CECA. 2. El pilar correspondiente a la política exterior y de seguridad común. 3) El Pilar correspondiente a la Cooperación policial y judicial en materia penal. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión se fundamenta en el TUE y en el TFUE, teniendo ambos el mismo valor jurídico, y sucediendo la Unión a la Comunidad Europea**. TFUE artículos 2 a 4 y 6.**

"El Principio de Atribución" en virtud del cual la UE actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los EEMM en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la UE en los Tratados corresponde a los EEMM. De acuerdo con el sistema de atribución existen tres tipos de competencias: "las explícitas" que están expresamente indicadas en los Tratados; "las implícitas" que para entenderlas debemos acudir a la teoría de las competencias implícitas y conforme a ésta: "la competencia externa se deriva de la existencia de una competencia explícita a nivel interno". Por tal, habida cuenta de que los Tratados otorgan a la Comunidad competencias explícitas en un ámbito concreto como es el caso de seguridad y justicia, ésta debería tener competencias análogas para celebrar en ese mismo ámbito acuerdos con terceros países.[5]

Delimitación de las competencias de la UE	El Ejercicio de las competencias de la UE
⬇	⬇
Se rige por el Principio de	Se rige por los Principios de
⬇	⬇
Atribución.	**Subsidiariedad** **Proporcionalidad**

Cuadro 1[6].

Por último "las competencias subsidiarias" que en defecto de existencia de competencia explícita o implícita se permite al Consejo adoptar por unanimidad las medidas que considere oportunas dentro de los límites del Tratado correspondiente.
Las competencias externas de la UE se definen en función de su reparto entre la Comunidad y los EEMM denominándose "exclusivas" cuando las ejerce íntegramente la Comunidad, como sucede con la "protección civil". "Mixtas" cuando se comparten con los EEMM, como es el caso de Seguridad y Justicia.
Esta tipología la ha definido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia basándose en la teoría de las competencias implícitas.
Debo señalar que la política exterior y de seguridad común forma parte de las relaciones exteriores de la UE que se rigen por el método intergubernamental (segundo pilar).
"El Principio de Subsidiariedad" rige en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva. La UE intervendrá sólo en el caso y en la medida de que los objetivos de la acción pretendida, no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los EEMM a nivel central, regional o local. Por lo que su intervención supone la posibilidad de alcanzar tales objetivos debido a la dimensión o efectos de la acción pretendida a escala de la UE.
"El Principio de Proporcionalidad" en virtud del cual el contenido y la forma de la acción de la UE no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la UE aplicarán este Principio de Conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad.
En el reparto de competencias entre la UE y los EEMM permite distinguir tres categorías diferentes[5] de éstas, en función de la materia que la UE trate. "La competencia concurrente o compartida" el caso más frecuente; se da cuando los Tratados atribuyen a la UE una competencia compartida con los EEUU en un ámbito determinado pudiendo legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes de forma conjunta, como sucede en materia de "espacio de libertad, seguridad y justicia entre otros. Otra categoría son "las competencias comunitarias exclusivas", en éstas los EEMM han renunciado irrevocablemente a toda posibilidad de acción. Por último "las competencias o ámbitos de apoyo" siendo la única misión de la Comunidad coordinar y animar la acción de los EEMM en determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados.
[6] Para la UE la trata de seres humanos cualquiera que sea su motivo, (explotación sexual o laboral) constituye una violación fundamental de los Derechos Humanos. A ello añade que al afectar en particular a grupos vulnerables como las mujeres y los niños, la UE define su acción en torno a objetivos destinados a proteger a estos grupos y a prevenir y combatir este fenómeno, en particular, reforzando la cooperación y coordinación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados Miembros. Para ello introduce un marco de disposiciones comunes con el fin de abordar cuestiones sobre la protección a las víctimas que sufren estos delitos, integrándose en un marco más amplio de protección contra la violencia, el turismo sexual y la pornografía infantil.
http/europa.eu/pol/justicia y libertad/
El desarrollo de esta política responde al contenido de los artículos 67 a 89 del TFUE. Un amplio desarrollo que fija las orientaciones y objetivos que han de conseguirse para establecimiento de una mayor seguridad de los ciudadanos europeos. Así como el reconocimiento y las garantías de los Derechos fundamentales reconocidos.
Pradel/Corstens establece su definición como "el conjunto de normas penales (Sustantivas, procedimentales y penitenciarias) comunes a diversos estados de Europa para mejorar la lucha contra la criminalidad y especialmente contra la criminalidad organizada transnacional. Vid. Pradel, J.Corstens, G., Droit penal européen, París 2002, pg. 3.
Vid Criminalidad Europea, integración y evolución. "Las sanciones penales en el Derecho de la Unión". SSTJCE de 11.07.1994, asunto 8-74; VID más extensamente Estrada Cuadras, A "Vía Libre al Derecho penal europeo" en Indret 2/2006 pg. 3.



Por el momento es una utopía pensar en la posibilidad de un derecho penal europeo propio regulado en un único instrumento a modo de "Código Penal Europeo".
Se establece una base común en los diferentes ámbitos penales abarcando delitos que se han considerado graves por traspasar las fronteras de los países y que se denominan **"delitos transnacionales".**
Se unifican esfuerzos para establecer criterios homólogos que **justifican una política europea en materia penal**, llegando **hasta donde los límites del principio de subsidiariedad lo permitan.**
Hasta el momento se han podido establecer unos mínimos en la duración de las penas; se ha tratado de establecer el principio de proporcionalidad para rija en el ámbito punitivo, dejando a las legislaciones nacionales aquello en lo que la U.E. no puede, por limitación, entrar a regular.
Debemos hacer referencia inevitable a los sistemas jurídicos de los EE.MM. y que conviven en la UE, presentando grandes diferencias.
El sistema continental y el de la Common-Law (Reino Unido); incluso dentro del sistema continental encontramos grandes diferencias respecto de los países que entrarían, por ejemplo: los países nórdicos respecto de los países mediterráneos. Gran parte de la doctrina habla de una Europa en la que existen claramente diferenciadas tres tipologías definidas sobre la base de índices socio-económicos, culturales y de política penal real, que vendrían a corresponderse con los siguientes sistemas respectivamente: un neoliberalismo atenuado, en comparación con el de Estados Unidos, que estaría representado en Europa por el Reino Unido, un corporativismo social-democrático, propio de los países nórdicos, (los tres países escandinavos y Finlandia) y un corporativismo conservador, que forma un grupo amplio y heterogéneo en el que se incluiría explícitamente Alemania, Holanda, Francia e Italia. Con respecto a España, en opinión de Josep Tamarit Sumalla[7] resultaría difícil que encajase en uno de los modelos indicados, teniendo en cuenta que en base a uno de los índices manejados en el estudio de investigación coordinado por este autor (la ratio de población penitenciaria), el modelo penal podría encajar en el neoliberal, pero existen grandes diferencias respecto a los países anglosajones. Por otro lado encuadrarlo en el nuevo grupo de países "punitivistas" con alta cota de encarcelamiento (en el que se integran los países del este igualmente con grandes diferencias) tampoco encajaría.

4.- FUNDAMENTACION Y EVOLUCION DEL TERCER PILAR DE LA UNION EUROPEA

Partimos de grandes diferencias de la propia legislación nacional, con un objetivo supranacional, armonizar legislación penal en materia común; su fundamentación, la encontramos en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1992, por el que se crea el Tercer Pilar de la UE orientado a la cooperación en los ámbitos de la

[7] Vid Las Sanciones penales en Europa, Coordinador Tamarit SumallaJose, 2009 1ª Ed, Aranzadi Thomson Reuters ISBN 978-84-9903-187-3 (Autorización expresa para su uso por Ed Aranzadi Thomson Reuters Febrero 2012) cit. Pgna. 32

justicia y de los asuntos de interior (Título VI (JAI)). Con la entrada en Vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 de Octubre de 1997, en vigor el uno de Mayo de 1999, se produce una reformulación del "Tercer Pilar". Se fija como objetivo prioritario el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, la cooperación policial y judicial para su consecución así como la aproximación de las legislaciones penales nacionales cuando corresponda.
El TUE establece una habilitación normativa prevista en sus artículos 29 y 31.1 letra e) otorgando además a la Comisión Europea el derecho de iniciativa en el Tercer Pilar. Fruto de ello son los diversos instrumentos que han sido aprobados entre los que destacan las Decisiones Marco, adoptadas por el Consejo de la Unión Europea y que van destinadas a establecer unos mínimos o reglas bases respecto a los elementos constitutivos de delitos y penas en los ámbitos fijados en el Tratado.

5.- BREVE REFERENCIA A LA CREACION DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En Diciembre de 1998 se adoptó el Plan de Acción del Consejo y la Comisión relativo al área de Libertad, Seguridad y Justicia, (DOC 19, de 23 de enero de 1999) analizando cuál sería la forma más adecuada de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de dicho espacio de libertad, seguridad y justicia[8].
En el Consejo Europeo Especial de Jefes de Estado y Gobierno que se celebra en Tampere en Octubre de 1999[9] culmina decisivamente con el impulso a la creación de una Espacio Judicial Europeo. A partir de este momento comienza la labor de aproximación de las normas de Derecho Penal de los EE.MM., siempre que sea necesario. En principio se aplicaría en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. **El proceso de armonización de las infracciones** comienza de forma lenta y a diferente velocidad con relación al proceso de las sanciones. Se debe tener en cuenta que los EEMM, debían adoptar los principios fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en función de la punibilidad, sin olvidar su significado ni el "IusPuniendi" que es potestad del Estado.
El Plan de Acción de Viena en su apartado 46, establece la aproximación de normas y en particular, estima indispensable adoptar medidas por las que se establezcan normas mínimas sobre los elementos constitutivos de delito y las sanciones aplicables. En caso necesario se podría procede a la adopción de otras medidas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas. Establecía la conveniencia de examinar una serie de delitos entre los que se encontraban: el tráfico de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Siguiendo el Consejo de Tempere en el apartado 48 concluye "con la necesidad de centrarse en definir términos, establecer inculpaciones y sanciones comunes en fase inicial sobre una serie limitada de sectores de especial consideración". Entre ellos, indica como prioritario la trata de seres humanos y en particular la explotación de mujeres y la explotación sexual de la infancia, así como la delincuencia de alta tecnología.
Con todos estos trabajos previos, se inicia en el seno del Consejo de Europa la consecución de acuerdos sobre, qué método adoptar para llevar a cabo la armonización en todas estas materias. Se concluye con la aprobación del Texto en el que se establece las pautas primeras para llevar a cabo la armonización, adoptado en la sesión 2423 del Consejo, Justicia, Asuntos de Interior y Protección civil. se traza inicialmente una línea de trabajo que será la guía de los actos que se elaboren posteriormente por la UE en este ámbito. Se establece un denominador común que radica en el empleo de esta línea conducente al establecimiento de penas eficaces, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición, así como en la fijación de una duración mínima de la pena máxima. Todo ello dentro de un contexto de reconocimiento mutuo, permitiendo hacer efectivo el reconocimiento de validez de sentencias u otras resoluciones de autoridades judiciales de un EE.MM. con respecto a los demás Países miembros
A partir del año 2000 la evolución será más dinámica y progresiva.

5.1 -Dificultad de Armonización Normativa En Materia de Derecho Penal de los Estados Miembros. Argumentación

[8] Plan de Acción de Viena.
[9] http://ue.eu.int./es/Info/eurocouncil/indez_es.htm

De forma breve, concisa y resumida puedo precisar que si bien el TUE en su artículo 29, fija y atribuye a la UE, el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de la Unión un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para alcanzar ese objetivo es imprescindible realizar una aproximación de las normas de derecho penal de los EE.MM., siempre que sea necesario. Todo ello queda reforzado en el artículo 31 del TUE.
Sin olvidar la sentencia del TJCE de 13 de Mayo de 2005 dictada en asunto C-176/03, acerca de las consecuencias, a que dicha interpretación jurisprudencial puede conducir. Dada la materia que interpreta "el derecho penal y el tercer pilar de la UE". En consecuencia, **esta sentencia aclara que "el derecho penal como tal, no constituye una política comunitaria".** La **Acción de la Comunidad en materia penal, sólo puede basarse en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica, por lo que sólo se hace posible en principio, un abordaje de armonización sobre esta materia de forma sectorial.** De esto se deduce que **la armonización podría alcanzarse, por el tercer pilar en el que se apoya, en la incriminación de aquellos comportamientos penalmente típicos con sus sanciones, que incidan en los objetivos comunitarios. En el resto de infracciones, la armonización será de mínimos.**

5.2.- Regulación vigente en materia de Delitos Sexuales con menores; Breve referencia a su evolución

Esta confluencia normativa instando a la aproximación (TUE; Plan de Viena, Consejo de Tampere) ha favorecido el inicio del proceso de armonización de infracciones y sanciones, que sin embargo **está evolucionando a distinta velocidad**.
Presenta por un lado, una lenta aunque progresiva evolución hacia la adopción de reglas mínimas relativas a los elementos determinados delitos. Sólo hay que observar lo que recogía la Decisión Marco[10] (en adelante D.M) de 2004 sobre la materia estudiada y posteriormente lo que se amplía en la Directiva vigente de 13 de Diciembre de 2011.
Siete años de propuestas, informes y valoraciones han transcurrido de una a otra normativa, para que se establecieran los elementos mínimos sobre los abusos sexuales, no recogidos en la DM de 2004. Laguna que hacía necesario, realizar una interpretación extensiva, que pudiera englobar las conductas relacionadas con los tipos delictivos de "abusos sexuales" dentro de las infracciones sobre "explotación sexual". Si bien en las legislaciones nacionales ya estaban debidamente establecidos y delimitados los tipos penales junto con sus elementos.
Por otro lado en las conductas relacionadas con la explotación sexual, se regulaba en la Decisión Marco de 2004, de forma conjunta, la prostitución con la participación en espectáculos pornográficos y la practica con un niño de actividades sexuales (en este último delito se enmarcaban las conductas de abusos sexuales).
En la Directiva vigente (2011), se establece una regulación diferenciada para la prostitución y la participación de espectáculos pornográficos. Completa el tipo "de realizar actos de carácter sexual con un menor" al establecer "recurriendo a la prostitución". En función de la gravedad del hecho, de la edad del menor y de los elementos que cualifican o no la acción, establece un marco punitivo de mínimos proporcional a los hechos constitutivos de delito.
En este sentido, las legislaciones nacionales estudiadas, presentan una regulación en algunos casos como Inglaterra, Bélgica o Francia muy extensa que comprende las acciones descritas. Aunque no se refleja en las legislaciones estudiadas una diferenciación en la regulación de la prostitución respecto de la participación en espectáculos pornográficos, a excepción de España recientemente modificada su legislación por LO 5/2010 de 22 de Junio.
Respecto de las infracciones relacionadas con la pornografía infantil, en la DM del 2004 se establecía como conductas punibles: la producción, distribución, difusión o transmisión, ofrecimiento o suministro y adquisición de pornografía infantil.
En la vigente Directiva de 2011, se incluyen conductas como "el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación" y "la

[10] **Lucha contra la explotación sexual de la infancia y la pornografía infantil,** el acto por el que se desarrolla la legislación es la **DM 2004/68/JAI del Consejo de 22 de Diciembre de 2003.** Ha sufrido una evolución constante. Su finalidad es aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los EEMM relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal y la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Introduce un marco normativo común en materia de tipificación penal, de sanciones, de circunstancias agravantes, de asistencia a las víctimas y de competencia. **Estuvo en vigor hasta diciembre del 2011, derogada** por **la Directiva UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 , relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil**

posesión". Dos conductas que son directamente relacionadas con el consumo privado; dos críticas principales: que el derecho penal entra en la esfera privada de ciudadanos adultos, al establecer qué contenido sobre representaciones de la sexualidad debe o no poseer, por qué unos sí y otros no. Por otro lado "el acceso a sabiendas" da lugar a interpretaciones de por qué se ha conectado a un sitio donde hay existencia de material pornográfico infantil, si de forma consciente o no, que en esa dirección o ubicación de la red contiene tal material. A partir de ahí establecer una punición directamente sobre el que visualiza tal material o bien lo posee.
¿Pero no debería limitarse a la persecución de aquellos que introducen dicho material en la red? Pues entiendo que la conducta del que introduce el material en la red, estaría dentro de las conductas punibles de "puesta a disposición, difusión o trasmisión". **En todo caso la penalización con obligación de retirar tal material si se hallaren en un portal de internet conocido, a los responsables que mantengan el mismo, añadiendo que será punible en estos casos la tentativa, que a mi juicio resulta complejo establecer la misma**. Así como la introducción del delito de embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, en la vigente Directiva de 2011, conocido como "Childgrooming". Este delito se encuentra regulado en las legislaciones nacionales estudiadas.

6.- JUEGO LEGISLATIVO DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE DERECHO PENAL

En los últimos años, se puede observar como los Estados en general y en particular los aquí analizados, **justifican la adopción de medidas y normas** en las obligaciones internacionales o supranacionales a las que deben dar cumplimiento. Además los dirigentes políticos y los legisladores en el ámbito penal, tienen como norma por defecto, resaltar el origen exógeno de sus iniciativas. Esa supuesta pérdida de los EEMM de su soberanía, en pos del desarrollo globalizado, en una organización supranacional a la que pertenecen de forma voluntaria, así como la exigencia de una armonización jurídica respecto de la legislación penal, resulta algo aparente, máxime cuando la pertenencia a la UE es de carácter voluntario.
Cuando se habla de cesión de soberanía por parte de los EEMM, sigue existiendo la misma, aunque en el seno de la UE, entendiendo que los actos o las Acciones iniciadas por ésta son con el consenso de los EEMM, quienes introducen sus propuestas a través de los mecanismos articulados para ello, con el fin de conseguir ciertos objetivos que implícitamente llevan aparejados un interés propio.
El hecho de que en el ámbito del derecho penal se base en el Tercer Pilar, conlleva una cesión parcial, por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, dejando a las legislaciones nacionales el "Ius Puniendi".
Los EEMM han renunciado en sectores concretos al ejercicio de su soberanía penal, aunque de forma aparente. Ya que a través de la normativa europea pueden justificar la introducción de nuevos tipos penales que van más allá de la "ultima ratio" del derecho penal, en sus propias legislaciones nacionales. Que de otra forma no podrían regular, por encontrar dificultades en sus respectivos Parlamentos Nacionales, para sacar propuestas legislativas penales adelante o bien para liberarse de un proceso de debate que pudiera abrirse, sobre la conveniencia o no, de acudir al derecho penal para introducir nuevas conductas punibles. Conductas que en algunos casos pertenecen a la esfera de la intimidad de la persona y que no debería ser objeto del derecho penal.
Estas tácticas gubernamentales fraudulentas, comienzan a tener un destacado y peligroso papel dentro de la técnica legislativa nacional y que se **denomina "fuera de juego legislativo".** Consiste en las tácticas que utilizan los gobiernos para saltarse las defensas democráticas, que se establecen en sus respectivos Parlamentos para adopción de leyes penales, situándose en una posición antirreglamentaria (UE) desde la que lanzan sus propuestas y consiguen la adopción de una DM, una Directiva, un Convenio Marco (…) entre otros, siendo un reflejo de sus verdaderos intereses nacionales que no han podido satisfacer a nivel interno. Así los EEMM con esgrimir las obligaciones contraídas provenientes de la fuente internacional, desarrollan sus respectivas políticas nacionales.
Como hemos observado en las legislaciones nacionales, se caracterizan en su conjunto, por una política punitiva muy elevada, por el establecimiento de múltiples y variadas conductas de diversa naturaleza e incluso conductas muy subjetivas.

Otro de los factores que influyen en la diferenciación de dos velocidades para la armonización sería la relativa a las normas del proceso penal, en la medida que los EEMM se han visto

obligados a asumir los principios fundamentales del proceso tal y como se recogen en el Convenio Europeo de Derecho Humanos.
Ralentizándose aún más esta armonización, con respecto a las sanciones penales.

6.1- La U.E. Derecho comparado de los Estados Miembros, actuales políticas criminales. Fundamentación de la necesidad de su estudio.

Ya hemos visto la tendencia de una armonización sectorial que se impone en la última década de forma más incisiva, tras el Consejo Europeo de Tampere, se llevan a cabo trabajos relevantes para la adopción de metodología a aplicar en las propuestas de técnicas de armonización. **En estos trabajos se ha insistido en la enorme disparidad** reinante entre los diferentes elementos que integran el sistema de penas en los EEMM. Lo que conlleva una peligrosa distorsión derivada de una posible aproximación de sanciones sin tener en cuenta el conjunto del sistema represivo, obteniéndose con ello una armonización ineficaz y controvertida.
También se esgrime el problema de una sobre-criminalización y expansión del derecho penal que se ha dado. Debo señalar que en materia de armonización de sanciones penales la Comisión presenta en el año 2004 un importante instrumento, el "Libro Verde" sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la UE.
Este instrumento, trata de definir las diferencias en materia de penas que resultan perjudiciales e identificar los posibles límites que habría que imponer para garantizar la realización de un espacio europeo de justicia.
Sin embargo la realidad es, que hasta la fecha, la armonización es sectorial y sólo respecto de la pena privativa de libertad, mediante una fórmula excesivamente general[11].
A ello hay que añadir, las divergencias existentes en los ordenamientos de los EEMM analizados, en la regulación de estas penas y en la tipificación de las infracciones que con ellas se conminan. Por todo esto, **se suscitan cuestiones de índole jurídica y política.**
En materia de penas privativas de libertad, la aceptación del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias impuestas, constituye un avance importante en el objetivo de posibilitar, el cumplimiento de las penas dictadas por los órganos judiciales de un EEMM en centros penitenciarios de otro EEMM, en el que el condenado tenga fijada su residencia habitual..
Sin embargo los estados pretenden evitar el alto coste económico derivado de la ejecución de penas impuestas a no nacionales, así como, facilitar la aplicación de agravantes de reincidencia y medidas de similar efecto a delincuentes peligrosos y reincidentes. Como ejemplo, en la legislación española se introduce en el CP a efectos de reincidencia en los delitos sexuales, el reconocimiento de sentencia dictada por un EEMM por un delito de la misma naturaleza.
Sin embargo para que se proceda a una verdadera armonización deberá tenerse en cuenta ciertas cuestiones.
Qué fin se le va a da a la pena privativa de libertad (prisión), partiendo de la coexistencia de esta pena en el catálogo sancionador de todos los EEMM y qué otras sanciones podrían sustituir a ésta.
El problema estriba en que en todos los países estudiados, salvo España, recogen en su legislación la pena de prisión perpetua, o cadena perpetua. Se podría valorar la posibilidad de eliminarla, por una prisión de mayor duración aunque temporal.
La necesidad de establecer una supervisión de los penados que pasan a libertad condicional, con aquellas medidas que en función de la criminalidad y peligrosidad del sujeto sean más adecuadas.
Sería necesario establecer un marco máximo y mínimo de duración de la pena privativa de libertad en abstracto, pero determinándose la relación de los diferentes tipos de infracciones penales, que deban ser sancionados con esta pena.
Lo que significa la superación de la técnica de fijación del mínimo de la pena máxima por un lado y fijar un límite máximo de pena privativa de libertad. **Este máximo deberá fundamentarse en razones retributivas y de prevención.**

[11]Penas efectivas proporcionadas y disuasorias, con fijación en muchos casos de la duración mínima de la pena máxima.

El problema principal, es la concepción de la pena privativa de libertad en las legislaciones nacionales estudiadas. Para aquellas infracciones más graves donde se establece la pena de prisión perpetua, **no justificaría una política Europea, la disminución de la misma por un período de tiempo, con salida posterior en libertad condicional del sujeto.**
Aunque para otros sectores más laxos con respecto a la represión punitiva, podrían aprovechar un cambio proveniente de la UE para eliminar la cadena perpetua y flexibilizar la pena privativa de libertad, lo que sortearía que la opinión pública pudiera abrir debate alguno sobre estas cuestiones.
Entonces, podríamos hablar de una verdadera armonización en el derecho penal, alejado de objetivos o intereses nacionales encubiertos y avanzando con una misma velocidad.
Aparte de esta pena, los EEMM presentan una tendencia actual, a la introducción de disposiciones o normativas en las que otorgan un mayor papel a la reparación de la víctima menor[12]. Los EEMM han introducido reformas legislativas en las que la reparación se configura como orientativa de la pena privativa de libertad. Se constituye como criterio para evaluar la reinserción del condenado con vistas a su progresión, o se tiene en cuenta a la hora de destinar los posibles beneficios derivados del trabajo penitenciario.

La UE establece un marco favorable a la introducción de elementos reparadores en la ejecución de la pena de prisión. Aunque los EEMM van adoptando con lentitud esta medida, **se vislumbra una velocidad diferente en su implementación**.

Concluyo finalmente con la convicción de que el proceso armonizador se va consiguiendo en materias importantes del derecho penal, aunque con lentitud y a diferente velocidad como hemos visto.
La duda que me surge en este ámbito, es si realmente tal armonización es consecuencia de una voluntad conjunta para crear un marco común de protección, o más bien resulta una nueva mesa donde jugar todos los EEMM conjuntamente sus cartas, para obtener aquello que de otra forma no podría satisfacer a través de sus mecanismos nacionales. Como todo en política es un arma de doble filo. Mientras continúe apoyándose en el tercer pilar de la UE, seguiremos con una armonización sectorial. La tendencia es de una política cada vez más represiva en la UE, siendo un fiel reflejo de las políticas nacionales represivas en materia penal que presentan una gran mayoría de los países.
Queda mucho por analizar, desgranar y estudiar para llegar a criterios que puedan servir de base a la hora de definir la política criminal de la U.E y el papel real de los Estados Miembros con relación al derecho penal Europeo.

---

[12] Debe tenerse en cuenta que en los tratados internacionales habitualmente se utiliza la expresión «niño» como equivalente a menor de edad. Así, el artículo 9.3 del Convenio de Budapest sobre Cibercrimen, realizado en el marco del Consejo de Europa, de 23-XI-2001 que define el concepto de «menor» como cualquier persona que no alcance los dieciocho años. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño define al menor como menor de dieciocho años. Sin embargo, aquí no puede aceptarse esa equivalencia porque se apreciaría siempre el tipo agravado cuando estuviesen presentes menores de edad, que es lo que requiere el tipo básico que se queda sin contenido, salvo en lo que respecta a la referencia a los incapaces. En la doctrina española se ha propugnado ya la delimitación internacional de tal concepto que no puede coincidir con el de menor de edad: J.L. Díez Ripollés, « Trata de seres humanos y explotación sexual…», *op. cit.*, pp. 17 y ss.; J.L. de la Cuesta Arzamendi, «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de los organismos internacionales y europeos», *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, 21, Madrid, 1999, p. 372, donde indica que en Europa se tiende a fijar el límite en la edad de quince años.

LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Mª Monserrate Rodríguez Egío
Universidad de Murcia

RESUMEN: El contexto socioeconómico que sustenta las obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales, en el ámbito de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores inmersos en situaciones de concurrencia empresarial, no es otro que el fenómeno de la descentralización productiva. En el presente trabajo se analiza el supuesto recogido en el art. 24.1 LPRL, y su desarrollo reglamentario, en relación a lo dispuesto para los trabajadores autónomos en el art. 8.3 la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA), señalando los problemas de inseguridad jurídica que la aplicación práctica de esta normativa suscita, y que, en definitiva, afectan directamente al deber de garantizar una protección eficaz para la seguridad y salud de los trabajadores afectados.

PALABRAS CLAVE: Riesgos, descentralización, autónomos, cooperación, trabajadores.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE EMPRESAS

Como consecuencia de la globalización, en los últimos años se ha venido desarrollando un proceso de cambio que afecta a la estructura y a la organización empresarial, que se ha venido a denominar "descentralización productiva". Dicho proceso se encuentra ampliamente extendido en España.

En la generalidad de los sectores productivos se recurre a esta forma de organización empresarial, ya se trate de actividades industriales o de servicios, públicas o privadas, teniendo especial incidencia en el sector de la construcción, y en sectores dedicados al transporte y la distribución. Este es un fenómeno presente, asimismo, en casi todos los ámbitos profesionales, afectando tanto a aquéllos donde se requiere mano de obra cualificada, como a aquellos otros en los que prima la no cualificada.

En la medida en que la descentralización productiva se traduce en la externalización de buena parte de la actividad productiva de muchas empresas[1], dicho fenómeno tiene un impacto muy intenso en el campo de la salud y seguridad laboral. No en vano, la externalización de actividades implica la externalización de los riesgos, y, con frecuencia, las labores de mayor riesgo recaen, precisamente, sobre los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas. En este sentido, las obligaciones impuestas a los empresarios concurrentes en materia preventiva, se justifican por la presencia y la influencia de una organización empresarial descentralizada, que puede repercutir negativamente en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores afectados, sobre todo aumentando los índices de siniestralidad.

En los supuestos de concurrencia empresarial, el legislador impone una serie de obligaciones a determinados empresarios respecto de otros empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo, con el fin de que cada uno de ellos pueda cumplir eficazmente las obligaciones de seguridad y salud respecto de sus propios trabajadores, y ello en cumplimiento del art. 14.1 de la LPRL, que establece el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Estas obligaciones interempresariales no surgen del contrato de trabajo ni se integran en su contenido, sino que forman parte de las exigencias legales respecto

[1] Para un estudio en profundidad de la materia, LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ed.Laborum, .Murcia, 2003.

de los contratos civiles o mercantiles que en cada caso hayan celebrado entre sí los empresarios concurrentes.

En este sentido, será cada empresario el que, para poder cumplir su deber de protección respecto de sus propios trabajadores, tendrá que exigir a los demás empresarios el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el art. 24 LPRL y con carácter suplementario las medidas incluidas en el RD 171/2004, de manera que su incumplimiento supondrá un incumplimiento respecto del deber de seguridad de sus trabajadores, con la consiguiente responsabilidad, sin que pueda alegar para eximir su responsabilidad, el incumplimiento por parte de los demás empresarios de las obligaciones instrumentales que les correspondieran. Por tanto, estas obligaciones empresariales se deben cumplir en muchas ocasiones incluso antes de que exista un contrato de trabajo[2].

El RD 171/2004 contempla tres supuestos distintos de concurrencia de empresas, que, en la práctica, suelen estar interrelacionados, ya que normalmente en los supuestos de concurrencia de empresas, existirá en todo caso un titular del centro de trabajo en donde desarrollan sus actividades y con el que normalmente mantendrán algún vínculo jurídico, y en ciertos casos podrá darse un vínculo mayor como la contrata de obras o servicios de la propia actividad, aunque también es posible que las empresas concurrentes no tengan vínculo directo entre sí, o que, de tenerlo, no se corresponda con el de la modalidad contractual señalada, aplicándose en consecuencia y según los casos distintos apartados del artículo 24 LPRL y la normativa de desarrollo del RD 171/2004.

Centramos, en estos momentos, nuestro estudio en la coordinación de actividades empresariales, particularmente, en el análisis de las obligaciones y derechos en materia preventiva del trabajador autónomo en uno de los supuestos de concurrencia empresarial, el establecido en el art. 24.1 LPRL, desarrollado básicamente en el capítulo II del RD 171/2004, en relación a lo dispuesto en materia de prevención de riesgos laborales para los trabajadores autónomos por el art. 8.3 de la LETA.

II. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO

El art 8.3 de la LETA dispone que, cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL.

Ante esta remisión expresa, procedemos al análisis de este primer supuesto de concurrencia, partiendo del texto del art. 24.1 LPRL, que establece que cuando "*en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales",* y que, a tal fin "*establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley*".

Este artículo establece el contenido obligacional básico exigible a las empresas concurrentes, configurando un deber general de cooperación para todas las empresas que concurran en un mismo centro de trabajo, siempre que desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas. Se establece un deber de información recíproca sobre los riesgos de las actividades desarrolladas que puedan afectar a trabajadores de otras empresas presentes en el centro.

El legislador parte, en este supuesto, de que la concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo, de manera inevitable, da lugar a factores de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores vinculados con los distintos empresarios

[2] En este sentido MARTÍN HERNÁNDEZ.M.L, *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2006, págs.181-183.

concurrentes y, para prevenirlo, impone un deber de colaboración interempresarial en la aplicación de las medidas de seguridad que en cada caso resulten necesarias para prevenir los riesgos existentes.

En este caso, la seguridad colectiva dependerá de la acción y colaboración de todos los empresarios y de la colaboración de todos los trabajadores, exigiendo la eficacia de la seguridad colectiva en los supuestos de concurrencia empresarial la coordinación de actuaciones preventivas de todos los empresarios involucrados, requiriéndose, por tanto, una planificación de la actividad preventiva de cada una de las empresas coordinadas[3].

Este deber se concreta en la adopción de los medios de coordinación que sean necesarios para garantizar la protección y la prevención de riesgos laborales y el derecho de información sobre los mismos a los trabajadores afectados.

La concurrencia del trabajador autónomo en estas circunstancias le obliga por un lado a informar acerca de los riesgos que su actividad proyecta sobre los demás trabajadores que concurren en un mismo centro y, por otro lado, se le reconoce el derecho a ser informado acerca de los riesgos que provocan la actividad de los demás trabajadores concurrentes sobre él, así como sobre las situaciones de emergencia que se produzcan. Al mismo tiempo, si el trabajador autónomo tiene trabajadores a su cargo debe facilitarles esta misma información.

La Exposición de motivos del RD 171/2004, establece que el "*capítulo II se dedica al desarrollo del apartado 1 del artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*". Acudimos, por lo tanto, al Capítulo II del citado RD, en sus artículos 4 y 5, para el análisis de este supuesto; en tales artículos se desarrollan las obligaciones exigibles a los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo cuando desarrollen actividades en el mismo trabajadores de dos o más empresas, regulándose, en primer lugar, el deber de cooperar, que implica para las empresas concurrentes, por un lado, el deber de informarse recíprocamente antes del inicio de las actividades en el mismo centro de trabajo sobre los riesgos específicos de estas actividades, siempre que puedan afectar a los trabajadores de las demás empresas, y, por otro, el deber de establecer los medios de coordinación necesarios y pertinentes para la prevención de riesgos laborales.

1. Deber de Cooperación

En primer lugar, el supuesto de hecho regulado en este marco jurídico exige la concurrencia en un mismo centro de trabajo de trabajadores de varias empresas, incluidos los trabajadores autónomos (centros comerciales, edificios de oficinas etc.). Para los empresarios concurrentes existe un deber de cooperación por el mero hecho de coincidir en un mismo centro trabajadores de varias empresas, y se extiende a todas las empresas concurrentes y a los trabajadores autónomos. En este sentido, el deber de cooperación nace del hecho de la mera concurrencia, sin que sea preciso que exista ningún vínculo jurídico entre las empresas concurrentes.

Respecto de la exigencia de coincidencia en un mismo centro de trabajo, recordamos lo expuesto, en su definición, en el art. 2 de RD, donde se hace mención a cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder en razón de su trabajo. Así pues, la norma no exige la coincidencia en un "centro de trabajo" en el sentido estricto y formal que impone el art. 1.5 del ET, sino que viene referido al concepto más amplio, en un sentido parecido al establecido en el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud de los lugares de trabajo, que considera como lugar de trabajo las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que trabajadores puedan acceder en razón de su trabajo, incluyendo los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios, los comedores y las instalaciones de servicio o protección anejas.

El deber de cooperación se concreta, por tanto, en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, entendiendo sujetos activos del deber, tal y como establece el art.

[3] Véase, NAVARRO NIETO, F., *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales* ,Bomarzo, Albacete, 2005

4.1 del RD 171/2004, a todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos, y siempre que en los centros existan trabajadores de alguno de ellos o de todos (art.24.5LPRL).

Una vez definido el ámbito de aplicación de esta norma, cabe plantearse qué implica el deber de cooperación. Para cumplir con este deber las empresas concurrentes tendrán que realizar todas aquellas acciones preventivas de coordinación que en cada caso resulten necesarias para conseguir prevenir los riesgos laborales que afectan a todos los trabajadores vinculados con cada una de ellas durante el cumplimiento de su prestación laboral y, en particular, para que cada uno de los empresarios concurrentes puedan transmitir a sus respectivos trabajadores la información que en materia preventiva resulte necesaria, en los términos exigidos por el art. 18.1 de la LPRL. De manera acertada, se ha señalado que el incumplimiento en los supuestos de concurrencia empresarial de la obligación de coordinación por parte de algunos de los empresarios concurrentes originará uno o varios riesgos laborales tanto para sus propios trabajadores como para los trabajadores de otros empresarios presentes en el centro de trabajo. De esta forma los trabajadores podrán exigir única y exclusivamente de su empresario, ejerciendo su derecho subjetivo a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, que adopte las medidas necesarias para prevenir dichos riesgos laborales, ya sea cumpliendo él mismo sus obligaciones o exigiendo al resto de empresarios concurrentes que las cumplan. El empresario laboral es el sujeto que exclusivamente ha sido configurado por el legislador como garante de la protección eficaz de la seguridad y salud de sus trabajadores y, por tanto, será éste, el que se encuentra obligado por la norma a adoptar todas las medidas de seguridad que sean necesarias para obligar a los demás empresarios concurrentes a que cumplan las obligaciones que, por imperativo legal le correspondan, al objeto de prevenir los riesgos laborales que afectan a sus trabajadores y que ha sido originados por el incumplimiento de cualquiera de los empresarios concurrentes[4].

El cumplimiento del deber de cooperación, según el art. 24.1 LPRL, se llevará a efecto a través del nombramiento de los medios de coordinación que sean necesarios y pertinentes, y a través de la información sobre los riesgos laborales a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 LPRL. En este sentido, el art. 4, números 2 a 5, RD 171/2004, desarrolla el deber de información, mientras que el artículo 5 regula el establecimiento de los medios de coordinación necesarios

2. Deber de información

El RD 171/2004 configura este deber como un deber de información tanto interno de las empresas a sus trabajadores, como externo y recíproco entre ellas y respecto de los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo, y que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro.

Dicha información será tenida en cuenta por los empresarios concurrentes al cumplir lo previsto en el artículo 16 LPRL.

El RD 171/2004 exige la transmisión de estas informaciones, pues el deber de cooperar se completa con la información que cada empresario ha de dar a sus respectivos trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo.

2.1. Deber de información externo recíproco

Respecto de este deber, las dudas comienzan a suscitarse con la mera lectura del art. 4.2 del citado RD, donde se establece que "*las empresas a que se refiere el apartado 1 deberán informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro, en particular sobre aquellos que puedan verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades*".

[4] En esta línea MARTÍN HERNÁNDEZ.,M.L *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. cit., págs.218

En primer lugar, siguiendo la opinión de una parte de la doctrina, consideramos que el derecho de información supone un derecho de cada una de las empresas concurrentes respecto de sus trabajadores, obligación que ya partía del art. 18 LPRL. La novedad del RD 171/2004 reside en la obligación de información recíproca entre las empresas concurrentes. Ciertamente, el RD 171/2004 exige la información recíproca entre estas empresas respecto de los riesgos específicos de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo y que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes en el centro, en particular sobre aquellos que puedan verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de estas actividades[5].

En este punto cabe preguntar: ¿cuándo cabe considerar que puede verse afectado el resto de trabajadores?, ¿quién lo decide? o ¿qué criterio se ha de seguir para conocer nivel de gravedad?, ¿quizás el método del INSHT o el método FINE? El método del INSHT refiere mayor o menor gravedad del riesgo en función de factores como la probabilidad de que ocurra un daño y la gravedad en la consecuencia de ese daño, mientras que el método FINE, introduce, por ejemplo, el criterio del coste de económico que supone la recuperación del trabajador.

Respecto a cómo ha de ser la información, el art.4.2 dispone que ésta "*deberá ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes que sea relevante a efectos preventivos y cuando se haya producido una situación de emergencia*"; asimismo, señala que aquélla "*se facilitará por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves*".

Al respecto, advertimos que el RD 171/2004, vuelve a utilizar el adjetivo de "suficiente" que ya aparece en el art. 18 de la LPRL, con los problemas que puede plantear su medición respecto a qué se entiende por "suficiente" y que ahora se verían agravados en los supuestos de concurrencia, al coexistir riesgos de las distintas empresas. En este sentido, podríamos entender que la información proporcionada de manera recíproca por los empresarios concurrentes, respecto de los riesgos específicos de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo, debe permitir a cada empresario conocer realmente cuáles son los riesgos que se derivan de la concurrencia empresarial, riesgos éstos que unidos a los riesgos propios de cada actividad empresarial le permitirán al empresario adoptar las medidas de seguridad pertinentes para prevenir unos y otros, de manera que respecto de los riesgos de la concurrencia se establezca una colaboración interempresarial, dirigida en base a lo dispuesto en el art. 15 LRL, a la prevención de dichos riesgos, a su eliminación o a su reducción siguiendo los principios establecidos en dicho artículo.

Respecto a la temporalidad de la obligación, esta información deberá ser exigida por la empresas concurrentes antes del inicio de las actividades y, eventualmente, cuando se produzcan cambios en las actividades desarrolladas que sean relevantes a nivel preventivo y también cuando se produzcan situaciones de emergencia.

La regulación existente en la materia suscita algunos interrogantes: ¿qué entendemos por inicio de la actividad?, ¿una vez se ha comenzado a trabajar o a la firma del contrato?; y en caso de que no exista vínculo jurídico entre las empresas, ¿cuál sería el momento?, o, en el caso de que ni siquiera se conocieran los riesgos propios porque no se tiene la evaluación de riesgos realizada ¿qué ocurriría?; ¿cuánto tiempo se debe esperar para exigir el cumplimiento de la obligación de información recíproca sobre los riesgos específicos de la actividades que se desarrollan en el mimos centro y que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas?

A lo anteriormente expuesto añadimos, en el caso de los trabajadores autónomos en situaciones de concurrencia, pero que no tienen trabajadores a su cargo, que si bien parece claro que la obligación de informar debe partir de una identificación de los riesgos de su actividad y de una calificación de los mismos con objeto de determinar si la información debe o no facilitarse por escrito, sin embargo esta obligación no parece desprenderse ni de la LETA ni de la LPRL, ni del RD que la desarrolla, lo cual dificultaría el cumplimiento de este mandato.

---

[5] AGUILERA IZQUIERDO.R, "El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: La coordinación de actividades empresariales", *Revista del MTAS, cit.,* pág. 272

Las dudas que suscitan los anteriores interrogantes sitúan el cumplimiento de este deber en una situación de gran inseguridad jurídica. Idénticos problemas se plantean cuando intentamos valorar el momento en el que se produzca un cambio relevante a efectos preventivos: ¿quién lo valora?, ¿uno de los empresarios?, ¿quizás un órgano técnico, como un servicio de prevención o quién?, y, de otro lado, ¿qué se entiende por relevante?

Respecto a la forma de proporcionar la información, el RD 171/2004, exige que se facilite la información por escrito cuando alguna empresa genere riesgos calificados como graves o muy graves. En este sentido, en primer lugar, señalamos que la información puede facilitarse de forma verbal, lo que puede plantear problemas a la hora de poder comprobar su cumplimiento, y además, si esa información, según el mismo artículo, debe trasladarse a los trabajadores propios, no entendemos que la norma no exija que dicha información en todos los casos se facilite por escrito. Por otro lado, reiteramos que el RD 171/2004 no define lo que se entiende por grave o muy grave, por lo que, en la práctica, nos lleva a preguntarnos cuándo debe constar por escrito, surgiendo nuevamente la incertidumbre y la inseguridad jurídica respecto de la comprobación de su cumplimento.

En cuanto a la calificación del riesgo como grave o muy grave, cabe señalar que, en atención a lo dispuesto en el art. 4.2º de la LPRL, para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorará conjuntamente la posibilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Para dicha valoración, el RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, establece, en su artículo 5, respecto al procedimiento de evaluación de riesgos y, por tanto, en su fase de valoración, que "*a partir de la información obtenida sobre la organización, características y complejidad del trabajo, sobre las materias primas y los equipos de trabajo existentes en la empresa y sobre el estado de salud de los trabajadores, se procederá a la determinación de los elementos peligrosos y a la identificación de los trabajadores expuestos a los mismos, valorando a continuación el riesgo existente en función de criterios objetivos de valoración, según los conocimientos técnicos existentes, o consensuados con los trabajadores, de manera que se pueda llegar a una conclusión sobre la necesidad de evitar o de controlar y reducir el riesgo*"**.** Para esta valoración se podrán utilizar varios métodos, criterios profesionales o procedimientos, siempre que proporcionen confianza sobre su resultado, cumplan lo establecido en el primer párrafo del apartado 2 de este artículo, y proporcionen un nivel de confianza equivalente. En caso de duda deberán adoptarse las medidas preventivas más favorables, desde el punto de vista de la prevención.

De lo anterior se deduce que, según el método aplicado en la valoración del riesgo, el resultado de dicha valoración con respecto a la gravedad o peligrosidad será uno u otro, no existiendo equivalencia a nivel técnico entre estos métodos, por lo que conllevaría cierta inseguridad jurídica exigir su cumplimiento.

El RD 171/2004, respecto al deber de información dispone, además, que cuando, "*como consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes, se produzca un accidente de trabajo, el empresario deberá informar de aquél a los demás empresarios presentes en el centro de trabajo*". En este caso, la obligación será la de informar a los otros empresarios concurrentes de aquellos accidentes ocurridos como consecuencia de simultanear o concurrir las diversas actividades, dado que el riesgo se ha actualizado y ha producido un accidente laboral. En este punto, consideramos que el legislador debía haber exigido expresamente que en todos estos casos la información se proporcionara por escrito, recordando que la LPRL sí impone notificar por escrito la existencia de los accidentes con baja y sin baja a la autoridad laboral, además de exigir la investigación del accidente que según los establecido en el art.16 LPRL.

El art.4.4. RD 171/2004 manifiesta que la información a que se refiere el apartado 2 "*deberá ser tenida en cuenta por los empresarios concurrentes en el centro de trabajo en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*", y que, para ello, "*los empresarios habrán de considerar los riesgos que, siendo propios de cada empresa, surjan o se agraven precisamente por las circunstancias de concurrencia en que las actividades se desarrollan*".

El legislador relaciona en este apartado la obligación de información recíproca respecto de los riesgos específicos de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, con las obligaciones básicas de cada empresario de realizar la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva.

Desde el punto de vista de los trabajadores afectados por las situaciones de concurrencia, éstos tienen derecho a exigir a su empresario que a la hora de identificar los riesgos laborales existentes en la organización productiva en la que van a desarrollar su prestación laboral, además de los riesgos propios, deba tener en cuenta la información proporcionada por los empresarios concurrentes respectos de los riesgos específicos de las actividades que se desarrollen en el centro, en especial, aquellos riesgos que surjan o se agraven por las situaciones de concurrencia, para así poder exigir que se eviten aquellos que resulten evitables o, por otro lado, que se evalúen aquellos que resulten inevitables, a los efectos de reducirlos lo más posible, utilizando para ello las medidas de carácter tecnológico u organizativas oportunas.

Respecto de la exigencia de contemplar en la planificación preventiva de cada empresa concurrente, la información recibida por cada empresario sobre los riesgos específicos de las actividades desarrolladas que puedan afectar a los trabajadores de otras empresas concurrentes en ese centro, cabe señalar que, en este punto, contemplamos dos derechos de los trabajadores. Por un lado, la exigencia de la planificación de la actividad preventiva, que nace del art. 16 LPRL previamente a su implantación y por otro, la exigencia de su ejecución de conformidad a lo planificado.

Como conclusión, el deber de cooperación pretende no sólo prevenir los riesgos derivados del desarrollo de actividades en un mismo centro respecto de los trabajadores afectados por la concurrencia, sino también protegerles frente a aquellos riesgos que se hayan identificado y evaluado y no hayan podido eliminarse a través de las evaluaciones de riesgos de sus respectivas empresas, para lo cual los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las medidas preventivas oportunas -mientras exista la presencia de estos trabajadores en un mismo centro- y contemplar estos riesgos en el documento de planificación preventiva.

2.2. Deber de Información interno

Este deber de información se establece, para cada empresario concurrente respecto a los trabajadores de su empresa, y viene regulado en el art. 5.4 RD 171/2004 en relación a lo establecido en el art. 9.3 y en el art. 12.3 de la citada norma.

Así, el art.5.4 RD 171/2004 mencionado dispone que cada empresario "*deberá informar a sus trabajadores respectivos de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo en los términos previstos en el artículo 18.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*".

En primer lugar, analizamos brevemente la remisión expresa que realiza el RD 171/2004 al derecho de información establecido en el art.18.1 LPRL. La LPRL establece la obligación del empresario de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos a que se encuentran expuestos en el trabajo, tanto aquellos que influyan sobre la empresa en su conjunto, como de los que afecten únicamente al puesto de trabajo o función que ocupa o realiza el trabajador individualmente.

Dicha obligación incluye la adopción de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a todos los riesgos existentes en la organización empresarial, incluidas las medidas de emergencia.

En los supuestos de concurrencia empresarial este derecho se amplia y precisa, indicando el RD 171/2004, por un lado, el derecho de los trabajadores a recibir información sobre los riesgos que se deriven de la propia concurrencia de actividades, y por otro, el derecho de los trabajadores de recibir información respecto de los medios de coordinación establecidos conforme al art. 12.3 RD 171/2004.

Al mismo tiempo, cuando los medios de coordinación establecidos sean la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo o la designación de una o más personas encargadas

de la coordinación de actividades empresariales, se facilitará a los trabajadores los datos necesarios para permitirles su identificación.

De otro lado, el art. 9 del RD 171/2004 establece la obligación de los empresarios concurrentes de comunicar a sus trabajadores la información y las instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo en los términos previstos en el art. 18.1 LPRL. De esta forma, los trabajadores afectados por las situaciones de concurrencia de actividades de distintas empresas en un mismo centro de trabajo tienen derecho a recibir tal información de su empresario, con el fin de poder cumplir su prestación laboral en unas adecuadas condiciones de seguridad para su salud.

Entendemos la obligación del empresario de facilitar información a sus trabajadores como deber de protección de la vida, la integridad física y moral, y la salud de sus trabajadores frente a los riesgos laborales propios y frente a los riesgos derivados de la situación de concurrencia. Esta información será facilitada individualmente a cada trabajador por parte de su empresario cuando se refiera a los riesgos laborales que afecten en particular a su puesto de trabajo y a las medidas de seguridad adoptadas para prevenirlos. Cuando la información se refiera a los riesgos generales de la empresa y a las medidas implantadas para hacerles frente, esta información se transmitirá a cada trabajador a través de sus representantes, si existieran, o de forma colectiva a través del procedimiento que se establezca en cada caso.

La obligación empresarial de información y la correlativa facultad de los trabajadores de ser informados en los términos expresados en el art. 18.1 LPRL, posee un carácter instrumental puesto que la información por sí misma, no sirve para prevenir los riesgos existentes en cada caso, sino que simplemente constituiría un medio fundamental para que el trabajador se encuentre en condiciones de poder ejercer el resto de facultades que forman parte de su derecho subjetivo a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como una condición indispensable para que pueda cumplir sus obligaciones.

De esta forma, la información que han de recibir los trabajadores en materia de seguridad y salud debe reunir la condición de ser suficiente y adecuada.

Este requisito de suficiencia, debe interpretarse en el sentido de que la información ha de ser completa, de forma que los trabajadores puedan realmente conocer cuáles son tanto los riesgos existentes en la empresa en general, como los de su puesto de trabajo, ya sean propios o derivados de las situaciones de concurrencia. Igualmente, los trabajadores deben conocer las medidas de seguridad adoptadas para prevenir estos riesgos. En cuanto a la exigencia de la adecuación, ésta implica que la información ha de ser siempre trasmitida de manera que en todo pueda ser comprendida por los trabajadores destinatarios de la misma, teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada trabajador, tales como el idioma, nivel cultural etc. En este sentido, los trabajadores tienen derecho a que la información que se les trasmita sea clara, y comprensible, de manera que puedan llegar a saber qué es lo que tienen que hacer, cómo y cuándo, todo ello con el fin de conseguir una protección eficaz frente a los riesgos laborales[6].

Respecto de los trabajadores autónomos, con o sin trabajadores a su cargo, en supuestos de concurrencia, este derecho de información, para ser eficaz, ocasiones requiere de estos trabajadores una formación en prevención de riesgos laborales de la que con frecuencia carecen, lo que les dificulta la correcta asimilación de la información recibida en aras, tanto a la protección de su seguridad y salud, como a la del resto de trabajadores.

Por último, conviene recordar que en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, siguiendo lo dispuesto en el art. 18.1 de la LPRL y en el art 9 del RD 171/2004, ésta información se facilitará a los trabajadores a través de dichos representantes.

3. Nombramiento de los medios de coordinación

---

[6] En este sentido, MARTÍN HERNÁNDEZ.M.L *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. Óp. cit., págs.245-246

Partimos del art. 4 RD 171/2004, que impone el deber de cooperación a las empresas concurrentes cuando, en un mismo centro de trabajo, desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas. Este deber de cooperación viene definido como un deber general que se alcanza mediante la consecución de dos deberes específicos que son, por un lado, el establecimiento de los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y la prevención de riesgos laborales, y, por otro, el deber de información, tanto interno de las empresas a su trabajares, como externo y recíproco entre ellas, respecto de los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo y que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro.

Respecto de los medios de coordinación, el art. 5 RD 171/2004 establece que, en cumplimiento del deber de cooperación, los empresarios concurrentes en el centro de trabajo establecerán los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios y pertinentes en los términos previstos en el capítulo V, precisando que, para ello, se tendrán en cuenta, junto a la peligrosidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo, el número de trabajadores y la duración de la concurrencia de actividades.

De este art.5 RD cabe destacar, la generalidad e incertidumbre de la fórmula legal que el legislador ha empleado y que difícilmente va a permitir un criterio seguro de decisión[7] .Son muchas las dudas que la norma suscita, entre las que ahora destacamos algunas como : ¿qué se entiende por medios de prevención necesarios y pertinentes?, ¿cómo se mide el grado de peligrosidad de las actividades?, ¿qué número de trabajadores se necesita tener en el centro de trabajo para establecer un medio de coordinación u otro?, etc. La ambigüedad, indeterminación o indefinición de algunos aspectos de esta regulación de medios de coordinación supondrán, en la práctica, una difícil fiscalización por parte de los tribunales respecto de esta obligación. Por último, cabe señalar que tanto sobre esta materia como sobre las responsabilidades derivadas del incumplimiento del deber de cooperación exigen un estudio detallado que, por razones de espacio, ahora no procede atender.

III.CONCLUSIONES

Una vez analizado este supuesto de concurrencia y, dado el nivel de inseguridad jurídica que se desprende de algunos puntos de los art. 4 y 5 del RD 171/2004, concluimos que será difícil, en la práctica, comprobar el cumplimiento efectivo de ese deber de cooperación de los empresarios concurrentes, lo que supone poner en peligro el derecho de los trabajadores a un protección eficaz sobre su seguridad y salud, también en el ámbito de la descentralización productiva**.**

En definitiva, consideramos que la configuración actual del deber de cooperación como deber general, bajo la concreción de estos dos deberes específicos como son el de establecer los medios necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y el deber de información de las empresas a un nivel interno respecto de sus trabajadores como a un nivel externo de manera recíproca entre ellas, adolece en su regulación de una falta de concreción que favorece la inseguridad jurídica, facilitando un mero cumplimiento formal de estas obligaciones que no garantiza la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores de distintas empresas, incluidos los propios trabajadores autónomos, ni facilita la posibilidad de reclamar ante los incumplimientos que se produzcan.

[7] En este sentido, ALEGRE LÓPEZ J. *La reforma de la Ley de prevención de Riesgos laborale.Ley 54/2003, de 12 de diciembre y Real Decreto 171/2004, de 30 de enero. Ed*. Tirant lo Blanch, Reformas.Valencia.2004, pág. 187.

APUNTES, VALORACIONES Y REFLEXIONES ENTORNO A LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE CONDUCIR COMO PENA PRIVATIVA DE DERECHOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Luis Rodríguez Moro
Profesor sustituto interino, Universidad de Cádiz.

Resumen: Son muchas las cuestiones interesantes en torno a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; una pena con una elevadísima aplicación práctica, teniendo en cuenta la reducida tipología de delitos para la que se prevé. Sin duda son sus más que satisfactorias potencialidades retributivas y preventivas las que la convierten en una pena útil y efectiva, lo que debería servir para alentar su mayor aplicabilidad a otros delitos bien como pena principal bien como pena accesoria.

Sin embargo, la barrera delimitadora entre algunos de los delitos para los que se recoge y las correlativas sanciones administrativas de la Ley de Tráfico no resulta del todo clara, sin que tampoco existan criterios jurisprudenciales uniformes a los que acogerse para acudir a una u otra vía para sancionar los comportamientos infractores de la seguridad vial, lo que en ocasiones se convierte en un problema al suponer un tratamiento diferenciado de comportamientos similares.

Palabras claves: Pena de privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores; fines de la pena; retribución; prevención; diferencia entre los delitos contra la seguridad vial y las infracciones administrativas de tráfico.

Abstract: There are many interesting issues relating to cars and motorcycles driving disqualification, a very high punishment put into practice considering the limited typology of crimes for what it is provided. Its quite satisfactory payment and preventive potentiality are undoubtedly what becomes it a useful and effective penalty and it should be used for encourage a higher applicability to other crimes either main or accessory punishment

However, the delimited barrier between some of the crimes for what it is taken into account and the consecutive administrative punishments from the Road Traffic Act is not entirely clear and there are not uniform precedent judgements available to resort to one way or another to penalise behaviours against the road safety, what sometimes turns it into a problem since it means a differential treatment of similar behaviours.

Keywords: Cars and motorcycles driving disqualification; purpose of the punishment; payment; prevention; difference between crimes against the road safety and road administrative offences.

Mis últimos esfuerzos investigadores, con el deseo de que puedan convertirse en mi próximo trabajo monográfico, están dedicados al análisis de una pena privativa de derechos de relativa reciente incorporación al Código penal. Se trata de la pena privativa del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores, recogida en el art. 47.1, el cual señala "*que inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia*". Posteriormente, el art. 47.3, indica que "*cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción*".

Lo cierto es que la prohibición o inhabilitación para conducir ha sido una sanción de gran tradición y aplicación práctica en la normativa administrativa relativa a la seguridad del

tráfico motorizado de nuestro país (la recoge el art. 63 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, para cuando se pierdan todos los puntos del carnet por puntos). Sin embargo, la previsión de esta sanción como pena no tiene tanto arraigo en la historia de nuestro Derecho penal. Su incorporación al Código no se produjo hasta la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958, que la introdujo como pena accesoria en el entonces vigente Código Penal de 1944. Fue tras la importante reforma de este último por el Decreto de 28 de marzo de 1963, con el que se aprobaba el Texto Revisado de Código penal, cuando se incorporó entre las penas principales. La ley de 8 de abril de 1967 la configura finalmente como pena común[1].

Pero a pesar de su reciente incorporación al Código se trata de una pena con una elevadísima aplicación práctica. Según los datos estadísticos más actuales de que se disponen a través del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2011, el nivel de aplicación de la pena fue del 14.4% del total de penas, esto es, de cada cien impuestas la de privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores se aplicó en 14.4 casos. Concretamente se aplicaron 79.453 de estas penas de un total de 551.387 impuestas. Fue la cuarta pena más empleada en el citado año, por debajo de la prisión (el 24.6% del total), la multa (el 19%) y la inhabilitación especial para empleo (el 17%).

Se trata de un nivel de aplicación muy elevado teniendo en cuenta la reducida tipología de delitos para los que se prevé la pena -tan solo para cinco de las figuras delictivas relativas a la seguridad del tráfico[2] y para los delitos y las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia cometidos utilizando un vehículo a motor-. La justificación de este alto porcentaje reside en la desorbitada aplicabilidad de los delitos relativos a la seguridad del tráfico tras la entrada en vigor de la LO 15/2007, de 30 de noviembre. Esta ley creó nuevas figuras delictivas contra la seguridad vial y amplió en exceso la operatividad de otras ya existentes de la misma clase en las que la privación del derecho a conducir viene recogida como pena de aplicación obligatoria. Ello explica que, en 2011, de las 221.590 condenas impuestas 82.906 lo hayan sido por la comisión de delitos contra la seguridad vial, lo que equivale a un 37.4% del total de condenas en ese año.

En cuanto a los tipos de delitos a los que se aplica esta pena, el 98.1% de las veces lo es por la comisión de delitos contra la seguridad del tráfico, el 1.5% por la comisión de lesiones imprudentes y el 0.3% por la comisión de homicidios imprudentes[3].

Dentro de la clasificación de las penas que el Código Penal recoge en el Título III del Libro I, la pena privativa del derecho de conducir está entre las “privativas de derechos”, en la letra d) del art. 39. Parece la única solución clasificatoria lógica, teniendo en cuenta el contenido aflictivo de la pena, que se concreta en la “privación” del ejercicio de determinados “derechos” relacionados con la circulación vial.

Dentro de esta categoría de penas, su clasificación independiente y separada del resto de inhabilitaciones, así como su propio *nomen iuris* que hace referencia a una “privación” y no a una “inhabilitación”, no ha supuesto ningún obstáculo para que algún sector doctrinal se haya decantado por considerarla una clase de inhabilitación especial más para el ejercicio o desarrollo de un concreto derecho, siendo lo único que la diferencia del resto de inhabilitaciones especiales el hecho de que haya sido incorporada al Código más tarde, motivo

---

[1] A este proceso de incorporación de la pena en el Código se refieren, GÓMEZ PAVÓN, P., “Sobre la degradación y graduación de la pena de privación del permiso de conducir”, en *Revista Jurídica Española. La Ley*, nº 4, 1986, p. 1036; GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 97; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito* (6ª edición). Tecnos, Madrid, 2005, p. 83; y MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito* (5ª edición). Thomsom Reuters, Navarra, 2011, p. 271.

[2] El delito de conducción a velocidad excesiva (art. 379.1), el de conducción bajo la influencia de alcohol o drogas (art. 379.2), el de conducción temeraria (art. 380), el de conducción homicida (art. 381) y el de negativa a someterse a las pruebas de control de consumo de aquellas sustancias (art. 383).

[3] Dentro de los delitos contra la Seguridad vial, el 89% de los casos se ha aplicado por la comisión de un delito de conducción bajo la influencia del consumo de alcohol o drogas; el 5.4% por el delito de conducción temeraria, el 4.5% por el delito de negativa de someterse a las pruebas de control de alcoholemia, el 0.3% por el delito de conducción a velocidad excesiva del art. 379.1, y el 0.1% por la comisión de un delito de conducción homicida del art. 381.

que explicaría esa previsión separada[4]. De hecho, el párrafo 1º del art. 47 del Código, al describir el contenido de la pena lo hace con el vocablo "inhabilitará"; esto es, señala que "la imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio…".

Sin embargo, atendiendo al contenido de la pena, cabe señalar que no constituye propiamente una inhabilitación, pues ésta última, cuando recae sobre un derecho, se caracteriza por privar de él con carácter definitivo, algo que no sucede con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la cual priva al condenado del derecho de conducir durante el tiempo que dura la condena (el art. 47 del Código indica que priva del derecho "durante el tiempo fijado en la sentencia"), pudiendo continuar, pues, con dicho ejercicio al finalizar el cumplimiento de esta última -tan sólo tendrá que acreditar haber superado con aprovechamiento un curso de reeducación y sensibilización vial (apartado 2 de la Disposición Adicional 13ª de la Ley de tráfico)-. De hecho, en cuanto a estos efectos, la pena parece estar mucho más próxima a la de "suspensión de empleo o cargo público" del art. 43 del Código, que específicamente priva del ejercicio de un empleo o cargo público durante el tiempo que dure la condena.

Cierto es que desde 2007, y en virtud del párrafo 3º del art. 47, cuando la pena privativa del derecho de conducir impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará obligatoriamente la pérdida de la vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción. En estos casos, la pena sí supone la pérdida definitiva de dicho permiso o licencia, por lo que el sujeto tendrá que volver a obtenerlos tras la condena si quiere volver a conducir; y ello sin perjuicio de que también tenga que superar el curso de reeducación y sensibilización vial al que se hizo referencia. No cabe duda, pues, que en estos casos la pena comparte los efectos de la inhabilitación especial para un derecho[5].

Ante este doble y heterogéneo contenido de la pena no cabe sino subrayar su carácter singular, lo que sin duda justifica, si cabe más desde 2007, su previsión específica y separada (en el art. 39 d) y 47 del Código) tanto de las inhabilitaciones como de las suspensiones.

En otro orden clasificatorio, el Código penal tan solo prevé la privación del derecho a conducir como "pena principal" para la tipología de delitos para la que se recoge, y siempre como "pena originaria"; nunca como "accesoria" ni como "sustitutiva" de otras. Será una pena "grave" si se aplica por tiempo superior a ocho años, "menos grave" si se aplica por un tiempo de un año y un día hasta ocho años y "leve" si se aplica de tres meses a un año (art. 33). Finalmente, al margen de pena privativa de derechos, también aparece recogida entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, en el art. 96.3.5º del Código.

En cuanto a sus fines, no se puede considerar una pena especialmente grave. Al igual que el resto de penas privativas de "otros" derechos, constituye una forma de restricción en el ejercicio de un derecho -el de conducción de vehículos a motor y ciclomotores- que supone una considerable limitación de la libertad de participación del penado en la vida social[6], pero no una limitación significativa de la libertad ambulatoria, además de que el derecho al que afecta es más que susceptible de ser inhabilitado legítimamente por el Estado[7]. Además, la pena resulta poco o nada estigmatizadora. No obstante, no se puede negar que su contenido es eminentemente aflictivo[8], no solo para los profesionales del volante sino para la ciudadanía en general, pues priva del ejercicio de un derecho de cotidiano y común uso para la mayor parte de la población, aunque ello no suponga en la práctica una afectación idéntica para todo el mundo. Se reserva únicamente para delitos con los que tiene una directa relación, esto es,

---

[4] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, cit., p. 271.

[5] Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., "Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007, p. 88.

[6] Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., "Penas privativas de derechos", en GRACIA MARTÍN, L. (Dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, p. 125, en referencia a todas las penas privativas de otros derechos.

[7] Cfr. MATUS ACUÑA, J. P., "Penas privativas de derechos", en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOÁN, E., *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 124.

[8] BERNAL VALLS, J., "Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal", en *Revista General de Derecho*, nº 652-653, año LV, enero-febrero, 1999, p. 22; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias*, cit. p. 83; y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "Artículo 47", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal* (2ª edición). Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 304.

aquellos en los que el derecho para el que el sujeto resulta inhabilitado es ejercido de forma imprudente o inapropiada, es decir, los delitos relativos (y algunos más vinculados) a la seguridad del tráfico. En este sentido, la pena resulta una consecuencia lógica del delito cometido, lo que sirve para considerarla procedente y justificada[9], y ello tanto desde una perspectiva retributiva (pues no deja de suponer un mal que ocasiona considerables molestias a quien se le impone, sin que sean muy graves) como de prevención especial[10].

Lo cierto es que la pena resulta destacada de un modo muy revelador en relación a esta segunda finalidad preventivo-especial. No cabe duda de que a la mayor parte de las personas sancionadas por estos delitos lo que les importuna, y en este sentido lo que quizá pueda servirles de mejor estímulo para no volver a cometerlas, es el hecho de que se les impida durante un período de tiempo relativamente largo ejercer un derecho de uso tan habitual y frecuente como conducir vehículos a motor o ciclomotores, y que puede suponer una molestia e incomodidad muy grande para su vida diaria, esto es, para desarrollar actividades y relaciones sociales comunes como acudir al lugar de trabajo, visitar a amigos o familiares o ir de vacaciones[11]. Esta atinada finalidad preventiva que cumple la pena en estos delitos es compartida, aunque por razones diferentes, con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en el caso de que se cumpla en algún establecimiento especializado en la atención a los lesionados en accidentes de tráfico, ya que este recurso suele impactar y concienciar –si cabe más, a estos efectos- a los condenados por delitos contra la seguridad del tráfico, al ver estos de cerca las consecuencias reales que produce el desarrollo de una conducción imprudente o indebida[12].

Incluso estas finalidades se alcanzan de un modo mayor en los supuestos en los que la pena es aplicada con una duración superior a los dos años, en los que -tal y como se ha señalado- el apartado 3º del art. 47 del Código amplía, desde 2007, el contenido aflictivo de la pena al implicar ésta no sólo la imposibilidad de conducir vehículos a motor durante el tiempo de condena sino también la necesidad de tener que volver a obtener el permiso de conducir para poder conducir de nuevo vehículos a motor, así como acreditar haber superado con aprovechamiento, una vez que termina la condena, el curso de reeducación y sensibilización vial al que se hizo referencia *supra*. El hecho de tener que volver a superar las pruebas reglamentariamente previstas para obtener el permiso de conducir a los efectos de estar nuevamente habilitado para desarrollar dicha práctica supone una incomodidad y esfuerzo añadidos tan grandes para la mayor parte de la ciudadanía habilitada para conducir[13] que dota a la pena de una potencialidad preventivo-especial mucho mayor que cuando consiste en la

---

[9] Vid. MATUS ACUÑA, J. P., "Penas privativas", cit., pp. 128-129.

[10] Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Las penas privativas de derechos en la reforma penal", en *AP*, 1997-1, p. 149; y ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Las penas restrictivas de derechos", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I. Introducción al Derecho penal*. Iustel, Madrid, 2010, p. 277, acerca de este efecto de prevención especial en todas las penas privativas de derechos en las que se aprecia esta relación entre el delito cometido y la función, empleo o derecho ejercidos.

[11] Vid. MACENLLE DÍAZ, D., "Carné por puntos", en AA.VV., *Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas*. Academia Galega de Seguridade Pública, Xornadas nº8, Xunta de Galicia, Santiago, 2007, p. 97; y TAMARIT SUMALLA, J. M., "La pérdida definitiva del derecho de conducir o del derecho a la tenencia y porte de armas", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 125.

[12] Así se expresa, en relación con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. de., "El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancia psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma. La cuestionable necesidad de modificar el artículo 379 del Código penal", en AA.VV., *Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas*. Academia Galega de Seguridade Pública, Xornadas nº8, Xunta de Galicia, Santiago, 2007, p. 171, aunque sin dejar de señalar las dificultades que existen a la hora de aplicar esta pena, al menos de una forma generalizada, ante la constatada carencia de acuerdos o convenios con las Administraciones Públicas o entidades privadas para su adecuada ejecución.

[13] Cfr. MACENLLE DÍAZ, D., "Carné por puntos", cit., p. 97; y TRAPERO BARREALES, M.A., *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*. Tirant lo blanch. Valencia, 2011, p. 561.

simple privación del derecho a conducir durante un tiempo, y ello sin que la pena, como ya se apuntó, llegue a ser excesivamente dura desde un punto de vista retributivo[14].

No obstante, algún sector doctrinal ha hecho mención a que este contenido ampliatorio de la pena responde también a alguna otra finalidad. El condenado a una privación del derecho de conducir de larga duración, en este caso, durante un período superior a dos años, va a estar sin desarrollar el ejercicio de ese derecho en vías públicas durante un tiempo muy amplio, resultando más que razonable condicionar el regreso al ejercicio de dicha práctica a la superación de determinadas pruebas de conocimientos y habilidades[15]. Se trataría de un ejercicio que, con respecto a la finalidad que lo inspira, se podría calificar de "rehabilitación" del condenado en materia de seguridad vial, el cual responde, también, a razones de prevención especial.

Finalmente, no hay que olvidar que por muchos de los motivos señalados la pena también resulta muy útil a efectos de prevención general. A la mayor parte de las personas lo que quizá pueda servirles de mejor estímulo para no cometer por primera vez los delitos para los que la pena viene impuesta -especialmente los delitos dolosos contra la seguridad vial-, es que se les impida desarrollar durante un importante período de tiempo el común derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, pues supone un gran inconveniente para el desarrollo de su vida diaria. Más aún cuando la pena supere los dos años e implique la retirada del permiso de conducir. Todas estas privaciones y contrariedades que implican la imposición de la pena sirven para alentar y prevenir con mayor intensidad a la ciudadanía a los efectos de no cometer los delitos para los que se prevé, al menos mucho más que la pena de multa.

Todas estas posibilidades contribuyen a conformar una pena útil y efectiva debido a sus más que satisfactorias potencialidades retributivas y preventivas, lo que debería servir para alentar una mayor aplicabilidad de la misma, a más supuestos delictivos de aquellos en los que se recoge, debiéndose asumir dicha ampliación como una nueva tendencia político criminal de nuestro Código penal, algo necesario que quizá no se haya exprimido todavía dada la relativa juventud de la pena.

A nuestro juicio, ésta debería haberse recogido también como pena accesoria -el Código Penal tan solo la prevé como "pena principal"-. Resulta extraño apreciar como el legislador recurre a la utilización de prácticamente todas las "penas privativas de derechos" como accesorias, en los artículos 54 y 57 del Código, con el objeto de ser aplicadas a delitos que tuvieren relación directa con los derechos en cuestión, y sin embargo no lo haya hecho con la pena de privación del derecho de conducir respecto a delitos en los que, no recogiéndose como principal, se diese la referida relación. Cierto es que cabría la posibilidad de considerar aplicable la privación del derecho de conducir como accesoria bajo un entendimiento amplio de la referencia "o cualquier otro derecho" que efectúa el art. 56 al recoger la pena de "inhabilitación especial para cualquier otro derecho", que la prevé con aquella naturaleza, pues obviamente la pena cosiste en la inhabilitación en el ejercicio de un derecho. No obstante, dado que la privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores existe como pena específica y concreta (regulada en los arts. 39.d) y 47) y, además, tratada en el Código de forma separada a esa genérica "privación de cualquier otro derecho" (que aparece regulada como pena en los arts. 39.b) y 45), parece más razonable considerarla no incluible en esta amplia previsión a los efectos de su consideración como "accesoria", pues si el deseo del

---

[14] Hay que tener en cuenta que las posibilidades de que la pena se aplique con una duración superior a dos años no son reducidas. Podrá ocurrir con respecto de cualquier delito para el que se prevé la pena, pues está puede alcanzar, en todos ellos, una duración superior a los dos años -no así en las faltas para las que se prevé, pues en todas ellas se impone por un tiempo de tres meses a un año (art. 621.4)-. De hecho, en el delito de conducción homicida del art. 381, esta "nueva" consecuencia resulta de aplicación obligatoria, pues la pena se prevé con una duración de seis a diez años. Para los delitos en los que la pena podrá ser impuesta con una duración tanto superior como inferior o igual a dos años, será el juez el que, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.6), concretará la pena dentro del marco de la disponible. En la práctica, se suele imponer con una duración superior a dos años cuando el conductor sea reincidente a efectos de pena, es decir, que ya ha sido privado de dicho derecho con anterioridad, siendo muy difíciles los casos en los que se aplique con dicha duración en caso contrario.

[15] Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007, p. 309; y TRAPERO BARREALES, M.A., *Los delitos*, cit., p. 561.

legislador hubiera sido atribuirle tal naturaleza no tendría más que haberla citado expresamente entre el resto de penas privativas de derechos que, contrariamente, sí se esfuerza por mencionar de forma individualizada en los arts. 55 a 57.

A efectos valorativos, cabría afirmar que además de los delitos para los que la pena de privación del derecho a conducir se prevé como "principal", existen otros en los que, según las circunstancias del caso, se podría apreciar también una relación directa de estos con el derecho al que la pena en cuestión afecta, y que justificaría su aplicación como "accesoria" -si estuviere recogida como tal-. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de robo y hurto de uso de vehículo a motor[16], de omisión del deber de socorro, o en los delitos contra la seguridad vial en los que no se prevé la aplicación de esta pena como principal (los de los arts. 384 y 385). O más aún, en los delitos de desordenes públicos que pudieran ser ocasionados al volante de uno de estos vehículos, en delitos de tráfico de drogas o de inmigración clandestina en los que se hubieran utilizado esta clase de vehículos como medio de transporte, o en casos de robos con fuerza en las cosas cometidos con el empleo de la técnica del alunizaje, en los que la conducta -en todos ellos- consiste propiamente en la conducción de un vehículo a motor. No cabe duda, de que la vinculación a la que nos referimos existe en estos ejemplos y de considerarla el Juez "directa" en el caso concreto ampararía la aplicación de la pena como accesoria. Y ello sin que la pena dejase de resultar igualmente útil y procedente, pues seguiría respondiendo a las particularidades del caso y desplegando unos efectos preventivo-especiales igualmente satisfactorios. Habría que cuestionarse, pues, muy seriamente su previsión con esta naturaleza accesoria, tal y como viene recogida en no pocos países[17], lo que a nuestro juicio resultaría, por los motivos expuestos, una decisión legislativa acertada.

En cuanto a la aplicación práctica de la pena no resulta del todo clara la barrera delimitadora entre los delitos para los que se prevé y las correlativas sanciones administrativas recogidas en la Ley de Tráfico, sin que tan poco existan criterios jurisprudenciales uniformes a los que acogerse para acudir a una u otra vía para sancionar los comportamientos infractores de la seguridad vial. Ésta cuestión, compleja en algunos supuestos delictivos contra la seguridad del tráfico, resulta muy significativa a los efectos de la pena que aquí se analiza, pues su operatividad se ciñe a que se cometan los delitos en los que se recoge, pues si la conducta finalmente es constitutiva de infracción administrativa de tráfico supondrá la pérdida de puntos de carnet que corresponda -y la pérdida de vigencia del permiso como sanción administrativa sólo se prevé para cuando se pierdan todos los puntos-.

En cuanto al delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en la conducción, del art. 383 del Código penal, cabe señalar que dicha negativa también constituye una infracción administrativa prevista en el art. 65.5 d) de la Ley de Tráfico[18]. En cuanto a la difícil barrera delimitadora entre ilícitos, antes de 2007, cuando el art. 380 CP (regulador de este delito) se refería a una negativa a someterse a las pruebas establecidas "*para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior*" -esto es, los hechos relativos a la conducción bajo la "influencia" del consumo de alcohol o drogas-, la mayor parte de la jurisprudencia establecía que la aplicación del delito se supeditaba a que la negativa se produjera tras un accidente en el que el conductor estuviere implicado como posible responsable o tras haberse advertido en él signos o síntomas razonables de embriaguez en la conducción del vehículo, quedando la vía administrativa para la sanción de las negativas producidas en controles preventivos de circulación o tras una simple infracción de la normativa administrativa de tráfico, en las que no se aprecien indicios de que el conductor se encuentre bajo los efectos del alcohol[19]. Sin embargo, con la entrada en

---

[16] De hecho, el anterior Código penal español de 1944/1973 recogía para este delito la privación del permiso de conducción, o la prohibición de obtenerlo, en el art. 516 BIS.

[17] Así, por ejemplo, en los Códigos penales de Colombia o Perú.

[18] Ambas infracciones están fundamentadas en la obligación de todos los conductores de vehículos a motor a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol o drogas, tal y como prescribe el art. 12.2 de la citada ley.

[19] Así, las conductas consideradas delictivas coincidirían con los supuestos de negativa al sometimiento de dichas pruebas previstos en las letras a) y b) del Reglamento General de Circulación, que se refieren a las producidas por el conductor implicado directamente como posible responsable de un accidente de circulación y al que muestre síntomas que evidencien o permitan presumir razonablemente que se ha consumido tales sustancias, respectivamente. Quedarían, pues, para la vía administrativa los supuestos

vigor de la LO 15/2007, el delito (ahora en el art. 383) pasó a referirse, de un modo más amplio, a una negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas "*para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores*". Con esta referencia cabría cuestionarse la posibilidad de aplicar el delito a cualquier clase de negativa, pues las pruebas ya no se vinculan con la comprobación de unos hechos constitutivos del delito de conducción "bajo la influencia" de tales sustancias, si no simplemente con la comprobación de unas tasas objetivadas de alcoholemia y presencia de drogas tóxicas que pueden darse en un conductor sin que se aprecien externos síntomas de consumo de tales sustancias –no hay que olvidar que desde 2007 es constitutivo del delito de conducción alcohólica, circular habiendo superado 0.60 miligramos de alcohol por litro en aire espirado, o 1.2 gramos de alcohol por litro en sangre, aunque no se aprecien síntomas de embriaguez en la conducción[20]-. En este sentido ampliatorio se expresó la Fiscalía General del Estado en la Memoria sobre la nueva redacción del delito de negativa de someterse a las pruebas de alcoholemia de 2008 y en la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios de actuación en materia de seguridad vial. En estos textos se aboga por la persecución penal de todos los casos de negativa injustificada a someterse a las pruebas de alcoholemia con independencia de que en el conductor se hayan apreciado o no síntomas de embriaguez, se encuentre implicado en un accidente o haya cometido una infracción administrativa de tráfico[21]. Sin embargo, y sobre la base del carácter no vinculante de los citados textos, algún sector jurisprudencial posterior a 2007 ha seguido manteniendo la necesidad de reservar la figura delictiva únicamente para los supuestos en los que se dieran aquellas exigencias –la de que la negativa se produzca tras un accidente o tras advertirse síntomas de embriaguez en la conducción-[22], las que servirían, en todo caso, para deslindar con nitidez dicho delito de la infracción administrativa de tráfico (pues, de lo contrario, esta última quedaría vacía de contenido), así como para dotar a la conducta penal de un desvalor material relevante que evite la simple sanción formal del acto de desobediencia[23], que ya sanciona la normativa administrativa, y vincular el tipo penal con la tutela de la seguridad en el tráfico rodado[24]. Ésta es sin duda la solución adecuada[25], pues limitaría la aplicación del tipo penal a supuestos de desobediencia en los que previamente se hubiere desarrollado una conducción irregular o imprudente, estableciéndose así una vinculación entre el contenido aflictivo de la pena y parte de la conducta cometida. No obstante, en beneficio del principio de legalidad, tales exigencias deberían estar recogidas expresamente en el tipo penal, lo que serviría para dotar a éste de autonomía[26].

Por otra parte, relacionada con el delito de conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas del art. 379.2 del Código, el art. 65.5 c) de la Ley de Tráfico sanciona la conducción "*habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las reglamentariamente se establezcan, y en todo caso, la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos*".

---

relatados en las letras c) y d), que se refieren al conductor denunciado por la comisión de una infracción de tráfico y al requerido por algún agente en algún control preventivo de tráfico, también, respectivamente. Vid., en este sentido, GANZEMÜLER, C. / DE LAMO RUBIO, J. / ROBLEDO VILLAR, A. / ESCUDERO, J.F. / FRIGOLA, J. *Delitos contra la seguridad del tráfico.* (2ª ed.). Bosch. Barcelona, 2005, p. 220; y las STS de 22-3-2002; y de 9-12-99. No obstante, este no era un criterio unánime, pues algunas sentencias, especialmente antes de la citada sentencia de diciembre de 1999, apreciaban el delito ante cualquier clase de negativa; así, por ejemplo, las SSAP del Oviedo de 2-7-1998; y de Lérida de 5-2-1998.

[20] Vid., en cuanto a esta posibilidad, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito*, cit., p. 96.

[21] Con estos términos, también, la Instrucción de 5 de diciembre de 2007 de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

[22] Vid. las SSAP de Madrid de 8-10-2009; de Ourense de 28-04-2009; de Barcelona de 02-01-2009; de Pamplona de 30-12-2008; y de Castellón de 01-10-2008.

[23] Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito*, cit., p. 54.

[24] Así, MAGALDI PATERNOSTRO, Mª.J., "El tipo del art. 380 del Código penal: una propuesta interpretativa", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007, pp. 195-196.

[25] Vid., entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito*, cit., pp. 53-54; MAGALDI PATERNOSTRO, Mª.J., "El tipo", cit., pp. 223-226; y TRAPERO BARREALES, M.A., *Los delitos*, cit., pp. 280-285.

[26] Vid. la Exposición de Motivos de la LO 15/2007.

Por lo que respecta a las bebidas alcohólicas, la diferencia entre ilícitos está relativamente delimitada. La conducción por encima de las tasas recogidas en el segundo inciso del apartado segundo del art. 379 -0.60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado o 1.2 gramos de alcohol por litro de sangre- siempre será delictiva. El legislador entiende que una vez superadas estas tasas la ingesta influye de algún modo en la conducción de toda persona; es decir, consagra una presunción *iure et de iure* de que la conducta es peligrosa en sí misma[27]. Por debajo de estas tasas, pero por encima de las reglamentariamente permitidas -0.25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado o de 0.5 gramos de alcohol por litro de sangre-, todo dependerá de si la ingesta de alcohol influye o no en la conducción, esto es, en si disminuye o no las capacidades de atención, percepción y reflejos del conductor, siendo éste el elemento delimitador de las infracciones[28]. Y ello, ¿cómo se determina? Pues no basta con la prueba objetiva del etilómetro o análisis de sangre que midan la concentración de alcohol en aire y sangre, respectivamente[29], si no que éstas deben venir acompañadas de un atestado policial que, más allá de la superación de las tasas permitidas, corrobore que la ingesta de alcohol ha influido efectivamente en la conducción, lo que no sólo dependerá de la cantidad de alcohol ingerido sino también de factores como la condición física del conductor, su habitualidad y tolerancia al consumo del alcohol, el tiempo transcurrido entre su consumo y la prueba que lo determine o el hecho de que se haya ingerido o no alimentos entre ambos momentos. Por ello, habrá que tener en cuenta aquellas vicisitudes que se hagan constar en aquel atestado, como el modo de expresarse a los agentes, el estado de sus ojos, el olor de su aliento y su forma de caminar es vacilante o no. Como puede apreciarse, en estos casos, todavía persiste un relativo solapamiento de órdenes normativos, quedando abierto un amplísimo margen de discrecionalidad en la selección de los comportamientos penalmente relevantes[30], que en ocasiones queda en manos de los agentes de la Guardia Civil o Policía Local que son los que deciden enviar el atestado bien a Tráfico bien a los Juzgados. La Circular 10/2011, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación en materia de seguridad vial, ha tratado de limitar esta discrecionalidad señalando que "*por encima de la tasa de 0'4 mg de alcohol en aire espirado, se ejercerá normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez concurrentes y de las anomalías en la conducción*", para lo que se tendrá en cuenta, de forma primordial, la deambulación del sujeto, pues es el síntoma que mejor refleja el descontrol de aquél sobre sí mismo y sobre el vehículo a motor.

Por lo que respecta a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, la delimitación entre ilícitos residirá igualmente en la influencia que dicho consumo provoca en la conducción. Así lo requiere el art. 379.2, por lo que la presencia de delito se ciñe a esa verificación. El art. 65.5 c) de la Ley de Tráfico, por su parte, se refiere a una "*conducción bajo los efectos*" de esas sustancias, y estar "bajo los efectos" no tiene por qué suponer la existencia de una "influencia" negativa en la conducción, esto es, una alteración de la percepción, atención o reflejos en la conducción, aunque lo más probable es que así sea.

Con relación al delito de "conducción manifiestamente temeraria" del art. 380 -en el que se conduce sin respeto de las más elementales normas sobre seguridad en el tráfico- y al delito de "conducción homicida" del art. 381 -en el que la conducción, además de temeraria, se ejerce con "manifiesto desprecio por la vida de los demás", esto es, de una forma idónea para producir la muerte o lesión de otras personas, en la que el conductor, aunque no lo busque, asume o se compromete con el riesgo concreto de producir esos resultados con su conducción -, las conductas que en ellos se castigan también constituyen infracciones administrativas de tráfico. El art. 65.5 e) de la Ley de Tráfico considera infracción muy grave "*la conducción temeraria*", y el art. 65.5 f) "*la circulación en sentido contrario al establecido*", siendo ésta una de las modalidades de conducción homicida para las que se viene aplicando el delito del art. 381.

Con respecto a la conducción temeraria, la diferencia entre ilícitos reside en la clase de peligro que generan a las personas, pues el delito del art. 380 requiere expresamente que la

---

[27] Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La reforma", cit., p. 392.

[28] Vid. GANZEMÜLER, C. / DE LAMO RUBIO, J. / ROBLEDO VILLAR, A. / ESCUDERO, J.F. / FRIGOLA, J. *Delitos contra*, cit., pp. 160-161; y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La reforma", cit., p. 293.

[29] Vid., sobre los requisitos y características que debe de reunir la práctica y realización de estas pruebas, los arts. 22 a 26 del Real Decreto 1428/2003, que recoge el Reglamento general de circulación.

[30] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "La reforma", cit., p. 290.

conducción ponga "*en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*". Si dicho peligro no se produce o no se verifica la conducta será constitutiva de la infracción administrativa del art. 65.5 e). En cuanto a la conducción en sentido contrario, el delito del art. 381 la sanciona tanto si genera un peligro concreto a la vida o la integridad de las personas como si no, ya que recoge una modalidad delictiva de peligro concreto y otra de peligro abstracto. A falta de elementos objetivos delimitadores, la decisión de inclinarse por el delito o por la infracción administrativa del art. 65.5 f) debe residir en la existencia o no de dolo en el actuar del conductor, es decir, en sí éste ha tomado la decisión de forma voluntaria y consciente de circular en sentido contrario al permitido, esto es, queriéndolo y con conocimiento de lo que esa conducta supone para los conductores con que se tope. Si la conducta viene acompañada por actitudes ulteriores del conductor echándose a un lado de la calzada, estacionando el vehículo o tratando de invertir el sentido de la circulación, habría indicios con los que apreciar que la conducta se ha debido a una negligencia o despiste, lo que relegaría su sanción a la vía administrativa.

En términos generales, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores resulta acertada y conveniente para los delitos para los que viene recogida en el Código. No solo a efectos retributivos, por la vinculación directa que existe entre pena y delito, al inhabilitar para el ejercicio de un derecho que en el delito se ha ejercido de forma inapropiada, sino también a efectos preventivos, tanto desde una perspectiva de prevención general como de prevención especial. Ello podría servir para valorar la posibilidad de aplicar la pena de forma principal y autónoma para ciertos delitos de menor importancia –como el de conducción a velocidad excesiva- y no como complemento de la pena de prisión u otras penas. Teniendo en cuenta su importante duración mínima (1 año), no cabe duda de su mayor contenido aflictivo en relación con la pena de multa, e incluso con la de trabajos en beneficio de la comunidad, lo que la hace preferible. Además posee mayores efectos de reducción del riesgo, lo que la dota, para los delitos para los que se aplica, de una funcionalidad punitiva superior[31]. Ello sin perjuicio de que su aplicación cumulativa junto a estas penas no privativas de libertad pueda resultar también, según el caso, aconsejable.

Por último, la introducción en 2007 del apartado 3 del art. 47, en el que se prevé la pérdida de vigencia del permiso de conducción cuando la pena se imponga por un tiempo superior a dos años, ha de verse con buenos ojos. Ello supone el establecimiento de una forma escalonada de privaciones que responde adecuadamente a la gravedad del hecho cometido y que satisface, si no mejora, los efectos preventivos de la pena.

Bibliografía

- BERNAL VALLS, J. "Las penas privativas de derechos en el nuevo Código penal", en *Revista General de Derecho*, nº 652-653, año LV, enero-febrero, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Penas privativas de derechos", en GRACIA MARTÍN, L. (Dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo blanch. Valencia, 2006.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Las penas privativas de derechos en la reforma penal", en *AP*, 1997-1.
- CORCOY BIDASOLO, M., "Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor", en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancia psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma. La cuestionable necesidad de modificar el artículo 379 del Código penal", en AA.VV., *Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas*. Academia Galega de Seguridade Pública, Xornadas nº8, Xunta de Galicia, Santiago, 2007.
- GANZEMÜLER, C. / DE LAMO RUBIO, J. / ROBLEDO VILLAR, A. / ESCUDERO, J.F. / FRIGOLA, J. *Delitos contra la seguridad del tráfico.* (2ª ed.). Bosch. Barcelona, 2005.

[31] Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., "La pérdida", cit., pp. 125-126, quien señala que "el impacto punitivo de esta clase de sanciones no debe ser en absoluto menospreciado, si se tiene en cuenta el efecto simbólico del automóvil o la motocicleta en determinadas personalidades más proclives a la comisión de ciertos delitos", además de estimar que se trata de una pena que se adapta a la sociedad del ocio, restringiendo oportunidades de movilidad y de vivencia del tiempo libre.

- GÓMEZ PAVÓN, P., “Sobre la degradación y graduación de la pena de privación del permiso de conducir”, en *Revista Jurídica Española. La Ley*, nº 4, 1986.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”, en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007.
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito* (6ª edición). Tecnos, Madrid, 2005.
- MACENLLE DÍAZ, D., “Carné por puntos”, en AA.VV., *Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas*. Academia Galega de Seguridade Pública, Xornadas nº8, Xunta de Galicia, Santiago, 2007.
- MAGALDI PATERNOSTRO, Mª.J., “El tipo del art. 380 del Código penal: una propuesta interpretativa”, en AA.VV. *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho judicial, 114. CGPJ, Madrid, 2007.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito* (5ª edición). Thomsom Reuters, Navarra, 2011.
- MATUS ACUÑA, J.P., “Penas privativas de derechos”, en CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOÁN, E., *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Artículo 47”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal* (2ª edición). Lex Nova, Valladolid, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “La pérdida definitiva del derecho de conducir o del derecho a la tenencia y porte de armas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- TRAPERO BARREALES, M.A., *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*. Tirant lo blanch. Valencia, 2011.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Las penas restrictivas de derechos”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I. Introducción al Derecho penal*. Iustel, Madrid, 2010.

LA VERTIENTE SANITARIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL CONTEXTO INTERNACIONAL ACTUAL.

Victoria Rodríguez-Rico Roldán.

Becaria de investigación FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

RESUMEN: La presente comunicación aspira a abordar la protección de la salud como derecho social fundamental reconocido en los diversos instrumentos internacionales de de Derechos Humanos, los cuales aluden explícitamente al disfrute del más alto nivel posible de salud. Se trata de determinar las principales implicaciones que ostenta la salud a la luz de la protección social. La importancia de tal derecho radica en su íntima relación con el derecho a la vida, así como con los principios básicos de cohesión social y territorial, integración social, igualdad y justicia social. De ahí que el derecho a la protección de la salud constituya uno de los componentes centrales de todo modelo social. Al ser una cuestión intrínsecamente ligada a la dignidad humana, el Estado del bienestar ostenta la responsabilidad de promover y proteger este derecho social fundamental, garantizando una cobertura universal, un acceso igualitario de todos y cada uno de los ciudadanos al sistema sanitario.

ABSTRACT: The aim of this paper is to examine the health protection as a fundamental social right recognized by international Human Rights Law, which explicitly refers to the enjoyment of the highest attainable standard of health. This study involves considering the main implications that health has in the life of social protection. The importance of this right lies in its close connection with the right to life, as well as the basic principles of social and territorial cohesion, social integration, equality and social justice. This is why the right to health protection is one of the central components of every social model. As a matter of human dignity, it is the responsibility of the welfare state to promote and protect this fundamental social right, guaranteeing a universal coverage, an equal access to health-care services for each and every citizen.

PALABRAS CLAVE: “protección de la salud”, “derecho social fundamental”, “cohesión social”, “Estado del bienestar”, “igualdad”, “justicia social”.

KEYWORDS: “health protection”, “fundamental social right”, “social cohesion”, “welfare state”, “ equality”, “ social justice”.

1. EL CONTEXTO INTERNACIONAL GENERAL.

Si en un principio el reconocimiento de derechos quedó reservado al sistema de protección interno de cada Estado, con el curso de la historia, los desastres bélicos que tienen lugar en el siglo XX y sus cruentas consecuencias, se hace evidente la limitación de la perspectiva interna y la consiguiente necesidad de cooperar y proceder al reconocimiento de los derechos humanos en el plano internacional[1]. Fue así como despertó una conciencia internacional de derechos inalienables de la persona, para lograrse finalmente y tras no poco esfuerzos político-jurídicos, la materialización de un estándar internacional de garantía, en el que, por su innegable importancia, los derechos sociales no podían ser objeto de exclusión. Quedaba patente, de este modo, que los derechos sociales ostentan la misma categoría que los tradicionalmente denominados derechos *de libertad*, esto es, “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad

[1] Siendo esta aseveración plenamente cierta en relación con el plano internacional en general, requiere no obstante ser matizada en el ámbito de la UE en particular, en el que, como primer paso, se procedió a crear vínculos económicos, relegando a un momento posterior el reconocimiento de derechos a los ciudadanos. “Es la idea del mercado común, antes que la de la ciudadanía europea”. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario” en *RMTAS*, núm. 2 (1997), pág. 17.

internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso" [2].

Con este loable propósito, comienzan a ver la luz textos en el seno de diversos organismos internacionales que, en forma de Declaraciones, Pactos o Convenios, reconocen y garantizan derechos en el continuo tejer de un código de Derecho social internacional[3] fundamentado en la ineludible complementariedad e interdependencia de todos los derechos de las personas, entre los que la protección de la salud ocupa un lugar altamente remarcable. Como se verá, son muchos los instrumentos internacionales que lo reconocen, quedando configurado y consagrado como un derecho humano básico. La importancia que tiene en la realización de muchos otros derechos de la persona, en cuanto claro condicionante de su efectividad, acredita tal naturaleza.

A continuación se emprende un recorrido sintético por los diversos instrumentos internacionales (desde textos de valor meramente político a otros de eficacia vinculante) y los distintos enfoques de protección que en ellos se aporta del derecho a la protección de la salud cuya suma desemboca en una atención netamente integral a la misma.

2. DECLARACIONES UNIVERSALES.

• La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas aprobó en París, el 10 de diciembre de 1948, lo que puede considerarse la clave de bóveda en el proceso de reconocimiento internacional de los derechos humanos[4]. Ciertamente, la efectividad de éstos requiere una acción internacional que debe comenzar por una declaración conjuntamente adoptada, cristalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH). Con razón se ha señalado que "se trata de la primera manifestación, con pretensión de vigencia internacional, que pone de relieve la convicción de que la protección nacional de los derechos humanos ha resultado insuficiente e inoperante"[5].

Con respecto a la protección de la salud, la DUDH dispone en su art. 25 que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". Resulta importante destacar la mención literal a "toda persona" y sus determinantes implicaciones en cuanto a la exclusión de cualquier tipo de discriminación[6] en el acceso a los servicios sanitarios, así como al fomento de que dicho acceso se haga en igualdad de condiciones. El texto internacional, como se advierte, no se conformaba con una proclamación abstracta de un genérico derecho a la protección de la salud, sino que reconoce a su vez el derecho a la asistencia médica como concreción de la vía de atención individualizada que participa en su garantía. No en vano, se ha sostenido que hay

---

[2] Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

[3] VOGEL-POLSKY, E.: "La Europa social del año 2000: La Carta social y el sistema comunitario", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, págs. 78 y 79.

[4] Ello sin perjuicio de su carácter meramente declarativo y no vinculante, ya que los derechos reconocidos en la Declaración carecen de mecanismos de garantía.

[5] LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 106.

[6] No en vano, el derecho a la salud es aludido en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; así como en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.

en este precepto un marcado predominio de la posición individualista, esto es, una "primacía de la acción personal"[7].

En ineludible conexión con el anterior precepto se halla el art. 22, enunciando que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Se pone así de manifiesto la determinante incidencia que la articulación de un sistema de Seguridad Social tiene en la garantía de los derechos sociales, sin que en modo alguno quede la protección de la salud ajena a esta fiel sintonía.

- **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Siguiendo con el análisis del tratamiento del derecho a la protección de la salud en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, procede ahora detenerse en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Como principal virtualidad, este texto, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), incorpora mecanismos de garantía que impiden que los derechos en él reconocidos se vean reducidos a meros derechos de papel. En concreto, el art. 2.2 indica que "los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". De ahí que se haya señalado, acertadamente, que "la razón de la elaboración de los pactos no es tanto la repetición de los principales derechos humanos, sino el compromiso que asumen los Estados de que estos derechos sean efectivamente garantizados"[8].

El derecho a la protección de la salud es reconocido en el art. 12, el precepto más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud, tal y como reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)[9]. En él se dispone que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El precepto precisa a continuación las medidas que los Estados Partes habrán de adoptar para la neta efectividad de la protección de la salud, en concreto: la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y, por último, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. De la precedente enumeración cabe destacar dos notas características. En primer lugar, asistimos a una "lista incompleta" de obligaciones estatales, tal y como el CDESC ha reconocido[10], de modo que no tiene un carácter tasado sino que existen muchas otras medidas que podrían adoptarse en la aspiración a una protección integral de la salud. Por su parte, en dicha ristra se atiende a la vertiente colectiva e individualizada del concepto de salud y es que no sólo se incluye el cuidado adecuado de la misma, sino también elementos indispensables en la consecución de un próspero estado sanitario de la población, en lo que, sin duda alguna, adecuadas condiciones en el trabajo y en el medio ambiente juegan un papel decisivo. Se plasma, pues, esa doble dimensión individual y colectiva que reside en la esencia de este derecho.

En efecto, lo anterior está relacionado con la interpretación que del derecho a la protección de la salud realiza el Comité con alusión a los determinantes factores socioeconómicos que inciden en el estado sanitario de la persona y que desarrollan una determinante labor en la efectividad del mismo. En concreto, lo cataloga como "un derecho inclusivo que no sólo abarca

---

[7] BORRAJO DACRUZ, E.: "Artículo 43", en *Constitución española de 1978*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 178.

[8] LABRADA RUBIO, V., op., cit., pág. 111.

[9] Observación general Nº 14 (2000), párrafo segundo.

[10] Observación general Nº 14 (2000), párrafo octavo.

la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva"[11]. Es así como queda confirmada la naturaleza eminentemente transversal del concepto internacional de salud[12].

Por más que el tenor literal del art. 12 aluda a un derecho a la salud (en concreto, del nivel más alto posible), lo cierto es que el Comité ha precisado contundentemente que "no debe entenderse como un derecho a estar sano"[13]. Dado que "un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano" y que "los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona", concluye que "el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"[14].

Como se advierte, el CDESC ha llevado a cabo una labor encomiable en la delimitación del contenido mínimo del derecho a la salud que ha contribuido a desarrollar lo prescrito en el precepto que se viene analizando. Así, en el párrafo duodécimo de la Observación general Nº 14 (2000), se señala que el derecho a la protección de la salud abarca la interrelación de una serie de elementos:

- Disponibilidad, en el sentido de que cada Estado Parte habrá de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos sanitarios, centros de atención de la salud y programas adecuados. Ahora bien, la naturaleza de unos y otros queda supeditada, entre otros factores condicionantes, al concreto nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo ello, tales servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

- Accesibilidad, dado que los establecimientos, bienes y servicios de salud han de ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. A este respecto, se proponen cuatro dimensiones que conforman el concepto: no discriminación (los establecimientos, bienes y servicios de salud deben brindar acceso a los sectores más vulnerables de la población, sin que medie discriminación), accesibilidad física (los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de aquellos grupos marginados), accesibilidad económica o asequibilidad (los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos) y acceso a la información (sin perjuicio de la debida confidencialidad de los datos personales en el ámbito médico, se ha de garantizar el derecho a solicitar, recibir y difundir información relacionada con la materia sanitaria).

- Aceptabilidad, de modo que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar fielmente la ética médica y la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades, así como mostrarse sensibles a los postulados del género y del ciclo de vida.

- Calidad, esto es, los establecimientos, bienes y servicios de salud han de ser cualitativamente adecuados desde el punto de vista científico y médico, lo que implica de suyo personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias apropiadas.

---

[11] Observación general Nº 14 (2000), párrafo undécimo.

[12] PONS RAFOLS, X.: "La salud como objeto de cooperación y regulación jurídica internacional", en *Salud pública mundial y Derecho internacional*, PONS RAFOLS, X. (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 24-27.

[13] Observación general Nº 14 (2000), párrafo octavo.

[14] Observación general Nº 14 (2000), párrafo noveno.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, con carácter excesivamente conciso, el art. 10 se limita a enunciar que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". Leyendo estos exiguos términos, que rehúsan a ofrecer siquiera una noción analítica de Seguridad Social, no sorprende que se haya acusado al Pacto Internacional de una extrema generalidad, imprecisión y laconismo[15].

Una vez expuesto el modo en que se materializa el reconocimiento de la protección de la salud, procede analizar a continuación la otra dimensión de todo derecho, esto es, los mecanismos dispuestos para hacerlo efectivo. A este respecto, resulta desalentador advertir el carácter deficiente del alcance de las garantías articuladas en el PIDESC si se las compara con las previstas en relación con los derechos contenidos en el PIDCP. La diferencia a tal efecto entre un Pacto y otro refleja que, en estos incipientes instrumentos internacionales, no se lograba materializar fuertemente la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos[16], de forma que los sociales quedaban relegados a un sistema de garantía más laxo que los derechos tradicionalmente denominados *de libertad*. Mientras el PIDCP cuenta con el Comité Internacional de Derechos Humanos, el CIDESC articula una técnica diferente y, sin duda, menos garantista. De acuerdo con lo preceptuado en su art. 16, los Estados Partes en el Pacto se comprometen a presentar informes sobre las medidas adoptadas, así como los progresos que hayan llevado a cabo, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. Tales informes son presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmite las copias correspondientes al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el Pacto.

Como se colige, no se exageraba anteriormente cuando se afirmaba que los mecanismos de protección incorporados en el PIDESC son notoriamente débiles en comparación con los dispuestos en el PIDCP. Esta conclusión es aún más evidente si se tiene en cuenta la cláusula flexibilizadora que se contiene en el primer apartado del art. 2 PIDESC, cuando dispone que "cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Reproducidos los términos literales del precepto, no resulta costoso advertir el carácter sumamente laxo que reviste su contenido si se tiene en cuenta que programa una actuación estatal en función de los recursos disponibles. Es manifiesto, pues, el riesgo que dicha cláusula conlleva de retroceder en la conquista de derechos sociales alegándose la coartada de una coyuntura económicamente difícil. Con razón, se ha señalado que "aunque el Comité deba respetar el criterio de flexibilidad como elemento que permita al Estado una utilización de sus recursos nacionales en función de sus propias prioridades y, por tanto, como factor de autonomía en la definición de sus políticas internas, es posible y necesario un control sobre la alegación de la limitación de recursos con el fin de evitar incumplimientos flagrantes del Pacto"[17].

Aduciéndose unas veces la falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales, otras, los límites procesales que traen consigo y, otras, las falta de tradición en su protección jurídica[18], lo cierto es que los derechos sociales han sido los tradicionales perdedores en la batalla por las garantías. Y el PIDESC es sólo un ejemplo al que se puede sumar, según se verá más adelante, la Carta Social Europea.

En todo caso, un avance de suma importancia a este respecto fue protagonizado por el Protocolo Facultativo del PIDESC, adoptado el 10 de diciembre de 2008 en la 66ª sesión

---

[15] VAN RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 63.

[16] Indivisibilidad e interdependencia que encuentran su fundamento en el hecho de que "la posesión de un mínimo socio-económico es la condición esencial de la participación civil y política. Para que éstas últimas sean genuinas, ha de partirse de una cierta igualdad socio-económica de base". MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 175.

[17] QUEL LÓPEZ, F.J.: "Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en AA.VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, pág. 313.

[18] Véase un estudio de las tesis que han tratado de justificar este trato desigual entre derechos de una y otra categoría y sugerentes propuestas para su desvirtuación en NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: "La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia", en *RDS*, núm. 44 (2008), págs. 98-100.

plenaria de la Asamblea General de Naciones, en el que se establece un elaborado sistema de comunicaciones ante el CDESC[19], tratando de acortar distancia, en cuanto a garantías se refiere, con el más ventajoso PIDCP. Se trata, en otros términos, de lograr un avance en la real efectividad de los derechos sociales, aspecto éste que ha inspirado de siempre tantas cavilaciones, a través de tres técnicas: comunicaciones individuales de particulares, alegando la vulneración del Pacto por un Estado parte, un procedimiento de investigación instado por el propio Comité así como denuncias interestatales.

3. DECLARACIONES DE ÁMBITO REGIONAL EUROPEO.

- **La Carta Social Europea.**

La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, firmada en Turín, tiene una decisiva importancia en el fortalecimiento de la dimensión social que requiere toda comunidad política en aras a potenciar la cohesión social y la igualdad de todos sus miembros. No en vano, se ha señalado que constituye "un proyecto de solidaridad y justicia social de dimensiones europeas" al tiempo que delimita "los contornos de un auténtico proyecto social europeo y propone un mecanismo de alineamiento flexible y progresivo de todos los Estados sobre un mínimo de protección social"[20]. Su importancia, por otra parte, no ha sido pasada por alto en el ámbito de la Unión Europea[21].

El art. 11, bajo la rúbrica "derecho a la protección de la salud" señala que la garantía efectiva de tal derecho requiere la adopción por las partes contratantes, de forma directa o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, de medidas tendentes a eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud; así como prevenir las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras.

Con carácter más específico, el art. 13 se centra en el "derecho a la asistencia social y médica", constituyendo uno de los preceptos que dedica mayor detalle, al disponer que el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica requiere el compromiso de las partes contratantes a:

- Velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

- Velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

- Disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

En conexión con ambos preceptos relativos a materia asistencial sanitaria ha de ser puesto, como siempre, el derecho a la Seguridad Social, al que dedica también detenida

---

[19] Si bien cuenta con una capacidad meramente recomendatoria o dictaminadora, lo cierto es que el CDESC cumple un papel crucial en la garantía de los derechos consagrados en este Pacto, ya que le compete el examen de los correspondientes informes periódicos remitidos por los Estados que han ratificado el Pacto.

[20] OREJA AGUIRRE, M.: "Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 45.

[21] El art. 151 TFUE dispone que "la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones".

atención el art. 12, señalando a tal efecto que las partes contratantes se comprometen a las siguientes actuaciones:

- El establecimiento de un régimen de Seguridad Social.

- El mantenimiento del régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio de la OIT número 102 sobre norma mínima de Seguridad Social.

- La progresiva elevación del nivel del régimen de Seguridad Social.

- La adopción de medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, tendentes a conseguir:

· La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.

· La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes.

El control de garantía de todos estos derechos se lleva a cabo mediante un articulado sistema de carácter político, concretado en informes que emiten los Estados parte en relación con el cumplimiento de los mismos, examinados por el Comité de Expertos Independientes y el Subcomité del Comité Social Gubernamental. Se vuelve a asistir aquí, como ya se hizo en el análisis del PIDESC, a un nivel de protección diferenciado y debilitado respecto a los derechos *de libertad* que consagra el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950[22]. Así, mientras este último dispone de un eficaz sistema de garantía jurisdiccional de los derechos civiles y políticos en él reconocidos (mediante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-), no se operó de igual modo con los de carácter económico y social contenidos en la Carta Social Europea, lo que evidencia que aún no se había alcanzado una conciencia unitaria del universo de los derechos humanos.

Frente al referido carácter innegablemente limitado del sistema de garantías de la Carta Social Europea y con ánimo de superarlo, el TEDH ha tratado de hacer extensiva su jurisdicción a los derechos sociales, lo que supondría un avance en su efectividad así como una cristalización de la interdependencia de todos los derechos de la persona. Las posibles vías concebidas para la nada simple tarea de extensión del mecanismo de control del Convenio a los derechos sociales han sido dos: de un lado, la integración de tales derechos en el sistema del Convenio, y de otro, una interpretación extensiva por parte del Tribunal respecto de los derechos reconocidos en el Convenio, siendo esta última opción la que ha arrojado resultados más prósperos[23]. De esta forma, la no inclusión formal de los derechos sociales en el Convenio no ha sido impedimento para que el TEDH se pronuncie sobre los mismos, si bien de modo indirecto, mediante su relación con los derechos de libertad contenidos en el Convenio[24].

---

[22] KOJANEK justifica el diferente sistema de garantía internacional de ambas categorías de derechos señalando que "las normas internacionales que proveen los derechos civiles y políticos son susceptibles de poseer un carácter self-executing en el Derecho interno de los Estados, en tanto que para el cumplimiento de las reglas relativas a los derechos económicos y sociales, es necesaria la adopción de normas apropiadas u otras medidas equivalentes en el plano interno, a menos que estas reglas internacionales establezcan derechos de aplicación directa para los individuos". KOJANEK, G.: "La carta social europea y el pacto internacional de las naciones unidas relativo a los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 113. En contra, NOGUERA FERNANDEZ aduce que tal distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos es muy discutible. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., loc. cit., págs. 106 y 107.

[23] MORTE GÓMEZ, C. Y SALINAS ALCEGA, S.: "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, págs. 364 y ss.

[24] Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, en la STEDH de 17 de enero de 2002, asunto Calvelli y Ciglio contra Italia, el tratamiento del derecho a la vida abre la puerta al pronunciamiento sobre el derecho a la salud.

- **El Código Europeo de Seguridad Social.**

El 16 de abril de 1964 vio la luz en Estrasburgo el Código Europeo de Seguridad Social, con el fin de emprender un reforzamiento en el nivel de protección previsto en el Convenio nº 102 sobre norma mínima de Seguridad Social, elevando el nivel de las prestaciones que éste contenía y estableciendo condiciones de ratificación más rígidas[25]. Sin embargo, lo anterior no resulta predicable respecto de la Parte II del instrumento internacional, que aborda la asistencia sanitaria en prácticamente iguales términos que el Convenio de la OIT.

El art. 7 enuncia el deber de toda Parte Contratante para la cual esté en vigor tal Parte del Código Europeo de "garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica de carácter preventivo o curativo", disponiendo el siguiente precepto que la contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

El contenido concreto de las prestaciones sanitarias es detallado en el art. 10. Éstas, "tendentes a conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales", incluirán, en caso de estado mórbido, la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio; la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por profesional calificado y la hospitalización cuando fuere necesaria. Por su parte, en supuesto de embarazo, parto y sus consecuencias, la asistencia sanitaria comprenderá la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestadas por un médico o por una comadrona diplomada, así como la hospitalización cuando sea necesaria. Junto a lo anterior, se encomienda a las instituciones estatales que incentiven a las personas protegidas al uso de los servicios generales de salud puestos a disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por éstas.

Es el art. 12 el encargado de señalar la duración del disfrute de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Así, indica que se concederán durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, "salvo que en caso de estado mórbido la duración de las prestaciones podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso; ahora bien, las prestaciones médicas no podrán suspenderse mientras se pague una indemnización por enfermedad y deberán adoptarse disposiciones para elevar el límite antes mencionado cuando se trate de enfermedades previstas por la legislación nacional para las que se reconoce la necesidad de una asistencia prolongada".

- **El Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica.**

Firmado en París el 11 de diciembre de 1953, el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica nació con el objetivo de "fortalecer la cooperación en el ámbito social, sentando el principio de igualdad entre los nacionales de los Estados signatarios en lo tocante a la aplicación de las legislaciones de asistencia social y médica", representando, pues, un fundamental instrumento al servicio del progreso y de la cohesión social. Su art. 1 señala que cada una de las Partes "se compromete a garantizar que los nacionales de las demás Partes Contratantes, con legítima residencia en cualquier parte del territorio de dicha Parte al que se aplique la presente Convención y sin recursos suficientes, tengan derecho, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones, a la asistencia social y médica prevista en la legislación vigente en esa parte del territorio". Es en este precepto en el que reposa el rasgo más venturoso del instrumento convencional, dado que se configura como destinatario de la asistencia sanitaria a toda persona que, sin desempeñar actividad económica, careciera de recursos económicos para afrontar el coste que inherentemente acompaña a la provisión de las prestaciones sanitarias. Junto a la afiliación a Seguridad Social, se vislumbra así la insuficiencia de recursos como títulos de acceso a la asistencia sanitaria.

---

[25] VAN RAEPENBUSCH, S., op. cit., pág. 67. En igual sentido, HIERRO HIERRO, F. J.: *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 54.

Por su parte, el art. 4 se refiere a un ámbito que tiene una amplia presencia en el enfoque comunitario. Es el tema de los gastos derivados de la asistencia sanitaria dispensada al nacional de un Estado parte del Convenio en otro Estado parte diferente. En concreto, y en este ámbito regional europeo, se dispone que "los gastos de asistencia contraídos en favor de un nacional de cualquiera de las Partes Contratantes correrán a cargo de la Parte Contratante que hubiere concedido la asistencia".

BIBLIOGRAFÍA

BORRAJO DACRUZ, E.: "Artículo 43", en *Constitución española de 1978*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1984.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario" en *RMTAS*, núm. 2 (1997).

HIERRO HIERRO, F. J.: *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

KOJANEK, G.: "La carta social europea y el pacto internacional de las naciones unidas relativo a los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Cívitas, Madrid, 1998.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

MORTE GÓMEZ, C. Y SALINAS ALCEGA, S.: "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AA.VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: "La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia" en *RDS,* núm. 44 (2008).

OREJA AGUIRRE, M.: "Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

PONS RAFOLS, X.: "La salud como objeto de cooperación y regulación jurídica internacional", en *Salud pública mundial y Derecho internacional*, PONS RAFOLS, X. (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

QUEL LÓPEZ, F.J.: "Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en AA.VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009.

VAN RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

VOGEL-POLSKY, E.: "La Europa social del año 2000: La Carta social y el sistema comunitario", en AA.VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO: REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2013/1/UE

Pablo Sánchez Molina

RESUMEN:

A pesar de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos europeos residentes en un estado miembro distinto de su nacionalidad, en las mismas condiciones que los nacionales (art. 22.2 TFUE), se ha venido comprobando que ciertos aspectos regulados por la Directiva 93/109/CE, que fija las modalidades de ejercicio del citado derecho, han penalizado la participación de los residentes no nacionales. Para subsanar dichos pesados trámites administrativos y, por lo tanto, aumentar la participación de dicho colectivo se adoptó la Directiva 2013/1/UE que contiene importantes modificaciones sobre todo en el sistema de intercambio de información, en la declaración formal y en la necesidad de presentar certificación. Por lo tanto, en el presente trabajo se analiza el impacto de las reformas así como la necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico español (concretamente de la LOREG) para llegar a la conclusión de que estas reformas facilitan el ejercicio igualando, en gran medida, a residentes europeos y nacionales.

PALABRAS CLAVES:

Derecho de sufragio, elecciones al Parlamento Europeo, participación, reforma, declaración formal, certificación, sistema de intercambio de información.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO JURÍDICO. 3. LA DIRECTIVA 93/109/CE. 4. PUNTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA. 4.1. Privación del Derecho de sufragio por resolución judicial y obligación de presentar declaración formal. 4.2. Mecanismos demasiado pesados administrativamente: sistema de intercambio de información y certificación. 5. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea es el respeto por la democracia y por tanto, el derecho de participar en la vida democrática de la Unión se nos presenta como una actividad fundamental dentro de la misma.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1992, la nueva ciudadanía europea puso fin a la idea de que un nacional de un Estado miembro que vive en otro (o nacionales de segundos estados) es un extranjero. Dando esta consideración ciertos derechos de participación a todos los ciudadanos que residan en un Estado miembro distinto al de su

nacionalidad, a saber, el derecho a votar y a presentarse como candidato tanto en las elecciones municipales como en las elecciones al Parlamento Europeo[1].

De entre estos dos procesos a los que los ciudadanos europeos tienen derecho a participar, a pesar de que residan en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, nos vamos a centrar en el supuesto de las elecciones al Parlamento Europeo.

El Parlamento Europeo es, actualmente, la cámara de representación directa de la Unión Europea. La elección de sus miembros por sufragio universal directo hace que sea la única institución de la Unión Europea que goza de legitimidad directa (a diferencia del Consejo y de la Comisión que gozan de legitimidad indirecta) aunque, hasta el momento, dichas elecciones sigan celebrándose en el seno de los Estados miembros, gozando estos de libertad para establecer circunscripciones. No nos encontramos por lo tanto, ante unas verdaderas elecciones europeas, sino ante la suma de las elecciones de los diferentes Estados miembros[2]. Por lo que con veintiocho regulaciones distintas, no resulta difícil poner en peligro la realización efectiva del derecho de sufragio a todos los ciudadanos de la UE, en condiciones de igualdad, sin tener en cuenta la Estado de residencia. Y, por lo tanto, en este sentido ha trabajado la Unión Europea en las últimas décadas, tratando de que los Estados miembros incorporaran a sus ordenamientos los mimbres necesarios para que el Derecho de participación de los ciudadanos de la Unión no quedara en papel mojado.

Encontramos, por tanto, dos circunstancias contradictorias en este hecho ya que a pesar de que paulatinamente el Parlamento Europeo ha ido adquiriendo competencias atribuidas por los Estados miembros hasta convertirse en una cámara con un poder extraordinario y, por lo tanto, decidiendo (junto al Consejo) sobre situaciones que afectan a la vida diaria de los ciudadanos de la Unión, la bajada de la participación en sus elecciones ha sido progresiva desde sus primeros comicios siendo, por lo tanto, inversamente proporcional a la atribución de competencias y afectando, en gran medida, a la consideración de las elecciones europeas como verdaderamente legitimas.

Dicha crisis participativa no se soluciona, solamente, con la realización de campañas informativas e incluso con la inclusión de mejoras administrativas (objeto del presente estudio), sino que será necesario una sustancial reformulación de las elecciones al Parlamento Europeo, así como la creación de verdaderos programas electorales dónde se debatan asuntos europeos y no solamente temas nacionales, procediendo a informar a la ciudadanía a modo de crear un debate rico que ilusione a la sociedad europea y que, por consiguiente, le lleve a participar en dichas elecciones[3].

Además, no todas las deficiencias relativas a las elecciones al Parlamento Europeo son jurídicas al entrar, también, en juego criterios sociológicos e históricos. En este sentido, encontramos una falta de cultura europeísta ya que, a pesar de que el Tratado de Maastricht estableció la consideración de ciudadanía europea esta es, todavía, muy débil percibiéndose por la mayor parte de la misma que los actores principales siguen siendo los estados y, más aún, en épocas de crisis, momento en los que los ciudadanos piden que sean sus cámaras nacionales las que les rindan cuentas, apareciendo el Parlamento Europeo como secundario ante sus ojos, a pesar de su fuerte impacto en la vida diaria de la misma.

---

[1] Este régimen tiene, no obstante, importantes limitaciones. Como indican REVENGA SÁNCHEZ y SANTOLAYA MACHETTI: "[Los ciudadanos europeos] continúan siendo extranjeros. Extranjeros si se quiere privilegiados en cuanto gozan de derecho activo y pasivo en las elecciones municipales y en las del Parlamento Europeo, pero se les niega el sufragio en las elecciones generales y en las autonómicas, y no se les permite participar en los referéndum, ni siquiera, y desde luego puede resultar paradójico, cuando lo que se somete a consulta popular es la decisión por el que se establece una Constitución para Europa" REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2007): *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág. 47.

[2] En este sentido MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica (2010): "Sistema electoral al Parlamento Europeo" en Pascua Mateo, F. (dir.), *Estado Democrático y Elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral*, Madrid, Civitas. Pág. 321.

[3] Ver Condiciones estructurales de la participación y su incidencia en el proceso electoral. FRAILE ORTIZ, María (2003): *El significado de la ciudadanía europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs. 125-153.

A continuación vamos a exponer, de manera breve, el marco jurídico que sustenta el derecho al sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo de los propios ciudadanos europeos residentes en un segundo Estado miembro.

2. MARCO JURÍDICO

En cuanto a la regulación, el precepto más relevante en el estudio es el artículo 22.2 TFUE, introducido a partir del Tratado de Maastricht, por el que se reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión que residan en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado[4].

Asimismo, el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su apartado primero, al igual que el artículo 22.2 TFUE, el derecho de los ciudadanos de la Unión al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, mientras que el apartado segundo fija que los diputados serán elegidos en base a cuatro criterios, estos son, sufragio universal, libre directo y secreto (del mismo modo que el artículo 14.3 TUE). Cabe, por último, decir que dicho precepto deberá ser interpretado conforme a lo establecido en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, contando estas explicaciones con escasa utilidad práctica, en este punto, al remitirse a que el citado precepto se interpretará conforme a lo establecido en los tratados[5].

La concreción de las modalidades a las que se refiere el artículo 22.2 TFUE se ha establecido mediante una directiva, obligando a los Estados miembros respecto del resultado, lo que otorga cierta discrecionalidad a las autoridades nacionales en cuanto a la forma y los medios de adopción. Dicha discrecionalidad no es absoluta ya que los Estados miembros se encuentran condicionados, aparte de por el resultado, por los plazos y objetivos establecidos en la misma siendo, incluso, jurídicamente vinculante aún en el caso de que la trasposición no se haya llevado a cabo, como ha venido reconociendo el TJUE[6].

Dentro de este paulatino avance para dotar a las elecciones europeas de una legitimidad plena encontramos la Directiva 93/109/CE[7] (en adelante Directiva) que fija las modalidades de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos residentes en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad y la recentísima Directiva 2013/1/UE[8] (en adelante Directiva de reforma), que modifica la anterior. Por lo que nuestro objeto de estudio ha sido analizar en qué puntos el proceso de reforma colabora en este continuo avance hacia la consecución de unas elecciones

---

[4] "La innovación que se produjo a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht consistió en permitir el ejercicio de ese derecho político en cualquier otro Estado miembro en el que se resida, por lo que se transforma en derecho exigible respecto de los otros Estados miembros. Desde entonces este derecho se ha regulado en el art. 19.2 del TCE (art. 22 TFUE)." MANGAS MARTÍN, Araceli (2008): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA. Pág. 647.

[5] Ver MANGAS MARTÍN, Araceli (2008). Pág. 648.

[6] "La respuesta dada por el TJ se ha encaminado a dotar de efectividad a la directiva y a proteger los derechos de los particulares y ha consistido en asegurar el <<efecto útil>> de la directiva. A tal efecto, ha obrado sobre dos elementos fundamentales: asegurando la obligación de resultado, y delimitando, en función de ella, el alcance de libertad de elección de las formas y medios" MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2012): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos. Pág. 374.

[7] Directiva 93/109/CE del Consejo de 6 de diciembre de 1993 por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, DOCE L 329/34 de 30 de diciembre de 1993.

[8] Directiva 2013/1/UE del Consejo de 20 de diciembre de 2012 que modifica la Directiva 93/109/CE por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, DOUE L 26/27 de 26 de enero de 2013.

al Parlamento Europeo plenamente democráticas y sin diferencias entre ciudadanos europeos, residan dónde residan.

A continuación vamos a exponer algunas consideraciones importantes sobre el desarrollo legal del citado derecho a través de la Directiva.

3. LA DIRECTIVA 93/109/CE

Del modo apuntado anteriormente, el artículo 22.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituye la base legal sobre la que se regula el derecho al sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos residentes en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. A partir del mismo se articula la Directiva, fijando las modalidades para el ejercicio del derecho. A pesar de que el Tratado establece que dicho derecho debe ejercerse en las mismas condiciones que los propios nacionales, existen ciertos aspectos, sobre todo, relacionados con la acreditación de que éste sólo se va a ejercer en un Estado miembro, que perjudican la participación de los residentes europeos en las elecciones al Parlamento Europeo[9].

La puesta en marcha de la Directiva produjo grandes avances, dotando de seguridad jurídica al ejercicio del presente derecho y estableciendo un marco de ejercicio amplio y que, en gran medida, igualaba a nacionales y residentes europeos. A pesar de ello, en los sucesivos informes de aplicación de la misma (en los años 1998, 2000, 2006 y 2010)[10] se puso de relieve la necesidad de realizar mejoras, sobre todo, en los trámites exigidos para evitar la doble candidatura como son el sistema de intercambio de información y la necesidad de presentar certificación.

Antes de comenzar el análisis debemos de tener claro una serie de conceptos que se utilizarán muy a menudo en la exposición. En primer lugar debemos definir qué entendemos por sistema de intercambio de información. Se trata de un procedimiento en base al que el Estado miembro de residencia y el Estado miembro de origen se transmiten los datos necesarios para conocer que la información aportada a través de la declaración formal por el interesado en ejercitar el derecho es veraz y, por lo tanto, cumple con los requisitos para presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento Europeo en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad (en el que resida).

---

[9] Ver SHAW, Jo (2007): *The transformation of citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, Cambridge, Ed. Cambridge. Págs. 131-142.

[10] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 93/109/CE. Derechos de sufragio de los ciudadanos comunitarios que viven en un Estado miembro del que no son nacionales en las elecciones al Parlamento Europeo. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, COM (97)731 final de 7 de enero de 1998.

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/109/CE durante las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 1999. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo para los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, COM (2000) 843 final de 18 de diciembre del 2000.

Comunicación de la Comisión, Elecciones europeas de 2004, Informe de la Comisión sobre la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en el Estado miembro de residencia (Directiva 93/109/CE) y sobre las modalidades electorales (Decisión 76/787/CE modificada por la Decisión 2002/772/CE,Euratom), COM(2006) 790 final de 1 de diciembre de 2006.

Informe relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo (Acto 1976 modificado por la Decisión 2002/772/CE, Euratom) y a la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia (Directiva 93/109/CE). Comisión Europea, Bruselas, COM (2010) 605 final de 27 de octubre de 2010.

En segundo lugar, al hablar de certificación nos estamos refiriendo a aquél documento acreditativo de que el ciudadano europeo interesado en ejercer su derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo no se encuentra desposeído del mismo en su Estado miembro de origen.

Por último, el concepto de declaración formal se refiere a la obligación, del interesado en ejercitar el derecho al sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo, de incorporar, en el formato requerido, una serie de puntos, establecidos en la Directiva, para que el Estado miembro de residencia pueda conocer ciertos datos del ciudadano de la Unión y, en su caso, transmitirla al Estado miembro de origen a efectos de comprobar su veracidad.

En el próximo apartado se expondrán las novedades introducidas por la Directiva de reforma cuya consecuencia fundamental ha sido la mejora, al menos teórica, en el ejercicio de tan citado derecho.

4. PUNTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA[11].

4.1. Privación del Derecho de sufragio por resolución judicial y obligación de presentar declaración formal

Privación por resolución judicial

En primer lugar, encontramos una modificación que, aunque en un primer momento pueda parecer menor, tiene gran relevancia en sí misma y en conexión tanto con el sistema de intercambio de información como con la supresión de la obligación de presentar certificación (del modo que analizaremos en el punto siguiente).

En este sentido, con carácter previo a la reforma, el artículo 6 de la Directiva establece, en su primer apartado[12], la posibilidad de que los residentes comunitarios sean privados en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo mediante resolución individual, en materia civil o penal, conforme con la legislación del Estado miembro de origen o la del de residencia. Por lo tanto, mediante la Directiva de reforma se fija la imposibilidad de desposeer a un ciudadano europeo del derecho al sufragio por una mera resolución, introduciendo la necesidad de que dicha privación tenga que hacerse necesariamente por resolución judicial o administrativa de carácter individual, siempre que ésta sea recurrible ante los tribunales[13]. Asimismo, se fija la obligación de los Estados de comprobar (mediante el sistema de intercambio de información que veremos a continuación) si los interesados en presentarse como candidatos se encuentran privados de tal derecho en su Estado miembro de origen en los mismos términos (mediante resolución judicial o administrativa siempre que sea recurrible ante los tribunales), lo que supone una novedad con respecto al régimen anterior.

---

[11] Ver Anexo 1.

[12] Artículo 6.1 de la Directiva 93/109/CE:
1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro sin tener su nacionalidad y que, por resolución individual en materia civil o penal, haya sido desposeído del derecho de sufragio pasivo en virtud, bien de la legislación del Estado miembro de residencia, bien de la del Estado miembro de origen, quedará desposeído del ejercicio de ese derecho en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo.
Artículo 1.1.a de la Directiva 2013/1/UE:
1) El artículo 6 se modifica como sigue:
a) el apartado 1 se sustituye por el texto siguiente:
«1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro sin tener su nacionalidad y que, por resolución judicial o administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales, haya sido privado del derecho de sufragio pasivo en virtud, bien de la legislación del Estado miembro de residencia, bien de la del Estado miembro de origen, quedará privado del ejercicio de ese derecho en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo.»;

[13] introducidos por los artículos 1.1.a y 1.1.b Directiva 2013/1/UE.

Con este cambio, la actuación de los Estados miembros ante una posible privación del derecho se recubre de un alto grado de seguridad jurídica además de garantizarse la tutela judicial efectiva como consecuencia del deber de fundamentarse los motivos de la privación y de darle al interesado la posibilidad de recurrir dicha resolución.[14]

Declaración formal

En el presente apartado sólo nos vamos a centrar en las modificaciones introducidas en dicha figura administrativa de modo que el lector pueda ponerlas en conexión con los dos apartados siguientes relativos al sistema de intercambio de información y la certificación.

La principal finalidad de esta modificación es que los Estados miembros contaran con datos más precisos para localizar a los ciudadanos europeos y comprobar, por consiguiente, la veracidad de los datos incluidos en las mismas.

Por lo tanto encontramos una modificación en el aparto 1 del artículo 10 de la Directiva donde se establece el contenido del que debe constar una declaración formal[15]. En este sentido, se añade a la necesidad de aportar la nacionalidad y el domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia (la entidad local o circunscripción del Estado miembro de origen en cuyo censo electoral estuvo inscrito en último lugar), las siguientes novedades: el último domicilio en el Estado miembro de origen, así como la fecha y el lugar de nacimiento del interesado en ejercitar el derecho. Además, se debe declarar que no se encuentra desposeído del derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de origen (del modo que indicamos anteriormente, esto es, por resolución judicial o decisión administrativa individual recurrible judicialmente).

La incorporación de estos datos en la Declaración formal facilita la localización de los interesados en ejercitar el derecho a través del sistema de intercambio de información. Siendo de suma importancia ya que si los Estados miembros de origen no gozan de la información necesaria (transmitida por los Estados miembros de residencia a través de la declaración formal) para localizar a los interesados en ejercitar el derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, todas las demás medidas para mejorar la eficacia del sistema quedarían en papel mojado.

---

[14] En este sentido consultar el Informe sobre la propuesta de Directiva que modifica la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, A7-0352/2012 de 24 de octubre de 2012. Pág.6.

[15] Artículo 10 de la Directiva 93/109/CE:
"1. El elegible comunitario deberá aportar cuando presente su candidatura las mismas pruebas que un candidato nacional. Además, el elegible comunitario deberá presentar una declaración formal en la que consten:
a) su nacionalidad y su domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia,
b) que no se presenta simultáneamente como candidato en las elecciones al Parlamento Europeo en otro Estado miembro,
c) en su caso, la entidad local o la circunscripción del Estado miembro de origen en cuyo censo electoral estuvo inscrito en último lugar."

Artículo 1.2 de la Directiva 2013/1/UE:
El artículo 10 se modifica como sigue:
a) en el apartado 1, la letra a) se sustituye por el texto siguiente:
«a) su nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, su último domicilio en el Estado miembro de origen y su domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia;»;
b) en el apartado 1 se añade la siguiente letra:
«d) que no ha sido privado del derecho de sufragio pasivo en su Estado miembro de origen mediante resolución judicial o decisión administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales.»;

4.2 Mecanismos demasiado pesados administrativamente: sistema de intercambio de información y certificación.

Entre estos mecanismos para acreditar tanto que se ostenta el derecho a ejercitar el sufragio pasivo en el Estado miembro de origen, como que no se está ejercitando en ambos a la vez (residencia y origen), encontramos dos que son demasiado pesados administrativamente; uno es la certificación y, el otro, el intercambio de información. De estas características de los trámites se derivan consecuencias graves, al constituir una de las causas de la baja participación en las elecciones al Parlamento Europeo, debido a las dificultades ante las que se encuentran los ciudadanos europeos para poder ejercitar el derecho de sufragio en un Estado miembro en el que residan distinto al de su nacionalidad (junto con muchas otras dificultades como puede ser la no inscripción automática en el censo electoral que, por el contrario, si se da para los nacionales españoles).

Por lo tanto, para tratar de combatir la baja participación y fomentar la posibilidad de presentarse como candidato se produjeron las siguientes reformas:

Reforma del sistema de intercambio de información

Sin duda, tanto en los informes sobre el funcionamiento de la Directiva como en el proceso de reforma una de las cuestiones más debatidas, sino la más, es la relativa a las deficiencias del sistema de intercambio de información tal y como se ha regulado hasta ahora por el artículo 13 de la Directiva[16], en el que se determina el hecho de que los Estados miembros, para evitar tanto el doble voto como la doble candidatura, intercambiarán la información necesaria sobre la base de la declaración formal, siendo competencia del Estado miembro de origen adoptar las medidas para evitar que éste se produzca.

Con la reforma en el sistema de intercambio de información se ha superado, a priori, la falta de operatibilidad del sistema, estableciéndose un plazo máximo de cinco días hábiles desde la recepción de la notificación (o, si es posible, uno inferior si así lo solicita el Estado miembro de residencia) para que el Estado miembro de origen trasmita la información requerida. Consideramos que con esta concreción del plazo se cumple con la exigencia de que la misma fuera transmitida con suficiente antelación.

Por otro lado, se añade la prohibición de impedir la admisión de la candidatura por el hecho de que no se reciba en tiempo y forma la información antes mencionada, lo que impide que sean privados injustamente en el ejercicio del derecho. Del mismo modo, para que dicha previsión sea efectiva es indispensable, como establece la Directiva de reforma, adoptar las medidas necesarias, respecto a la legislación nacional, para impedir el ejercicio del derecho (incluso si ya se han producido las elecciones, impidiendo que resulte elegido o que pueda ejercer su mandato) de aquellos ciudadanos europeos a los que la información dada por el Estado miembro de origen invalide la información aportada en la declaración formal.

Por último y de una gran importancia para mejorar la operatibilidad del sistema, se establece la necesidad de incorporar de una lista de contactos por parte de la Comisión donde se incorporarán los nombres y datos de los Estados miembros encargados de recibir y transmitir la información.

Dichas previsiones mejoran la eficacia y garantizan el ejercicio del derecho por parte de los residentes europeos no nacionales, sin discriminación respecto a los propios nacionales.

Certificación

[16] Artículo 13 de la Directiva 93/109/CE: "Los Estados miembros intercambiarán la información necesaria para la aplicación del artículo 4. Para ello, el Estado miembro de residencia transmitirá al Estado miembro de origen, basándose en la declaración formal a que se refieren los artículos 9 y 10, dentro de un plazo apropiado antes de la votación, las informaciones relativas a los nacionales de este último Estado inscritos en el censo electoral o que hayan presentado su candidatura. El Estado miembro de origen adoptará las medidas adecuadas para evitar el voto doble y la candidatura doble de sus nacionales."

En segundo lugar encontramos que el artículo 6 de la Directiva, antes de la reforma, en su apartado segundo y el artículo 10.2 de la misma establecían el rechazo de las candidaturas que no presentaran certificación, proporcionada por el Estado miembro de origen, en la que se establezca que, efectivamente, no se encuentra privado del ejercicio del mismo[17].

La opción tomada por el legislador comunitario fue la supresión de la obligación de presentar certificación, sustituyéndose dicha obligación por la de hacer una mención a tal efecto en la declaración formal, indicándose que, efectivamente, no se encuentra privado del ejercicio del derecho (del modo que se hizo constar en el apartado concerniente a la declaración formal) siendo, por tanto, cometido de los Estados miembros implicados (de residencia y de origen) la comprobación de que efectivamente no se encuentra privado del ejercicio del derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo.

Por lo tanto, destacamos, la inversión de la carga de la prueba al no corresponder al ciudadano europeo la obligación de acreditar que no se encuentra privado del derecho sino que la presente tarea le corresponde a los Estados miembros partícipes, en este sentido, el Estado miembro de residencia remitirá al Estado miembro de origen la citada declaración formal a los efectos de que éste pueda comprobar su veracidad[18].

Las consecuencias de la eliminación de la obligación de presentar certificación son muy positivas debido a las dificultades a la hora de poder ser presentadas en tiempo y forma y, por tanto, el impedimento de poder ejercitar el derecho al sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo[19]. En este sentido con la de reforma se reducen sustancialmente los obstáculos a la participación por parte de los ciudadanos europeos residentes no nacionales, quedando a la espera de los datos de participación en las elecciones del próximo año.

5. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Centrándonos en el caso español, dicha reforma no contradeciría ningún precepto de la Constitución al no afectar al artículo 23 CE, base constitucional del derecho al sufragio activo y pasivo en los asuntos públicos, pero sí a una de las regulaciones de su bloque de constitucionalidad: la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (al fijarse la obligación de los Estados miembros de trasponer la Directiva 2013/1/UE antes del 28 de enero de 2014).

---

[17] Artículo 6.2 de la Directiva 93/109/CE:
"Se declararán inadmisibles las candidaturas a las elecciones del Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia de los ciudadanos de la Unión que no puedan presentar la certificación contemplada en el apartado 2 del artículo 10."
Artículo 10.2 de la Directiva 93/109/CE:
"El elegible comunitario deberá aportar asimismo, al presentar su candidatura, una declaración en que las autoridades administrativas competentes del Estado de origen certifiquen que no está desposeído del derecho de sufragio pasivo en dicho Estado o que no tienen constancia de tal privación."

[18] "Suprimir la obligación de que los candidatos presenten el certificado de que no están privados de su derecho a presentarse como candidato y sustituirla por la inclusión de una mención a tal efecto en la declaración formal" Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, COM(2006) 791 final de 12 de diciembre de 2006. Pág. 6.

[19] En este sentido: "Dados los innumerables obstáculos que ha encontrado esta norma para ser aplicada, la Comisión propone ahora sustituir la exigencia de certificado por una "declaración formal" del tipo que ya se ha analizado para el ejercicio del sufragio activo. La medida propuesta es, desde el punto de vista del sufragio pasivo, una disminución significativa de la rigidez del requisito hasta ahora exigido: el candidato UE no tendrá que aportar una certificación que era nada fácil de obtener, sino simplemente declarar formalmente que su Estado de origen no le ha privado de este derecho, abriendo la puerta a eventuales comprobaciones *a posteriori* de lo declarado si fuera necesario." RODRÍGUEZ, Ángel (2007): *Los electores comunitarios en España: dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea* en Revista General de Derecho Constitucional, 4, octubre 2007, en línea en www.iustel.com, publicado también en BIGLINO CAMPOS, Paloma (editora) *Nuevas expectativas democráticas y elecciones,* Madrid, Iustel. Pág.139.

Concretamente, sería necesario reformar el artículo 220 bis LOREG, regulador de los requisitos exigidos a los ciudadanos europeos residentes en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad que deseen ejercitar su derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. En este sentido, se introducirían novedades en la declaración formal y en la supresión de la obligación de presentar certificación, del modo en que aparece recogido en la Directiva de reforma[20].

6. CONCLUSIONES

Nuestro estudio se ha centrado en un ámbito muy concreto que si bien, como hemos dicho, por si sólo no soluciona todos los problemas relativos a las elecciones al Parlamento Europeo, sí que continúan la senda de mejoras que han venido realizándose. Dicho ámbito es el derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos europeos residentes en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad.

Ante la existencia de pesados trámites administrativos en la Directiva 93/109/CE y con la finalidad de prevenir que los ciudadanos europeos se presentasen como candidatos tanto en su Estado miembro de origen como en el de residencia (puestos de manifiesto en los informes relativos a la aplicación de la presente Directiva tras la celebración de cada una de las elecciones al Parlamento Europeo) se decidió poner en marcha un procedimiento de reforma.

Dichos pesados trámites administrativos son dos. En primer lugar encontramos el sistema de intercambio de información, a través del cual se comprueba (mediante la colaboración de los Estados miembros de residencia y los de origen) si los datos aportados por el interesado en ejercitar el derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento son veraces. Y, en segundo lugar, la obligación de que el interesado en ejercitar el derecho presentase certificación a través de la que se acreditase que los residentes europeos, efectivamente, no se encontraban privado del ejercicio del derecho al sufragio en el Estado miembro de residencia, debido a la imposibilidad de ejercitar el derecho al sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia si ha sido desposeído del mismo en virtud de la legislación del Estado miembro de origen.

Los motivos que llevaron a la presente reforma eran claros ya que, además de no cumplir la finalidad para los que fueron confeccionados (evitar la doble candidatura), habían perjudicado la participación de los ciudadanos europeos en su Estado miembro de residencia.

En este sentido, encontramos que a través de la aprobación de la Directiva 2013/1/UE se han introducido importantes modificaciones en dichos ámbitos aunque debemos ser cautos hasta la celebración de las próximas elecciones europeas para conocer si las mismas han contribuido a la doble finalidad que pretenden, una, descargar al ciudadano europeo de tener que aportar documentación muy gravosa para presentarse como candidato, lo que perjudica la participación y, otra, mejorar el sistema de comunicación de los estados para poder hacer las comprobaciones necesarias a efectos de acreditar que, efectivamente, cumplen todos los requisitos para poder hacer uso del presente derecho.

Por lo tanto, conforme a todo lo expuesto, consideramos que, con todas las reformas introducidas, las próximas elecciones al Parlamento Europeo serán las más europeas de la historia aunque todavía no son unas verdaderas elecciones europeas.

[20] Ver Anexo 2.

ANEXO 1 (Elaboración propia)

DIRECTIVA 93/109/CE	DIRECTIVA 2013/1/UE
Artículo 2	
9. <<declaración formal>>: el acto emanado del interesado cuya inexactitud será sancionable, de conformidad con la ley nacional aplicable.	---
Artículo 6	
1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro sin tener su nacionalidad y que, por resolución individual en materia civil o penal, haya sido desposeído del derecho de sufragio pasivo en virtud, bien de la legislación del Estado miembro de residencia, bien de la del Estado miembro de origen, quedará desposeído del ejercicio de ese derecho en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo.	«1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro sin tener su nacionalidad y que, por resolución judicial o administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales, haya sido privado del derecho de sufragio pasivo en virtud, bien de la legislación del Estado miembro de residencia, bien de la del Estado miembro de origen, quedará privado del ejercicio de ese derecho en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo.»
2. Se declararán inadmisibles las candidaturas a las elecciones del Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia de los ciudadanos de la Unión que no puedan presentar la certificación contemplada en el apartado 2 del artículo 10.	2. El Estado miembro de residencia comprobará si los ciudadanos de la Unión que hayan expresado el deseo de ejercer en él su derecho de sufragio pasivo no han sido privados de ese derecho en el Estado miembro de origen mediante resolución judicial o decisión administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales.
---	3. A efectos del apartado 2 del presente artículo, el Estado miembro de residencia notificará al Estado miembro de origen la declaración a que se refiere el artículo 10, apartado 1. Para ello, la información pertinente de que dispone el Estado miembro de origen se proporcionará de la manera adecuada en un plazo máximo de cinco días hábiles a partir de la recepción de la notificación o, de ser posible, dentro

	de un plazo más corto si así lo solicita el Estado miembro de residencia. Dicha información podrá incluir solo los aspectos estrictamente necesarios para la aplicación del presente artículo y podrá utilizarse únicamente para tal fin. El hecho de que el Estado miembro de residencia no reciba esa información dentro del plazo señalado no impedirá que se admita la candidatura.
---	4. Si la información proporcionada invalida el contenido de la declaración, el Estado miembro de residencia, con independencia de si ha recibido la información dentro del plazo o posteriormente, adoptará las medidas apropiadas con arreglo a su legislación nacional para impedir que la persona de que se trate ejerza su derecho de sufragio pasivo o, cuando ello no sea posible, para impedir que esa persona resulte elegida o que ejerza su mandato.
---	5. Los Estados miembros designarán un punto de contacto para recibir y transmitir la información necesaria para la aplicación del apartado 3. Comunicarán a la Comisión los nombres y datos de contacto de esos puntos así como cualquier información actualizada o cambios al respecto. La Comisión elaborará una lista de los puntos de contacto y la pondrá a disposición de los Estados miembros.
DIRECTIVA 93/109/CE	**DIRECTIVA 2013/1/UE**
Artículo 10	
1. El elegible comunitario deberá aportar cuando presente su candidatura las mismas pruebas que un candidato nacional. Además, el elegible comunitario deberá presentar una declaración formal en la que consten: a) su nacionalidad y su domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia,	«a) su nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, su último domicilio en el Estado miembro de origen y su domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia;»;
---	d) que no ha sido privado del derecho de sufragio pasivo en su Estado miembro de origen mediante resolución judicial o decisión administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales.
2. El elegible comunitario deberá aportar asimismo, al presentar su candidatura, una declaración en que las autoridades administrativas competentes del Estado de origen certifiquen que no está desposeído del derecho de sufragio pasivo en dicho Estado o que no tienen constancia de tal privación.	SUPRIMIDO

ANEXO 2 (Elaboración propia)

Artículo 220 bis LOREG	**Cambios introducidos por la Directiva 2013/1/UE**
	Artículo 10 Directiva 93/109/CE
1. Los ciudadanos de la Unión Europea, elegibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 210 bis 1, en el momento de la presentación de las candidaturas deberán aportar, además de los documentos necesarios para acreditar que reúnen los requisitos exigidos por la legislación española, una declaración formal en la que consten:	
a. Su nacionalidad, así como su domicilio en España.	a) su nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, su último domicilio en el Estado miembro de origen y su domicilio en el territorio electoral del Estado miembro de residencia.
b. Que no se presentan simultáneamente como candidatos en las elecciones al Parlamento Europeo en ningún otro Estado miembro.	
c. En su caso, la mención del término municipal o de la circunscripción del Estado miembro de origen en cuyo censo electoral hayan estado inscritos en último lugar.	
	d) que no ha sido privado del derecho de sufragio pasivo en su Estado miembro de origen mediante resolución judicial o decisión administrativa de carácter individual, siempre que esta sea recurrible ante los tribunales.
2. Además deberán presentar una certificación de las autoridades administrativas competentes del Estado miembro de origen, acreditativa de que el elegible comunitario no está desposeído del derecho de sufragio pasivo en el citado Estado. La Junta Electoral Central podrá también exigir que presenten un documento de identidad no caducado y que indiquen a partir de qué fecha son nacionales de un Estado miembro.	Queda suprimido el artículo 10.2 de la Directiva 93/109/CE "2. El elegible comunitario deberá aportar asimismo, al presentar su candidatura, una declaración en que las autoridades administrativas competentes del Estado de origen certifiquen que no está desposeído del derecho de sufragio pasivo en dicho Estado o que no tienen constancia de tal privación."
3. Efectuada la proclamación de candidaturas, la Junta Electoral Central trasladará a los otros Estados miembros la información relativa a sus	

respectivos nacionales incluidos como candidatos en las citadas candidaturas.	

BIBLIOGRAFÍA:

FRAILE ORTIZ, María (2003): *El significado de la ciudadanía europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (2007): *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MANGAS MARTÍN, Araceli (2008): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier (2012): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos.

MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica (2010): "Sistema electoral al Parlamento Europeo" en PASCUA MATEO, F. (dir.), *Estado Democrático y Elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral*, Madrid, Civitas, Págs. 321-361.

RODRÍGUEZ, Ángel (2007): "Los electores comunitarios en España: dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea" en *Revista General de Derecho Constitucional*, 4, octubre 2007, en línea en www.iustel.com, publicado también en BIGLINO CAMPOS, Paloma (editora) *Nuevas expectativas democráticas y elecciones,* Madrid, Iustel, Págs 105-156.

SHAW, Jo (2007): *The transformation of citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, Cambridge, Ed. Cambridge.

FUNDAMENTACIÓN DE LA CAUSA DISOLUTORIA POR PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

Pablo Sanz Bayón

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

1. Introducción

La paralización o bloqueo de los órganos sociales es una de las causas legales de disolución de las sociedades de capital, recogida en el actual art. 363.1 d) del Capítulo I del Título X 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 (en adelante LSC). Esta causa de disolución no ha sido suficientemente tratada, ni por la doctrina mercantilista ni por la jurisprudencia[1]. Sin embargo, las implicaciones en torno a ella adquieren vital interés, sobre todo en lo referido a las sociedades cerradas de carácter bipersonal, como pueden ser las sociedades conjuntas o familiares, propensas por su estructura y funcionamiento orgánico a padecer conflictos intra-corporativos de difícil solución cuando sus socios no han previsto por vía estatutaria o parasocial el modo de resolverlos[2].

El presente estudio tiene por objeto centrar la atención en el tratamiento básico de la causa de disolución por paralización de los órganos sociales, revisando sus antecedentes normativos y estudiando la evolución seguida por el legislador y la jurisprudencia en su reconocimiento y aplicación. El objetivo de esta concreta investigación consiste en evaluar el fundamento que la vigente regulación societaria ofrece para la hipótesis de los bloqueos de los órganos sociales, en el marco del régimen general de la disolución. El análisis pretende esclarecer la pertinencia de la inclusión vía estatutaria o parasocial de cláusulas que autoricen a desbloquear la situación hipotética de parálisis a fin de conservar la sociedad y la empresa que constituye su objeto social.

2. Antecedentes

En el derecho de sociedades español se ha seguido una trayectoria paralela a la del derecho italiano en cuanto a la regulación de la paralización de los órganos sociales como causa de disolución de las sociedades mercantiles. Ya en el Código de Comercio italiano de 1882 se

---

[1] En el derecho mercantil español existe únicamente una monografía dedicada al tratamiento exhaustivo de esta causa de disolución. Se trata de la escrita por SENÉN DE LA FUENTE en 1965, titulada *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*. Como es natural, dicha monografía ha quedado desactualizada en numerosos aspectos y además no contempla ningún apartado expositivo de los mecanismos para solucionar el bloqueo.

[2] Esta causa de disolución tiene su supuesto más común en las sociedades de responsabilidad limitada, con una estructura típicamente cerrada, como son las sociedades bipersonales igualitarias o paritarias, constituidas por dos socios al 50%, o también por grupos de socios con participaciones fragmentadas que permitan a uno o a varios ejercer una mayoría (o igualdad) de bloqueo. Esto es debido a que en esta modalidad de sociedades tan frecuente en el tráfico mercantil, al existir una igualdad máxima entre los socios en cuanto a sus condiciones y derechos, no rige de forma plena el principio plutocrático de las sociedades de capital, de modo que sus relaciones difícilmente se pueden sustentar en criterios de mayoría-minoría, sino que se han de adaptar hacia un control paritario o control conjunto de distintos grupos de socios o de familias. Esta situación paritaria provoca a su vez la posibilidad de ejercitar un "abuso de igualdad", lo que cuestiona el principio general mayoritario en la adopción de acuerdos sociales como principio general configurador de las sociedades de capital.

mencionaba como circunstancia impeditiva de alcanzar el fin social, pero no lo establecía como causa de disolución. Posteriormente, el Codice Civile de 1942 en su art. 2448.3º acogió como causa específica de disolución de la sociedad anónima "la imposibilidad de funcionamiento o la continua inactividad de la junta". Una fórmula también genérica que hace preciso su complementación con la doctrina y jurisprudencia italianas, a la que por ser precursora histórica del derecho societario se toma aquí como principal referencia[3]. El Código de Comercio italiano de 1882 no la recogía como causa de disolución en su art. 189.2, de modo que hasta que se incluyó dicha causa expresamente en el Codice Civile de 1942, la doctrina y la jurisprudencia encuadraban el supuesto por subsunción en el 189.2 del Código de Comercio de 1882, exigiendo que la paralización fuese "absoluta", es decir, que no se tratase de una mera dificultad transitoria. Exigencia que se mantiene hasta la actualidad, una vez independizada la paralización de la junta como causa de disolución, resultado de desavenencias insuperables, y entendiendo por tales las relativas a acuerdos que deben ser necesariamente tomados para la continuación de la vida social[4].

En España, la STS de 14 de febrero de 1945 fue uno de los primeros pronunciamientos judiciales que abordó esta problemática. Dicha resolución exigió que la imposibilidad de alcanzar el fin social tuviese carácter definitivo, no siendo suficiente una paralización de la vida social[5]. A tal efecto deja señalado que "la mera paralización de la vida social o la privación temporal de la empresa que constituía su objeto no eran, por sí solas, determinantes de la paralización (…) y que no debe reputarse causa de disolución la existencia de meras dificultades u obstáculos transitorios y vencibles en la realización del fin social. Ha de tratarse de una imposibilidad manifiesta. Es decir, de una falta de posibilidad clara y definitiva, o de una situación de la que sea sumamente difícil salir y que la sociedad no pueda aguantar sin grave quebranto"[6].

En la doctrina mercantil española anterior a Ley de 17 de julio de 1951 ningún autor se enfrentó de un modo directo con la paralización de los órganos sociales como posible causa de disolución de la sociedad anónima, en virtud de la cual, de forma tácita e indirecta comenzó a ser reconocida como causa de disolución a través de la imposibilidad manifiesta de alcanzar el

---

[3] En el derecho francés, el art. 1844.7.5º del Code, es un precepto situado entre las normas comunes a todas las sociedades, y recoge como causa de disolución, si bien con una limitación innecesaria de supuestos, "las desavenencias entre los socios que paralicen el funcionamiento de la sociedad". Esta causa de disolución no ha sido apenas verificada en relación con las sociedades anónimas y ha sido objeto de una nula atención por la doctrina francesa, mientras que la jurisprudencia se ha limitado a decir que dicha causa sólo puede ser tomada en consideración si compromete el funcionamiento de la sociedad. Por su parte, en derecho alemán, su doctrina se limita a señalar, en el marco del análisis del art. 61 GmbH ("disolución judicial por imposibilidad de conseguir el fin social o existencia de causa importante que afecte al funcionamiento de la sociedad"), que las desavenencias entre los socios, al impedir la formación de la voluntad social, inciden sobre la sociedad en su funcionamiento. Véase, FRADEJAS RUEDA, "Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión.", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2012, Ponencia del IX Seminario Harvard-Complutense, pág.4.

[4] *Cfr*. FRADEJAS RUEDA, "Paralización", cit., pág. 5, quién recoge la principal doctrina italiana sobre este punto.

[5] La cuestión de la paralización social no fue tratado jurisprudencialmente hasta 1945. SENÉN, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965, pág. 185, confirma que "en la doctrina mercantil española anterior a la Ley de 17 de julio de 1951 ningún autor se enfrentó, pues, de un modo directo, con la paralización de los órganos sociales como posible causa de disolución de la sociedad anónima, aunque LANGLE rozase el problema, pero con un criterio por completo equivocado a nuestro juicio".

[6] La STS de 14 de febrero de 1945 exige que la imposibilidad de alcanzar el fin social tenga carácter definitivo y que no debe reputarse causa de disolución la existencia de meras dificultades u obstáculos transitorios y vencibles en la realización del fin social. Esta misma sentencia reconoce que la LSA de 17 de julio de 1951 venía a admitir que la decisión judicial podía sustituir a la deliberación y al acuerdo de la junta general cuando la paralización de los órganos sociales comportara la imposibilidad de alcanzar el fin social. Esta sentencia se ha visto ratificada por la STS de 3 de junio de 1967 (RJ 1967, 2939) y STS de 5 de junio de 1978 (RJ 1978, 2220).

fin social[7], tal como se interpretó el art. 150.2 de la LSA de 17 de julio de 1951 por la doctrina mercantil[8]. Esta situación se prolongaría hasta la reforma de la LSA de 1989 con la introducción de una nueva regulación de la eficacia de esta causa de disolución, aunque no fuera propiamente una novedad en el derecho positivo español habida cuenta de que ya venía recogida en términos bastante parecidos en los arts. 30 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984[9] y 103.4º de la Ley General de Cooperativas de 1987[10]. Fue el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 19 de enero de 1988 el texto legislativo que introdujo por primera vez la modificación del art. 150.2 de la Ley de 17 de julio de 1951, específicamente la causa de disolución por paralización de los órganos sociales, "tan frecuente cuando en la sociedad existen dos grupos enfrentados de capital con el cincuenta por ciento cada uno de ellos". Un reforma -plasmada al año siguiente con la entrada en vigor de la LSA de 1989- de alcance limitado en lo relativo al régimen de la disolución y de la liquidación. No obstante, fue en ese momento en el que se introdujeron nuevas causas de disolución entre las cuales figuró la que nos concierne. Una causa de disolución que también volvería a aparecer posteriormente en la LSRL de 1995 en idénticos términos.

En el caso de las empresas familiares que revestían forma societaria de tipo limitada y que sufrían un bloqueo societario no hubo una solución óptima desde el punto de vista legal hasta la LSRL de 1995, pues bajo la anterior Ley Reguladora del Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 (arts. 30.2 y 31) -como queda patente en la STS de 3 de julio de 1967 (R. 2939)-, se venía haciendo una aplicación analógica de la disolución de las sociedades personalistas a las sociedades limitadas de índole familiar[11]. Así sucedía cuando ante las posturas encontradas de los socios no podía adoptarse en junta ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social. En consecuencia, el colapso de la vida de la sociedad imposibilitaba su normal funcionamiento, y al no poder formarse una

---

[7] Es decir, hasta 1989, con la entrada en vigor de LSA que derogaba la Ley de 17 de julio de 1951, no apareció como tal de forma expresa la paralización de órganos sociales como causa de disolución. Véase, entre otras, la STS de 2 de marzo de 1998 (RJ 1998,1126), que, aplicando la LSA de 1951, sostuvo que el art. 150 de esta ley incluía tácitamente el bloqueo societario como supuesto de la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, derivada de la existencia de una casi total paralización de la actuación de los órganos de la sociedad.

[8] A este respecto SENÉN, *La disolución*, cit., pág. 187, recoge lo comentado por sobre la interpretación del art 150.2 LSA de 17 de julio de 1951: "Incluso debe reputarse supuesto de imposibilidad de realizar el fin social, el hecho de que el funcionamiento de la sociedad se haga imposible por meras disensiones o diferencias entre los socios. En la práctica, se da con frecuencia ese supuesto en las sociedades que teniendo un número reducido de accionistas se halla repartido el capital social en forma que no permita reunir en las Juntas Generales o en los Consejos de Administración las mayorías necesarias para constituirse o para tomar acuerdos. Cuando por unas u otras razonas se produce la inactividad de los órganos sociales, la sociedad así paralizada no podrá realizar el fin para el que se constituyó y deberá abrirse el camino de la disolución".

[9] Este precepto enunciaba causas especiales con relación al régimen general de las sociedades aseguradoras, ya fueran anónimas o cooperativas. En su apartado 1º, letra c), contemplaba como causa de disolución, "la inactividad de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento".

[10] Este precepto contemplaba como causa de disolución de las sociedades cooperativas, "la paralización o inactividad de los órganos sociales durante dos años consecutivos".

[11] La STS de 15 de febrero de 1982 (RJ 1982, 685) es una sentencia que aborda la problemática de la paralización social en el marco de una sociedad limitada familiar. En ella se recoge el fundamento de derecho de la STS de 3 de julio de 1967 (R. 2939): "Que esta Sala en su sentencia de 3 de julio de 1967 contempló el supuesto que se calificó de sugestivo, de si en una sociedad de responsabilidad limitada integrada sólo por dos socios, con igual participación e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdos entre los mismos podía acordarse su disolución impetrada por uno de los socios con la oposición del otro, llegando a la conclusión afirmativa y ello por cuanto, ante tan encontradas posturas, no podía adoptarse ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social, situación idéntica a la que en el presente caso es objeto de enjuiciamiento, estableciéndose en el párrafo 2º del art. 30 de la Ley reguladora del Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad limitada, al contener la misma "una fórmula genérica para todos aquellos supuestos que verdaderamente sean de reglas de criterio humano, produzcan el colapso de la vida de la compañía, imposibilitando su normal funcionamiento de manera permanente y definitiva". *Vid.* APARICIO GONZÁLEZ y DE MARTÍN MÚÑOZ, *La sociedad anónima. Legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, 1999, pág. 914.

mayoría estable, estas sociedades limitadas compuestas por dos socios o grupos de socios debían reputarse como sociedades de tipo familiar y personalista aplicándose subsidiariamente la vía del art. 218.7º C.Com, en conexión con lo establecido en la ley especial en su art. 31[12].

3. Estado de la cuestión

Actualmente, la paralización de los órganos sociales es una de las causas de disolución contempladas en el elenco de causas legales del art. 363 LSC. En la refundición operada en 2010 el legislador optó por incluir específicamente esta causa de disolución en una letra separada diferenciándola así de las causas de disolución por la conclusión de la empresa que constituya su objeto y de disolución por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, que permanecían vinculadas en las leyes refundidas (260.1.3º LSA y 104.1.c LSRL)[13].

La LSC confirma la reiterada doctrina y jurisprudencia que llevaban contemplando esta causa disolutoria como autónoma o específica[14], aunque en puridad no sería sino un supuesto concreto o subtipo de la imposibilidad de conseguir el fin social, con la que sigue conservando una comunidad de motivación[15]. Sin embargo, la autonomía o sustantivación de la que ahora goza con la nueva redacción contrasta, según algunos autores, con la interpretación histórica u originaria, que exigía que la paralización de los órganos sociales fuese definitiva e insuperable, de acuerdo con los postulados de la causa de donde procede: la imposibilidad de alcanzar el fin social[16]. De tal forma que la paralización se concebía como una manifestación de aquella imposibilidad[17]. Un empate técnico y sistemático entre los socios en junta se reputaba como una causa originaria de la disolución, por lo cual la técnica jurídica consistía en una operación de subsunción del supuesto de paralización de los órganos sociales en el precepto de la imposibilidad de realizar el fin social, con igual planteamiento que el Código italiano de 1882[18].

---

[12] Especificándose en la STS de 25 de octubre de 1963 (R. 4215) y reiterado en la STS de 18 de enero de 1962 (R. 448) y STS de 13 de febrero de 1962 (R. 696): "Cuando sean sólo dos los socios con idéntica participación de capital, al no haber mayoría posible, deben reputarse como sociedades de tipo familiar y de carácter personalista y se está en el caso de aplicar subsidiariamente el núm. 7º del art. 218 del C.Com, que admite la Ley especial en su art. 31". *Ibíd.* pág. 914.

[13] La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada por la Ponencia Especial de los Prof. Fernando SÁNCHEZ CALERO, Alberto BERCOVITZ y Ángel ROJO, de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (2002), mantuvo igual el régimen jurídico de la disolución (Libro VI) y la causa de paralización en parecidos términos, es decir vinculada a la imposibilidad manifiesta de realizar el "objeto social" (art. 554.4º).

[14] *Vid.* BATALLER GRAU, J., "La disolución de las sociedades de capital", en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Madrid, 2011, pág. 2552.

[15] *Vid.* BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pág. 103, GARRIGUES, *Dictámenes III*, Madrid, 1976, págs. 743-744, SENÉN, *La disolución*, cit., págs. 159-161 y DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2000, pág. 52.

[16] *Cfr.* URÍA, *Derecho Mercantil*, 28º ed., Madrid, 2002, pág. 419.

[17] *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Madrid, 2006, pág. 419, confirma que en algunos casos este supuesto se ha tratado como una variante del supuesto general consistente en la imposibilidad de conseguir el fin social.

[18] En idéntico sentido la STS de 5 de junio de 1978 (RJ 1978,2220) que reconduce la paralización de los órganos sociales a la imposibilidad de realizar el fin social: "Que aunque nuestro ordenamiento jurídico no señala de manera expresa, como causa de disolución de la sociedad, la paralización de los órganos sociales, sin embargo, de manera tácita e indirecta, la admite cuando en el párrafo 2º del art. 150 de la Ley especial, proclama que la sociedad anónima se disolverá por la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social; y esto se produce, precisamente cuando la junta general como el consejo de administración se ven impedidos de funcionar, es decir, se ven afectados por una paralización absoluta que le impide adoptar acuerdos, ya que la actividad empresarial exige la exteriorización de la voluntad social para poder cumplir tanto su fin, como diferentes objetos; ello se infiere, además, de las normas que regulan el modo de operar de la Junta general y del Consejo de administración, y especialmente del principio de sumisión al voto de la mayoría como procedimiento para formar la voluntad social, y de los requisitos que se exigen para que aquellos órganos se entiendan válidamente constituidos…Que, aunque no existiera este precepto, siempre subsistiría la necesidad de reputar ese empate entre los accionistas, como una de las causas que originan "la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social –que a su vez es causa de la disolución de la

Cabe recordar que el Código de Comercio de 1885, en su art. 221.1, se limitaba a decir que las compañías de cualquier clase se disolverán totalmente: "1. Por el cumplimiento del término prefijado en el contrato social, o la conclusión de la empresa que constituya su objeto…". Lo que quiere decir que literalmente el Código de Comercio no ampliaba esta causa de disolución al supuesto de imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social. Fue precisamente con la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en su art. 150.2, cuando por primera vez se consideraba de modo expreso como causa de disolución para este tipo de sociedades, no sólo la conclusión de la empresa que constituya su objeto, sino también "la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social".

En atención a lo cual puede reconocerse una evolución en nuestro ordenamiento positivo desde una aplicación tácita e indirecta de la paralización social por medio de la subsunción en la causa disolutoria por imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social (LSA 1951) hacia la previsión legal expresa (LSA 1989, LRSL 1995 y LSC 2010)[19]. De tal forma que en la actualidad puede reconocerse que el fundamento de la causa de disolución descansa únicamente en la norma legal, lo que facilita su invocación por los interesados. En sentido contrario, es evidente que antes de aparecer entre las causas de disolución de la LSA, las dificultades para aplicarla eran mucho mayores por la imposibilidad de fundamentarlo directamente en un precepto del ordenamiento positivo. La LSC, en consecuencia, unifica el régimen de disolución para las sociedades de capital, estableciendo unas causas de disolución comunes tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas. La fórmula que se ha mantenido es amplia y genérica, y aparece como causa de disolución para todas las sociedades de capital, incluyendo a las sociedades comanditarias por acciones, que además se disuelven conforme al 363.2 LSC.

Para poder observar el alcance de esta causa recogida en el art. 363.1 d) LSC hay que examinar con detalle la doctrina y jurisprudencia, pues de lo contrario, partiendo del tenor literal del precepto vigente, será muy difícil captar nítidamente en qué supuestos puede hablarse de paralización, qué requisitos han de darse para que concurra como causa de disolución y qué órganos han de entenderse paralizados. De hecho, como antes se ha señalado, cuando la paralización social no estaba prevista de un modo expreso en la ley, el fundamento había que encontrarlo incluido en la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social, que era la que sí estaba prevista desde la LSA de 1951. En efecto, la sociedad afectada se verá impedida de alcanzar el fin social cuando sus órganos sociales sufran una paralización absoluta e insalvable, es decir, cuando la junta general y el órgano de administración no pueden funcionar normalmente hasta el punto de no poder conseguir el objeto para el que se constituyó. Como por ejemplo sucederá en última instancia si la junta general no aprueba las cuentas anuales del ejercicio anterior y se produce el cierre registral de la compañía mercantil. Igualmente, tampoco podrá funcionar normalmente ni realizar el objeto social si debido a la paralización de la junta general la sociedad no puede utilizar los distintos procedimientos que la ley ofrece a las sociedades de capital para captar recursos, como pudieran ser los aumentos de capital, la emisión de obligaciones[20] o la modificación estatutaria de carácter necesario para la adaptación

---

sociedad-, ya que por aquel empate de votos no se podrá alcanzar un acuerdo social de disolución, impugnable por la vía procesal del art. 67 y tendrá que ser decretada aquélla por resolución judicial".

[19] En opinión de PAZ-ARES, "La disolución", cit., págs. 1073-1074, esta subsunción bajo la rúbrica de "parálisis de los órganos sociales" dentro de los preceptos referidos de la LSRL (30.2) y LSA 1951 (150.2) fue efectuada de forma técnicamente impecable. En esta misma línea según se refiere dicho autor, la subsunción ha sido avalada por los mercantilistas que se han ocupado con un mínimo de detenimiento de esta problemática como SENÉN, GIRÓN, URÍA, GARRIGUES y DE LA CÁMARA.

[20] La paralización social y la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social son causas de disolución complementarias y que siguen estrechamente vinculadas. Una paralización total y permanente de los órganos sociales se traduce inexorablemente en una imposibilidad real de alcanzar el fin social para el que la sociedad se constituyó. Para ilustrarlo, basta traer a colación los ejemplos dados por URÍA y recogidos por SENÉN, *La disolución*, cit., págs. 160-161. Así sucedería en el caso de una sociedad anónima de obras públicas en la que, tanto la junta general como el consejo de administración dejasen de funcionar. Es evidente que, por un lado, al no poder acudir a los concursos y subastas del Estado ni firmar contrato alguno con terceros para la ejecución de obras, no podría realizar las actividades propias de su objeto social. Y si a esto se añade la imposibilidad de financiar sus trabajos, al verse impedida para acordar aumentos de capital, emisión de obligaciones etc., por la paralización de la Junta general, será forzoso

de la sociedad a la evolución del tráfico mercantil. La imposibilidad para alcanzar el fin social todavía será más evidente si además se encuentra paralizado el órgano de administración, ya que al verse la sociedad privada de representación no podrá entrar en relación con terceros ni realizar actuación alguna en el tráfico mercantil.

En síntesis, partiendo de la autonomía con la que aparece en la nueva redacción legal, la realidad es que ambas causas de disolución se complementan, reputando comprendidas en ambos preceptos -arts. 363.1.c) y 363.1.d) LSC-, todos aquellos casos en que por unas u otras razones, externas o internas, fuere imposible el funcionamiento de la sociedad y la realización de los fines sociales. Por tanto, la fundamentación de la disolución se caracterizará por el despliegue de una doble vía: para los hechos de índole externa, como pudiera ser un obstáculo natural o un impedimento técnico, operaría la causa disolutoria por imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social y para los hechos internos operaría la causa disolutoria por paralización social, en tanto quede probado que el funcionamiento normal de la sociedad resulta imposible con motivo de graves disensiones entre los socios que paralicen la actividad de los órganos sociales[21].

La objeción se plantea acerca de lo que se considera por paralización definitiva, es decir, si la disolución debe esperar a la completa paralización de los órganos sociales con carácter insuperable o basta para que pueda llevarse a cabo una mera constatación de la existencia del conflicto intra-corporativo. Si nos atenemos a la tradición jurisprudencial al respecto, se ha venido entendiendo que para la eficacia de esta causa de disolución se requiere necesariamente que se produzca una paralización manifiesta y que tenga un carácter definitivo e insalvable en el sentido de que haya una situación en la que sea sumamente difícil salir y que la sociedad no pueda funcionar sin grave quebranto[22]. Esta interpretación estaba en relación con el origen mismo de esta causa de disolución, en tanto que prolongación o variante tácita de la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social. De donde resulta que existirá imposibilidad de funcionamiento de la sociedad siempre que se demuestre la imposibilidad de alcanzar una decisión que legalmente fuera necesario tomar, como una reforma estatutaria, un aumento o reducción del capital, o el cambio de objeto social[23].

Sin embargo, la nueva autonomía normativa parece matizar estos criterios considerando como requisito suficiente que el conflicto intra-corporativo genere una inmediata puesta en peligro de la economía de la sociedad o incluso una disfunción temporal considerable no necesariamente reiterada ni absoluta. Este debate doctrinal, si bien no está ni mucho menos cerrado, no es claro que se decante a favor de entender que la autonomía de la que goza esta causa legal de disolución autorice a superar sin más una interpretación histórica de marcado carácter restrictivo, a pesar de la tendencia favorable a la disolución en caso de sociedades de dos únicos socios o grupos de éstos con igualdad de participaciones[24]. Una interpretación que tiene uno de sus fundamentos en el principio de supervivencia de la empresa y de la vida social, de ahí que la paralización haya sido adjetivada por los jueces como definitiva, insuperable, permanente o reiterada, como exigencia para poder admitir la disolución judicial de la sociedad[25].

---

llegar a la conclusión de que tal sociedad se ve impedida para conseguir el fin para el que se constituyó, y debe ser disuelta.

[21] *Vid*. FLAQUER, FLAQUER RIUTORT, J., "La paralización de la Junta general de accionistas (reflexiones en torno a la STS de 12 de noviembre de 1987)", *Revista General del Derecho,* 1989, pág. 1885 y URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., pág. 419.

[22] Entre otros, GARRIGUES, *Dictámenes III*, cit., págs. 589-596, 743-744, 908-910, FLAQUER, "La paralización", cit., pág. 1887 y con anterioridad y mayor exhaustividad SENÉN, *La disolución*, cit., págs. 159-161. La jurisprudencia menor también acoge mayoritariamente esta doctrina: Auto del Juzgado 1º de lo Mercantil de Cádiz de 23 de abril de 2007 (RJ 2007, 136408) y la DGRN en su Resolución de 24 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1794).

[23] *Cfr*. BLANQUER, *Disolución, liquidación y reactivación de las sociedades anónimas y limitadas*, Valencia, 2001, pág. 35.

[24] Véanse, STS de 18 de enero de 1962 (R. 448), STS de 25 de octubre de 1963 (R.4215), STS de 3 de julio de 1967 (R. 2939) y STS de 5 de junio de 1978 (RJ 1978,2220).

[25] *Cfr*. BATALLER, "La disolución", cit., pág. 2552.

Que la sociedad siga funcionando o que incluso mejore sus resultados económicos temporalmente no es óbice para denegar la concurrencia de causa de disolución judicial si existe y se prueba una paralización de sus órganos sociales[26]. Es por ello que no hay que confundir la imposibilidad de realizar el objeto social con la imposibilidad de obtener el fin social, que es la consecución por los socios de un beneficio repartible, en tanto que fundamento del principio de ánimo de lucro que informa a toda la actividad mercantil. La razón se encuentra en que el fin social exige la adopción de acuerdos más allá de la gestión ordinaria, tales como aumentos o reducciones de capital, reparto de dividendos o aprobación de las cuentas anuales. No basta, pues, que la sociedad se limite a cumplir con la actividad empresarial que constituya su objeto social. El fin social no podrá alcanzarse debidamente si los órganos sociales se encuentran paralizados por un tiempo prolongado, aunque la sociedad siga realizando su objeto social[27].

Al debate doctrinal de fondo se suma el que gira en torno a la *affectio societatis* en el contrato de sociedad[28]. Por una parte, algunos autores consideran dicho principio como un elemento esencial del contrato de sociedad, aún en las sociedades capitalistas. Esta opinión parece haber sido superada por aquellos que entienden que la *affectio societatis* ha de quedar en un segundo plano en lo que respecta a las sociedades anónimas, y más concretamente en lo referido a las sociedades cotizadas. En esta categoría social, dada su magnitud y el carácter fungible de los socios, los elementos subjetivos y personalistas tienden a desaparecer, y el elemento interpersonal entre socios generalmente no se tiene en cuenta al constituirlas, invertir o participar en ellas[29]. No así respecto de las sociedades limitadas (y también sociedades anónimas cerradas estatutariamente), en las que aún se pueden reconocer ciertos rasgos personalistas y es factible advertir que el *intuitu personae* puede desempeñar un papel importante[30].

---

[26] A este respecto la SAP de La Coruña de 26 de mayo de 2003 (JUR 2003, 237363), sentencia no exenta de crítica, que se aparta de esa doctrina, tratando de favorecer el funcionamiento de la empresa.

[27] Sobre la distinción entre fin social y objeto social véase GIRÓN, *Derecho de Sociedades I, Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, págs. 203-204.

[28] Cuestión que se plantea DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2, 11ª ed., Madrid, 2003, pág. 461: "Aunque la noción de la affectio societatis tenga todavía algún arraigo en la doctrina y en la jurisprudencia, son hoy muchos los autores que impugnan la existencia de ese pretendido elemento característico del contrato y muchos también los que lo mantienen aunque con escasa fe o lo rechazan implícitamente al pasarlo al silencio. Y es que añade CASTÁN, tanto si se sigue un criterio subjetivo para definir la affectio societatis (considerándola como intención de asociarse o de someterse al contrato de sociedad), como si se prefiere un criterio objetivo (viendo en ella elemento económico de cooperación activa), siempre resulta que la affectio societatis viene a refundirse en los otros requisitos del contrato de sociedad". Finalmente DÍEZ-PICAZO toma posición afirmando que la *affectio societatis* "no parece ser otra cosa que el genérico consentimiento contractual, unido al fin que las partes persiguen. Pero ese fin se valora en todos los contratos para interpretar sus pactos y sus estipulaciones y para someterlos a una determinada calificación, no es específico de la sociedad".

[29] Para SENÉN, *La disolución*, cit., pág. 164, está opinión se basa en razones no siempre válidas, "en efecto, cuando la doctrina resta valor a la affectio societatis, desde el punto de vista de la disolución de la sociedad anónima, se basa, por lo general, en el carácter fungible de la cualidad de socio de una sociedad anónima y en la posibilidad ilimitada de transmitir las acciones a terceras personas como medio de abandonar una compañía en la que ya no se desea permanecer". Para ello esgrime el argumento de la facilidad de transmitir ilimitadamente las acciones de una sociedad anónima, que "sólo existe cuando se trata de una gran sociedad anónima con miles de accionistas y con sus acciones admitidas a la contratación y a la cotización oficial en las Bolsas Oficiales de Comercio, ya que en estos casos sí puede decirse que los títulos de la sociedad tienen un mercado permanentemente abierto y fluido. Pero no ocurre lo mismo cuando se trata de una sociedad anónima pequeña, con escaso número de socios…difícilmente encontrarán comprador para sus títulos".

[30] Y de igual modo que en la sociedad limitada, en la sociedad anónima de tipo cerrada. En este punto, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, en *Funciones de la Sociedad Anónima. Legislación y práctica española*, Zaragoza, 1985, pág. 58: "que al desenvolvimiento del intuitu personae ha contribuido, ante todo, la amplia sanción legislativa de las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones que, como es sabido, pueden introducirse tanto en la constitución de la sociedad cuanto en un momento posterior, se trate de acciones nominativas o lo sean al portador".

En este sentido, bastaría la ausencia de *affectio societatis* –materializada en constantes desavenencias intra-corporativas- para servir de fundamento favorable en orden a la solicitud de disolución por parte del socio interesado[31]. La importancia de dicho principio es de carácter instrumental y radica en su valor para hacer patente y complementar la argumentación cuando la junta general no logre reunirse válidamente, por el continuado absentismo de los socios que impide alcanzar los quórum mínimos exigidos por ley para la adopción de determinados acuerdos o cuando en las votaciones se ponga de manifiesto un desacuerdo total entre los socios, que no logran formar una mayoría estable para decidir sobre ninguno de los asuntos del orden del día que sean relevantes para la buena marcha de la vida de la persona jurídica. El acaecimiento de un bloqueo pondrá de relieve que los socios no tienen ya ese deseo de permanecer en sociedad, motivo determinante de la constitución de la sociedad o de la incorporación a la misma.

De esta forma, la paralización social debidamente acreditada por el correspondiente libro de actas (del consejo de administración –si lo hubiere- o de la junta general) justificará fehacientemente la pérdida de la *affectio societatis*, demostrando que los socios no pueden convivir entre ellos, o, lo que es lo mismo, carecen de ese "espíritu de asociación" que hace posible la vida en sociedad. Dicha situación conduce a que la única vía legal -dado el carácter limitado del derecho de separación y del régimen de transmisibilidad de las participaciones- lo constituya la disolución de la sociedad, aunque ni siquiera los socios se pongan de acuerdo para disolverla[32]. Por tanto, en la fundamentación del socio o grupos de socios demandantes que se sientan "prisioneros" de una sociedad paralizada por el otro socio paritario, podrá esgrimirse la pérdida de la *affectio societatis* para obtener una estimación judicial favorable a la disolución entendiendo desaparecido uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad. Al menos en lo referido a las sociedades limitadas, sociedades anónimas cerradas de tipo familiar o no cotizadas en situaciones de bloqueo[33].

Con todo, el *intuitu personae* resulta cada vez más puesto en duda por la moderna doctrina del derecho de sociedades, en el sentido de que se produce un desvío de la norma que se utilizaba de cobertura (que se correspondería con la imposibilidad de realizar el fin social como causa disolutoria). El hecho de que la paralización social se consagre ya en letra separada como supuesto o causa específica (art. 363.1 d LSC) parece autorizar a flexibilizar una interpretación que estaba ligada a su origen. Esa interpretación más laxa consideraría suficiente que el conflicto intra-corporativo genere una inmediata puesta en peligro de la economía social o incluso una disfunción temporalmente considerable aunque no necesariamente reiterada[34]. Este argumento alternativo descansa en el principio de rendimiento y consiste en flexibilizar la fundamentación originaria y restrictiva para contemplar la concurrencia de la causa de disolución sin atender a la ausencia actual de *intuitus* o *affectio* sino a la peligrosidad y potenciales daños económicos que se irroguen con principio en el conflicto intra-corporativo[35].

---

[31] Conforme con FLAQUER, "La paralización", cit., pág. 1886, quién precisa que "este carácter limitado del derecho de separación, unido a la pérdida de la llamada affectio societatis en los casos de desavenencias entre los socios, pueden justificar la disolución de la compañía en aras a la evitación de situaciones de encarcelamiento de un socio en sociedades anónimas de tipo cerrado, que, por lo general, contienen restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y en las que no olvidemos que el intuitu personae juega un papel muy importante".

[32] *Cfr.* SENÉN, *La disolución*, cit., pág. 165.

[33] Para un comentario sucinto en torno a la interrelación existente entre los principios o valores del contrato de sociedad, su base constitutiva, y la causa de disolución determinada por la ley cuando sus órganos sociales incurren en paralización, véase SANZ BAYÓN, P., "La sociedad capitalista paralizada: sobre la causa legal de disolución a la luz de los caracteres esenciales del contrato de sociedad", *Revista Electrónica de Pensamiento, Economía y Sociedad*, Nº 17, 2012, págs. 5-30.

[34] Por esta nueva interpretación aboga BATALLER, "La disolución", cit., pág. 2552: "Se supera así una interpretación histórica del precepto que asume los postulados propios de la causa de donde proviene –la imposibilidad de alcanzar el fin social-, para acoger una interpretación más acorde con los valores que deben preservarse".

[35] A juicio de PAZ-ARES, "La disolución", cit., pág. 1076, la clave de la solución a este problema deberá encontrarse en el denominado principio de rendimiento, que pone el acento de la ratio disolutoria en vez

4. Conclusión

En síntesis, la gravedad de las consecuencias que derivan de la puesta en marcha de una causa legal de disolución basta, en principio, para comprender que sólo en determinados casos, o lo que es lo mismo, cuando la paralización social revista una cierta gravedad deberá abrirse el cauce de la disolución de la sociedad. Una diligente anticipación implica un control *ex ante* por vía extraestatutaria o parasocial con el objeto de que la aparición de un conflicto intra-corporativo no lleve aparejado un grave perjuicio económico para todos los socios si desemboca en una situación de bloqueo. No sólo por el hecho de que mientras esta situación de paralización de los órganos sociales persista, la empresa que constituya el objeto social pueda verse afectada en sus actividades económicas de tráfico ordinario, sino porque en fase de disolución y posterior liquidación, el valor por separado de cada uno de los elementos del patrimonio social será, por norma general, inferior al de una empresa en funcionamiento capaz de adoptar las decisiones adecuadas en el mercado y capaz de generar beneficios.

Finalmente, remarcar la importancia del conocimiento de las implicaciones concernientes a esta concreta causa de disolución, tras la cual se encuentra el objetivo último de prevenirla o remediarla, procurando que los órganos sociales permanezcan funcionalmente activos y coordinados en todo momento de la vida social de la persona jurídica. Si no es posible salvar la paralización por medio de una salida pactada de una de las partes, es entonces cuando entrará en juego la segunda vía, que es la prevista en la ley como causa de disolución, ya sea por acuerdo en junta o por vía judicial.

Referencias bibliográficas

APARICIO GONZÁLEZ y DE MARTÍN MÚÑOZ, *La sociedad anónima. Legislación, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, 1999.

BATALLER GRAU, J., "La disolución de las sociedades de capital", en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Madrid, 2011.

BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Madrid, 2006.

BLANQUER, *Disolución, liquidación y reactivación de las sociedades anónimas y limitadas*, Valencia, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Funciones de la Sociedad Anónima. Legislación y práctica española*, Zaragoza, 1985.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. 2, 11ª ed., Madrid, 2003.

FLAQUER RIUTORT, J., "La paralización de la Junta general de accionistas (reflexiones en torno a la STS de 12 de noviembre de 1987)", *Revista General del Derecho,* 1989, pág. 1883 y sigs.

FRADEJAS RUEDA, "Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión.", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2012, Ponencia del IX Seminario Harvard-Complutense.

GARRIGUES, *Dictámenes III*, Madrid, 1976.

GIRÓN, *Derecho de Sociedades I, Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.

PAZ-ARES, C., "Disolución de la sociedad de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales", *Anuario de Derecho Civil,* XXXV, 1983.

---

de en el principio *intuitus* del contrato social en la economía social. La solución que propone es una vía intermedia que ponga el acento en la relación de causalidad entre los conflictos intra-corporativos y lo que IMMENGA denomina una inmediata puesta en peligro de la economía de la sociedad, tal como está estipulado en los ordenamientos más avanzados como el alemán o el norteamericano, en el que la disolución se decreta cuando las desavenencias internas impiden a la sociedad operar ventajosamente.

SANZ BAYÓN, P., “La sociedad capitalista paralizada: sobre la causa legal de disolución a la luz de los caracteres esenciales del contrato de sociedad”, *Revista Electrónica de Pensamiento, Economía y Sociedad*, Nº 17, 2012, págs. 5-30.
SENÉN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Madrid, 1965.
URÍA, *Derecho Mercantil*, 28º ed., Madrid, 2002.

LA COMPOSICIÓN Y EL NOMBRAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 38/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL

Salvador Tomás Tomás
Becario FPU. Área de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

Resumen

Con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se introdujeron cambios de notable calado con respecto a la regulación anterior. Son destacables aquellas modificaciones que afectan al órgano de administración concursal, piedra angular del concurso de acreedores. En particular, con la aludida reforma de 2011, frente al sistema trimembre instaurado por la Ley Concursal de 2003, que operaba como regla general, se pasa, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, a un sistema que queda integrado, salvo excepciones, por un único miembro. Asimismo se produce una clara apuesta a favor del administrador concursal persona jurídica, potenciando su nombramiento. Abordaremos también las modificaciones relativas al nombramiento de la administración concursal, que opta por un nuevo sistema de distribución equitativa. En las siguientes páginas de la presente contribución nos centraremos en el estudio de éstas y otras cuestiones relacionadas con la composición y el nombramiento del referido órgano de administración concursal.

Palabras clave: administración concursal; composición; Ley Concursal; nombramiento; persona jurídica.

Abstract

The Law 38/2011, of 10 October, reforms the Law 22/2003, of 9 July, which regulates the bankruptcy proceedings. This law has introduced major changes regarding the previous regulation. In particular, there are very important modifications of the «administración concursal», known as an important authority within the Spanish process. Specifically, from 2011, the system based on three members leaves gives way to another bases, generally, on an only one member. Additionally, after this reform, the Law is in favor of societies as «administrador concursal». In this paper we are focusing our attention in the way of designation of this kind of authority, based, nowadays, in an equitable distribution. In the following pages, we are going to study these aspects and others related to its designation and composition systems.

Keywords: administración concursal; composition; designation; Ley Concursal; society.

Sumario

1. Consideraciones generales
2. La composición de la administración concursal
3. El nombramiento de la administración concursal

1. Consideraciones generales

El régimen jurídico del órgano de administración concursal se encuentra contenido, fundamentalmente, en el Título II de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) bajo la rúbrica «De la administración concursal» (arts. 26 a 39). Estos artículos, aun cuando están previstos para la fase común del concurso, resultan igualmente aplicables al resto de fases en tanto no se solapen con las normas que respecto a aquéllas contiene, con carácter especial, la LC.

Este Título, tras un precepto dedicado a la formación de la sección segunda (art. 26 LC), se compone de dos capítulos destinados, el primero, al nombramiento de los administradores concursales (arts. 27 a 33 LC) y, el segundo, a regular su estatuto jurídico (arts. 34 a 39 LC)[1].

Pese al esfuerzo realizado por el legislador de concentrar en un único título la regulación de la administración concursal, la ausencia de un precepto que detalle pormenorizadamente las funciones que le son encomendadas hace inevitable la dispersión normativa en su tratamiento[2]. No obstante, debemos ser conscientes de que el nuevo régimen legal, si bien adolece de defectos, da un paso hacia delante y se distancia significativamente de la dispersa e incompleta regulación que, en el derecho derogado, regía en esta materia[3].

Aun cuando son varias las cuestiones controvertidas que podrían ser tratadas respecto al régimen jurídico de la administración concursal, en la presente contribución nos centraremos en analizar su composición y nombramiento, considerablemente modificados tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

2. La composición de la administración concursal

El sistema implantado en 2003 con la LC rompía con el modelo que, respecto de los interventores judiciales, imperaba en la suspensión de pagos y que, en relación a los síndicos, procedía en la quiebra, si bien mantenía el carácter colegiado de la administración concursal. En 2003 se optó por un modelo mixto entre ambos sistemas de composición -de interventores y de síndicos-, cuyos integrantes eran nombrados en el auto de declaración de concurso combinando, en palabras de su Exposición de Motivos, la profesionalidad, en aquellas materias

---

[1] Durante la tramitación parlamentaria de la LC, el Congreso de los Diputados aprobó la enmienda núm. 256 presentada por el Grupo Socialista. Aquélla pretendía modificar la estructura del Proyecto de Ley con el fin de proporcionar una mejora sistemática, quedando dividido el Título II, compuesto de un único bloque, en dos capítulos: el primero, que llevaría por rúbrica «del nombramiento de los administradores judiciales», y, el segundo, que pasaría a denominarse «estatuto jurídico de los administradores judiciales» (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Ge*nerales (en adelante, BOCG), Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 190). Sin embargo, es criticable que, pese a la delimitación establecida en este Título, se inserten en el Capítulo Segundo, dedicado al estatuto jurídico, cuestiones relativas al nombramiento –*v.gr*. art. 38 referido al nuevo nombramiento o art. 39 dedicado a la firmeza de las resoluciones sobre nombramiento, recusación o cese-. En puridad debieran estar incluidas en el Capítulo Primero dedicado, precisamente, al nombramiento de los administradores. Y si bien puede entenderse que la sistemática empleada es consecuencia de una sucesión lógica de los acontecimientos –téngase en cuenta que tras la separación de un administrador debe proceder, por forzoso, el nombramiento de uno nuevo-, la nomenclatura empleada para referirse a uno y otro título es del todo confusa. En el mismo sentido, *vid.* MARTÍNEZ JIMÉNEZ Y SIERRA NOGUERO, «Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1428, nota al pie 94.

[2] En la fase de tramitación parlamentaria durante la confección de la LC de 2003, el Grupo Vasco propuso la enmienda núm. 138 al art. 24 del entonces Proyecto de ley -actual art. 35 LC- con el fin de añadir un nuevo párrafo al artículo que contemplara «una lista indicativa de las funciones más habituales, según la experiencia comparada, a fin de contar con una referencia que sirva de base al trabajo y a la propia sistemática de las actuaciones» (publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 140). La enmienda fue rechazada. Sin lugar a dudas, pese a la complejidad de diseñar una relación de las funciones que competen a los administradores concursales, sería recomendable sistematizar, si bien de forma orientativa, las funciones a ellos atribuidas. De la misma opinión, MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 246.

[3] Aspectos que antes eran tratados de forma tangencial, en la actualidad se positivizan de manera pormenorizada –*v.gr*. la retribución-, y otros que carecían de régimen legal ahora se regulan en detalle –*v.gr*. la separación-. Evidentemente, ello no quiere decir que la regulación sea en todo punto completa, pero sí se muestra, al menos, un cambio importante respecto a la legislación derogada (*vid.* al respuesto VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 372).

de relevancia para todo concurso -la jurídica y la económica-, con la presencia de un acreedor -ordinario o con privilegio general no garantizado-[4].

Frente al sistema colegiado de administración concursal determinado en la LC de 2003, tradición inveterada en nuestro Ordenamiento jurídico, pasamos, con la Ley 38/2011, a un sistema en el que la administración concursal está, en principio, integrada por un único miembro[5]. Éste «deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1. Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2. Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal» (art. 27.1.1º y 2º LC).

Respecto al abogado, el requisito de los 5 años de ejercicio efectivo –no basta la mera colegiación- fue suprimido en el Proyecto de Ley, si bien finalmente se consideró necesaria su inclusión para garantizar unos mínimos de experiencia suficientes[6]. Especial novedad se introduce con la exigencia de formación especializada en Derecho Concursal y el compromiso de continuidad de formación en la materia (ex art. 27.3 LC). Con esta previsión puede parecer que una de las críticas que se hacían al anterior sistema –no quedar suficientemente garantizada la capacitación profesional-, queda ahora solventada. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de una norma de tal amplitud y discreción que queda vacía de contenido en orden a determinar cual debe ser la formación exigible. La necesidad de formación especializada es controlable por el juez que, en último término, es quien realiza el nombramiento; sin embargo, el compromiso de continuidad en la formación –también predicable respecto al administrador concursal economista, titulado mercantil o auditor de cuentas- para su inclusión en las listas no está en ningún punto determinada. A nuestro juicio, es necesaria alguna delimitación que permita concretar en qué consiste ese compromiso de formación para, en su caso, anudar las concretas consecuencias derivadas de su incumplimiento. Respecto al administrador concursal economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, sorprende, atendiendo a la redacción de 2003, la supresión de la necesidad de que estos profesionales estén colegiados. La pregunta es obligatoria: ¿deben estar colegiados estos profesionales para que puedan ser nombrados administradores concursales? Todos los profesionales referidos deben estar colegiados –así, para los auditores de cuentas, su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en adelante ROAC, es obligatoria (arts. 2.3 y 7 del Real Decreto-ley 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas); del mismo modo, los economistas o titulados mercantiles, deben hacer lo propio en sus respectivos colegios de economistas (art. 1 del Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Profesional de Economistas y de Profesores y Peritos Mercantiles)-. A la vista de lo expuesto, no se reconoce ningún supuesto

---

[4] Téngase en cuenta que, en su redacción originaria, la regla general descrita no era de aplicación cuando procedía el procedimiento abreviado previsto en los arts 190 y 191 LC. En estos supuestos, la administración concursal podía estar integrada por un único miembro que debía ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil que reuniera los requisitos previstos en el apartado primero del art. 27 – un abogado con experiencia profesional de, al menos, 5 años de ejercicio efectivo o un auditor de cuentas, economista o titular mercantil colegiados con una experiencia profesional de, al menos, 5 años de ejercicio efectivo- (art. 27.2.3º LC).
Sobre las distintas opciones ofrecidas en los textos prelegislativos en torno a la composición del órgano de administración, *vid.* GURREA CHALÉ, *La administración concursal. Sus funciones (formularios conforme al artículo de la Ley Concursal)*, Comares, Granada, 2004, pp. 5 a 8.

[5] La regla de la unipersonalidad en la estructura de la administración concursal ya fue propuesta por diversas instituciones, asociaciones y grupos parlamentarios en los trámites previos a la confección definitiva de la LC en 2003. Así, entre otros, el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Ley Concursal» disponible en http://www.apmmadrid.com/info/informes/inf_concursal.htm, punto 21 (consultado, por última vez, el 30 de septiembre de 2013); o las enmiendas núms. 111, 112 y 114 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, p. 132.

[6] Para un estudio sobre la configuración de la administración concursal en el Proyecto de Ley, *vid.* MUÑOZ DE BENAVIDES, «La administración concursal en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Principales modificaciones», *Diario La Ley*, nº 7683, año XXXII, 2011, consultado en www.diariolaley.es.

en el que la colegiación no sea preceptiva. No obstante, esta situación puede variar atendiendo a lo expuesto en la disposición transitoria 4º de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y al Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales -aprobado por el consejo de ministros el 2 de agosto de 2013- donde se establece una lista de profesionales con colegiación obligatoria.

El Preámbulo de la Ley 38/2011, en su apartado VII, nos da las razones de tan profunda reforma en la estructura de la administración concursal[7]. A su tenor, el modelo unipersonal tiene «una repercusión clara en el funcionamiento de la administración, en su toma de decisiones, así como el ahorro de costes que comportará. Con esta decisión la administración concursal adopta el modelo extendido en todos los países de nuestro entorno económico y que resulta el más adecuado al sistema de funcionamiento y organización de los profesionales que se dedican a esta función, evitando las distorsiones que se vienen detectando hasta ahora, derivadas en muchas ocasiones de la desigual participación de los diferentes miembros de la administración concursal».

Sin embargo, la búsqueda de la simplificación orgánica, ya presente en la LC y enfatizada con la Ley 38/2011, todavía mantiene ciertos rescoldos para que la administración concursal quede, en la práctica, integrada por más de un miembro.

Así, la Ley permite que se designe administrador concursal «a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de la administración concursal» (art. 27.1 *in fine* LC). Entendemos que la falta de previsión sobre los requisitos de antigüedad y formación debe quedar salvada a través de una interpretación integradora de la norma, así como de lo dispuesto en el Preámbulo. En éste, al referirse al administrador persona jurídica advierte que deberá estar formada por «profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia». Todo ello nos lleva a entender, por tanto, que los integrantes de la persona jurídica deben cumplir las condiciones dispuestas en los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC[8].

Las razones de impulsar a las referidas personas jurídicas, aun cuando en el anterior sistema semejante posibilidad no estaba vedada[9], encuentra su causa –en palabras del

---

[7] Se trata de una modificación, la de su estructura, que, en la práctica, ya se venía produciendo cada vez con más frecuencia. La reforma acometida con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y la ampliación del presupuesto objetivo del procedimiento abreviado –el volumen máximo de pasivo pasó de uno a diez millones de euros- provocó que, en la práctica, la composición unipersonal del órgano de administración concursal fuera lo habitual. Los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) corroboran esta afirmación. Así, hasta el año 2010, en torno al 90 por ciento de los concursos declarados se tramitaban por el procedimiento abreviado, tendencia que se mantiene en el año 2011 y 2012 (www.ine.es).

[8] Entendemos que la falta de previsión sobre los requisitos de antigüedad y formación debe quedar salvada a través de una interpretación integradora de la norma, así como de lo dispuesto en el Preámbulo. En éste, al referirse al administrador persona jurídica advierte que deberá estar formada por «profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia». Todo ello nos lleva a entender, por tanto, que los integrantes de la persona jurídica deben cumplir las condiciones dispuestas en los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC. De la misma opinión, ÍÑIGO FUSTER, «El administrador concursal persona jurídica tras la Ley 38/2011, de10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal», *Revista CEF Legal*, nº 130, 2011, p. 69.

[9] En el art. 30 del régimen establecido con la LC de 2003 ya se preveía la designación de un administrador persona jurídica. Es más, lo que hace la nueva norma tras la reforma es potenciar su empleo pero estableciendo dos limitaciones, a saber: la primera, la exigencia de una composición determinada, inexistente en el anterior régimen, de un abogado o un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas (art. 27.1 LC); íntimamente relacionado con ello, la segunda, en virtud de la cual quedarían fuera las fundaciones, que, en sentido técnico-jurídico societario, responden a un componente patrimonial –y no personal-. El reconocimiento del administrador persona jurídica en el Derecho foráneo ha sido denostado en los ordenamientos jurídicos inglés y alemán (sobre este último, *vid.* TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales, Thomson-Civitas, Navarra, 2005*, p. 377, nota 23 y las referencias allí

Preámbulo- en que algunas de las formas de persona jurídica «como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia»[10]. La Ley es clara a la hora de determinar las personas que deben quedar integradas en la persona jurídica administración concursal, si bien quedan dudas sobre cuál es el vínculo que debe unir a tales personas físicas con la persona jurídica en la que se integran. A nuestro juicio, tal vínculo ha de ser una relación laboral, de dependencia y carácter exclusivo. Ante el silencio legal, la interpretación de la norma en este extremo no es una cuestión baladí. A favor de la exigencia de la condición de socio podrían ser esgrimidos dos argumentos: (i) de un lado, admitir la integración por medio de una relación laboral, que puede ser temporal, supondría permitir posibles alteraciones en el devenir del procedimiento ante el despido o marcha del trabajador de la persona jurídica; (ii) de otro, si la Ley nada dice al respecto es porque entiende que la continuidad debe quedar en todo caso garantizada, condición ésta que solo se cumple si se trata de un socio[11]. Sin embargo, pese a tales argumentos, téngase en cuenta que aunque la condición de socio pueda ser la que garantice en mayor grado la citada continuidad, en ningún caso ésta queda del todo garantizada pues el socio igualmente puede, por razones, varias, quedar desvinculado de la sociedad. Junto a ello, el hecho de que la Ley no exija el vínculo de socio es también argumento para decantarnos por la relación laboral como nexo exigible. Partiendo de la consideración expuesta de que el administrador persona jurídica puede adoptar cualquier forma -y no sólo la sociedad profesional-, la exigencia del vínculo de socio es del todo insostenible. Piénsese sin más, por ejemplo, en una sociedad anónima en la que el accionista-socio no desempeña en la persona jurídica (sociedad) labor alguna. ¿Tiene sentido exigir tal condición en los referidos supuestos cuando probablemente no se ejercite cometido alguno en la sociedad? Aun siendo discutible, sostener la posición de socio solo podría tener sentido si

---

contenidas de la doctrina contraria a tal reconocimiento). En Italia esta posibilidad se reconoce en el art. 28 Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, «Legge fallimentare» (en adelante, Legg. fall.). Tras la reforma acometida en 2006 por el art. 25 Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80» (sobre el particular, MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla Legge Fallimentare (e alle leggi sulle procedure concorsuali), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013*, pp. 182 y 183 y *La legge fallimentare. Spiegata articolo per articolo*, 5ª ed., Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2012, pp. 57 a 59 y las referencias en ambas señaladas). En España, sobre tal posibilidad, TIRADO MARTÍ ya se mostraba, con anterioridad a la reforma, reacio al nombramiento de administradores persona jurídica (*Los administradores…, cit.,* p. 378). Recientemente, especialmente escéptico a tal reconocimiento se muestra OLIVENCIA RUIZ, *Los motivos de la reforma de la Ley Concursal*, disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/los_motivos_de_la_reforma_de_la_ley_concursal__62.pdf, p. 18, consultado, por última vez, el 30 de septiembre de 2013, publicado en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, 2012, pp. 23 a 30.

[10] Otra cuestión problemática es la determinación de cuál es la concreta modalidad que, en cuanto a su forma, debe adoptar la persona jurídica: ¿es válida cualquier modalidad o solo deben tener cabida las sociedades profesionales reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales? La Ley habla de «persona jurídica», lo cual sería suficiente para no mantener un criterio restrictivo de la norma. El Preámbulo refuerza tal consideración pues advierte, al hablar del reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, «que alguna de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función», siendo la sociedad profesional un ejemplo de persona jurídica especialmente idónea para el desempeño de tal ejercicio, sin perjucio de que cualquier otra forma de persona jurídica pueda ser nombrada. A favor de esta interpretación, ÍÑIGO FUSTER, «El administrador concursal…», *cit.*, pp. 67 a 69. En sentido contrario, *vid.* las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 5 de la versión digital y los argumentos allí esgrimidos(http://www.colegioeconomistasmadrid.com/CEMadrid/secciones/estatico/conclusionescriteriosreunionjueces.pdf consultado, por última vez, el 30 de septiembre de 2013).

[11] De la opinión de que el vínculo sea de socio, *vid.* GARCÍA MARRERO, «El estatuto de la administración concursal: algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento», La legislación concursal: respuestas jurídicas para una crisis, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347816961?blobheader.., pp. 5 y 6 (consultado, por última vez, el 30 de septiembre de 2013) y las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 5 de la versión digital.

partiéramos de que la única forma que puede adoptar la persona jurídica es la de sociedad profesional; sin embargo, descartada esta opción, entendemos que el vínculo de socio no puede ser exigible. Habida cuenta de lo expuesto, nos decantamos por entender que el vínculo ha de ser el de una relación laboral si bien, y el matiz es importante, con carácter exclusivo. Esta última nota consideramos debe ser exigida para que quede garantizada cierta continuidad en el ejercicio del cargo, rechazando pues, otro tipo de relaciones de colaboración o arrendamiento de servicios[12].

La integración, por su parte, debe ser puesta de manifiesto para su inclusión en la lista de profesionales que deberá existir en los decanatos de los juzgados competentes (art. 27.3 LC)[13]. También se prevé el nombramiento de una estructura bimembre en los concursos de especial trascendencia, modalidad ésta sobre la que nos pronunciaremos en páginas sucesivas.

La clara apuesta por la persona jurídica administrador concursal no se deduce únicamente de la lectura de la Exposición de Motivos, sino que son varios los preceptos que potencian el nombramiento de ésta en detrimento del administrador persona física[14]. Por ello, si bien *a priori* el modelo implantado es el de administración concursal unipersonal, en la práctica, éste se verá matizado en el supuesto del nombramiento de un administrador persona jurídica que, aunque unipersonal, es, en efecto, ejercido, como mínimo, por dos o más profesionales[15]. Tal tendencia es predicable de la lectura de varios preceptos, entre otros: (i) el art. 28.2 LC que prohíbe, siempre que existan personas disponibles en el listado correspondiente, que se designe administrador concursal a una persona que haya sido nombrada por el mismo juzgado para dicho cargo en tres concursos dentro de los dos años anteriores, prohibición que exceptúa respecto de las referidas personas jurídicas; y (ii) el art. 28.4 LC que establece una limitación

---

[12] Para ÍÑIGO FUSTER, «El administrador concursal…», *cit.*, pp. 69 y 70 sería suficiente una mera relación laboral de dependencia. Por su parte, LÓPEZ SÁNCHEZ aplica un criterio más amplio y entiende que el vínculo con la persona jurídica puede ser también de una relación contractual de prestación de servicios (*El proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 346).

[13] La inclusión en la lista a que alude el art. 27.3 LC, pese al silencio de la Ley, parece ser obligatoria para todo aquél que quiera ser designado administrador concursal. La lectura conjunta de los arts. 27.4, 27.6 y 28.2 LC nos conmina a pensar que se trata de un requisito para el acceso al cargo (criterio sostenido en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 6 de la versión digital). En otro orden de ideas, la confección de la lista corresponde al decanato del partido judicial que será quién deberá controlar si concurren los presupuestos, experiencia y formación, para el ejercicio de éste, sin que la remisión de los listados efectuados por los colegios profesionales y el ROAC vincule al Decano en su decisión. Sobre la posilidad de control de tales presupuestos por el juez, el contenido del listado y la formalización de quejas en el funcionamiento de la lista, *vid.* GARCÍA MARRERO, «El Estatuto…», *cit.*, pp. 11 y 12.

[14] Con distinto criterio, *vid.* las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011. En éstas se advierte que «no existe preeminencia alguna de la persona jurídica sobre los profesionales personas físicas para acceder al ejercicio de la Administración concursal. Y, de hecho, deberá prevalecer la confianza en la cualificación profesional y dedicación personal que cabe esperar de un profesional persona física, individualizable "intuitu personae", respecto de otros factores ofrecidos por las personas jurídicas» (pp. 4 y 5 de la versión digital).

[15] El criterio de la unipersonalidad puede plantear en la práctica problemas de considerable significación. Adviértase aquellos concursos ordinarios de una determinada complejidad que no tengan la consideración de especial trascendencia pero en los que, por la concreta actividad a la que se dedicaba la deudora, por el número de acreedores, o por cualquier otra circunstancia, hubiese sido aconsejable mantener un número de administradores superior. Esta deficiencia provocará, por necesario, el nombramiento de administradores personas jurídicas capaces de afrontar tal cometido. Ello podrá conllevar, indefectiblemente, una merma considerable en el nombramiento de profesionales, personas físicas, especialmente cualificados. Sobre este extremo quizás hubiese convenido establecer un régimen de mayor discrecionalidad que permitiera al juez, en atención a las circunstancias, designar un número de administradores concursales superior a uno. A juicio de GARCÍA MARRERO el problema quedaría resuelto si el legislador hubiese permitido otras vías como la reducción del arancel con el mantenimiento del número de administradores o el establecimiento como regla general de dos administradores concursales en el procedimiento ordinario, el abogado y el economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, cumpliendo así con el objetivo de ahorro de costes pretendido con la reforma («El estatuto…», *cit*, pp. 2 y 3).

para ser administrador concursal a aquellas personas que estén vinculadas entre sí, personal o profesionalmente, restricción de la que, de nuevo, queda exonerado el administrador persona jurídica.

De otros preceptos también se puede inducir una tendencia a que el juez designe, con mayor frecuencia, administrador concursal a la persona jurídica. Así, la prohibición establecida en el art. 32 LC en virtud de la cual el administrador persona jurídica no puede nombrar a un auxiliar delegado hace pensar que la sociedad contará con un equipo de profesionales y no solo con los dos establecidos en el ordinal 3º del art. 27.1 LC. Entendemos que el nombramiento del administrador concursal persona jurídica ser favorecido por lo dispuesto en el art. 27.4 LC que, en su ordinal 1º, disciplina que el juez «podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales solo cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso», circunstancias que, a primera vista, pueden ser desarrolladas de manera más eficiente por los miembros de la administración concursal persona jurídica.

La libre designación por el juez del concurso, a la que nos venimos refiriendo, se encuentra limitada, en cierto grado, por dos notas: la primera, por lo dispuesto en el art. 27.1 LC en el que se preceptúa que el juez deberá procurar una distribución equitativa en el nombramiento de los administradores; la segunda, al señalar el mismo precepto en su ordinal 2º que, para los concursos ordinarios, se deberá nombrar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados. No obstante, el juez siempre puede designar, apreciándolo razonadamente, al administrador concursal que entienda más idóneo, en atención a su formación y experiencia, para el ejercicio del cargo (art. 27.4.1º LC).

Cuando la persona jurídica es designada administrador concursal, el art. 30.1 LC exige que ésta comunique la identidad de la persona natural que la va a representar. El representante persona natural es un apoderado de la persona jurídica que debe ostentar las condiciones de los ordinales 1º y 2º del art. 27.1 LC. Pero, ¿cuál debe ser el vínculo que ha de unir a la persona jurídica y al representante de ésta? A diferencia de lo que ocurría con el nexo que debía existir entre la persona física designada por la persona jurídica para el ejercicio del cargo y ésta del que la Ley guardaba silencio, de la dicción del art. 30.1.1º *in fine* cabe extraer una nota orientativa sobre quién puede ser representante de la persona jurídica. El precepto reza que «cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla *en el ejercicio de su cargo*» (la cursiva es nuestra). De la lectura se infiere que el legislador al redactar el art 30.1 LC parece estar pensando en que sea representante de la persona jurídica la misma persona física que es designada para ejercer el papel de administrador concursal. ¿Qué sentido tiene nombrar como representante de la persona jurídica «en el ejercicio de su cargo» a una persona física distinta de la que efectivamente va a desempeñar el cometido de administrador concursal? ¿No se estará refiriendo el art. 30.1 LC a cualquiera de los integrantes –abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas- de la persona jurídica a que se refiere el art. 27.1.3º LC? A nuestro juicio, son dos los argumentos que cabe aducir a favor de que la misma persona física que ejercita el cargo de administrador concursal ostente, a su vez, la representación de la persona jurídica: un primer argumento, de carácter negativo, basado en la ineficiencia que supondría nombrar como representante de la persona jurídica a una persona física distinta de aquélla que ejercita el cargo de administrador concursal; y, en íntima conexión con lo anterior, un segundo argumento, de carácter positivo, residiría en una mayor agilización de la tramitación del proceso concursal (notificaciones, actuaciones separadas de representante y administrador…)[16].

[16] En contra de esta opinión, *vid.* las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011, p. 6 de la versión digital, para quien el representante puede ser externo a la persona jurídica. En otro orden de ideas, al representante no le será exigible aseguramiento específico, que deberá recaer, en todo caso, en la persona jurídica.

Al igual que ocurría con la regulación anterior a 2011, si bien adaptándola a la nueva estructura unipersonal, se mantienen las excepciones cuando se trata de entidades emisoras de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado segundario oficial, de entidades encargadas de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de empresas de servicios de inversión. En estos casos será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) u otra persona propuesta por ésta que reúna las condiciones del art. 27.1.2º LC, esto es, un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional y especialización en el ámbito concursal (art. 27.2.1º LC). Se mantiene, asimismo, la excepción en los concursos que se declaran sobre entidades de crédito o entidades aseguradoras en las que será administrador concursal una de las personas de entre las propuestas por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 27.2.2º LC).

Por último, como novedad, si el concurso es de los considerados de especial trascendencia[17], el juez nombrará, junto con un administrador concursal que reúna las condiciones del art. 27.1 LC, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe (art. 27.2.3º LC). Respecto de este acreedor, añade el art. 27.2.3º LC que, cuando «el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos señalados en el párrafo anterior estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe» podrá ser administrador concursal «la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado». A nuestro juicio, su régimen de responsabilidad deberá ser idéntico al previsto para el administrador profesional dada la falta de previsión al respecto.

Esta posibilidad es también predicable en aquellos supuestos en los que el acreedor designado sea una Administración Pública o una Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. En estos casos, «la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa» (art. 27.2 *in fine* LC).

Respecto al citado acreedor administrador concursal debemos abordar otro problema que no encuentra solución clara en la Ley. Nos referimos a la exigencia de profesionalidad del mismo, esto es, a si éste debe o no reunir las condiciones de los ordinales 1º y 2º del art. 27 LC. De la lectura del art. 27.2.3º LC parece inferirse que aquélla solo es predicable en los supuestos en los que el acreedor es el representante legal de los trabajadores o en aquellos casos en los que el acreedor designado es una Administración Pública o una Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. A nuestro juicio, el criterio debe ser extensible a todo acreedor. Y ello en base a dos argumentos: el primero puede responder a un previsible olvido del legislador en tanto que tal exigencia no encuentra excepción en la Ley; y, el segundo, a que la intervención de los acreedores administradores concursales se prevé para concursos de especial trascendencia, cuya complejidad es mayor, de modo que no exigir tal profesionalidad sería del todo ilógico.

---

[17] En virtud del art. 27 bis LC, se consideran concursos de especial trascendencia «aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos: 1.º Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso; 2.º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros; 3.º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil; 4.º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso». Asimismo, debemos destacar que se habilita al juez a que, en aquellos concursos en los que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurran las circunstancias de los cuatro primeros ordinales del art. 27 bis LC, pueda nombrar, a su arbitrio, como administrador concursal acreedor a una Administración Pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella (art. 27 bis *in fine* LC).

3. El nombramiento de la administración concursal

Las novedades introducidas con la Ley 38/2011 respecto al nombramiento de la administración concursal son, como comprobaremos a continuación, de notable calado.

Al igual que acontecía con los interventores judiciales en la suspensión de pagos y en los distintos modelos contemplados en los textos prelegislativos –no así con los síndicos en la quiebra-[18], así como en la LC de 2003, el nombramiento de los miembros integrantes del órgano de administración se realiza directamente por el juez entre aquellos que hubieran manifestado su disponibilidad para ejercer la función en sus respectivos registros. Éstos deberán entregar al Decanato de los Juzgados competentes, en el mes de diciembre de cada año, los listados de las personas que reúnan las condiciones fijadas por la Ley, incluidas las personas jurídicas. Las personas que no necesiten colegiación podrán solicitar igualmente su inclusión en las listas justificando el cumplimiento de los requisitos exigibles. Asimismo, las personas jurídicas están habilitadas para hacer lo propio, indicando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad[19].

Aun cuando la designación del administrador concursal corresponde al juez del concurso, en los casos a que alude el art. 27.2 LC, el nombramiento se produce entre un elenco de los propuestos por las entidades allí referidas. Además, encontramos supuestos en los que la designación del concreto profesional no corresponde al juez. Así ocurre en los concursos ordinarios de especial trascendencia en los que, como sabemos, éste debe nombrar como administrador concursal a un acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. En estos casos, si el conjunto de las deudas con los trabajadores por tales créditos estuviera incluida en aquel primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar a un profesional con las condiciones de los ordinales 1º o 2º del art. 27.1 LC. Se trata de un supuesto en el que, aun correspondiendo la designación del administrador concursal al juez, el profesional al que hace referencia el precepto no es designado por él.

Pero éste no es el único cambio que sufre el sistema de designación. Frente al criterio de la discrecionalidad del juez en la designación, por el que se decantó el legislador de 2003, se opta por un nuevo sistema de «distribución equitativa» que puede plantear, en la práctica, algún problema interpretativo. La introducción de este modelo parece obedecer, más que a la exigencia de motivación, a la intención de evitar posibles abusos a la hora de designar a la administración concursal. La confusa fórmula empleada en el nuevo sistema de designación requiere alguna explicación. El tenor literal del art. 27.4.1º LC advierte que «los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez procurando una distribución equitativa de designaciones (…)». No emplea el precepto un imperativo, sino un criterio flexible en el que, *a priori*, el juez tiene ciertas posibilidades de maniobra.

La fórmula «distribución equitativa» podría, a nuestro juicio, interpretarse atendiendo a un triple parecer: el primero, se correspondería con la implantación de un sistema de lista corrida que se iniciara por sorteo cada año[20]; el segundo, siguiendo una interpretación literal,

---

[18] En el régimen de quiebra, los síndicos eran nombrados por los acreedores en junta. En los textos prelegislativos, el nombramiento por el juez del órgano de administración es la nota común: en el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1959 encontramos esta posibilidad en el art. 55, si bien se requería la posterior ratificación por la junta de acreedores de aquellos designados, o su sustitución por ésta; en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 tal referencia aparece en los arts. 46 y 113; y en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 en su art. 17.

[19] A la vista de lo expuesto, parece que el sistema de nombramiento implantado con la Ley 38/2011 se asemeja al modelo que, para la designación de peritos, se preveía en el art. 341 LEC. Asimilación que, por otra parte, parece acoger la LC al aplicarles las causas de recusación previstas para aquéllos en el art. 124 LEC (*vid*, en el mismo sentido, CORDÓN MORENO, *Proceso Concursal*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 70 y 71).

[20] Por un sistema de elección por sorteo, en términos similares a lo dispuesto en el 341.1 LEC para los peritos, se ha mostrado partidario un sector de la doctrina. Entre otros, *vid*. MAGRO SERVET, «El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 7, 2001, pp. 1625 a 1630.

consistiría en entender que el juez, en la designación, tendría que dar a todos los miembros de la lista lo mismo, sin margen de discrecionalidad alguno, de modo que no podría ser designado dos veces uno de los integrantes de la lista si hubiera otro que no hubiese sido designado todavía; y, el tercero, en virtud del cual, todos los inscritos en aquélla tendrían que ser designados atendiendo a un reparto equitativo, si bien, se permite al juez, motivadamente, escoger al administrador que mejor se adapte al concurso en cuestión.

La primera de las opciones debemos descartarla, pues si el sistema de sorteo hubiese sido el querido por el legislador, así lo hubiera previsto expresamente. La segunda tampoco puede ser acogida, habida cuenta que las especialidades de cada concurso requieren concretas cualificaciones en sus administradores, lo que de manera insoslayable exige reconocer al juez cierto margen de discrecionalidad. El tercero es el que tiene, a nuestro juicio, un mayor encaje. Éste permite que el juez pueda, atendiendo a la formación, experiencia y otras cualificaciones del administrador y respetando ciertos mínimos de equidad, nombrar a aquéllos que mejor se adaptan al concurso en cuestión[21].

La labor que realiza el juez a la hora de efectuar el nombramiento no se produce, pues, de manera automática, sino que requiere una actividad intelectiva para ponderar las circunstancias subjetivas de los integrantes y las especialidades del concurso[22]. Siguiendo el criterio expuesto en el párrafo precedente, estaría justificado que la motivación en la designación solo fuese obligada en los casos que se excepcionan en la Ley (*ex* art. 27.4.1º LC).

[21] La Ley excepciona, en su art. 27.4 LC, esta regla al reconocer que el juez podrá «designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso». En términos similares, *vid.* GARCÍA MARRERO, «El estatuto…», *cit.*, pp. 13 y 14.

[22] Ya advertía la Exposición de Motivos de la LC de 2003 que el juez tiene «una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, que se manifiesta, entre otras, en las facultades de nombramiento de administradores, lo que contribuye a flexibilizar el procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso».

LA RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA Y FIGURAS AFINES. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUCESIÓN TRIBUTARIA.

Victoria Selma Penalva
Profesora Ayudante en el Área de Derecho Financiero.
Universidad de Murcia.

Resumen:

La responsabilidad tributaria es una figura que ha dado lugar a numerosas controversias. Discutiéndose, entre otras cuestiones, tanto su naturaleza como su fundamento jurídico. Algunos autores han identificado la responsabilidad con la institución de la fianza en virtud de su finalidad de garantía del crédito tributario. Sin embargo, otros vislumbran en ella matices sancionadores e incluso indemnizatorios que no la hacen comparable con la figura mencionada del derecho civil.

En este trabajo vamos a diferenciar la responsabilidad tributaria tanto de la fianza como de otras figuras del Ordenamiento Jurídico con las que comparte ciertas semejanzas y tiene, a su vez, muchas diferencias.

Palabras clave: Responsabilidad, sucesión, responsable, sucesor, garantía, solidaridad, subsidiariedad.

Abstract:

The tax liability is a figure that has given risen to numerous controversies. The doctrine discusses both its legal nature and its legal basis. Some authors have identified the responsibility to the institution of bail under of purpose to guarantee of tax credit. However, others note punitive details in it and even compensatory nuances.

In this paper we will distinguish the tax liability of both the bail as other figures of the legal system with which it shares some similarities as well as differences.

La figura de la responsabilidad tributaria es un instituto jurídico específico del Ordenamiento Tributario pero tiene semejanzas con figuras de otras ramas jurídicas, esta circunstancia puede ocasionar cierta confusión en el momento de su examen. En las líneas que siguen vamos a realizar una comparación pormenorizada entre la responsabilidad tributaria y estas otras figuras, identificando cuáles son sus similitudes pero, sobre todo, cuáles son sus diferencias.

1. La responsabilidad tributaria y la fianza

Ha sido frecuente entre la doctrina identificar la institución de la responsabilidad tributaria con la de la fianza[1]. Si analizamos una y otra figura podemos observar que comparten ciertos aspectos:

Comparten un mismo esquema: En ambas figuras nos encontramos con un deudor (denominado obligado principal en la responsabilidad tributaria) que, por la realización de un presupuesto de hecho determinado, se encuentra sujeto a una obligación de la que no ha realizado su pago en el momento debido. Ante ese incumplimiento, nace la figura del responsable, en la responsabilidad tributaria, y del fiador, en la fianza, cuya finalidad es garantizar la realización de ese pago.

Asimismo, tanto el fiador como el responsable tributario son sujetos interpuestos entre el deudor y el acreedor de una deuda. En ambas figuras, la obligación que nace tanto para el

[1] Vid. art. 1822 y ss. del CC.

fiador como para el responsable es accesoria a la del deudor principal y está supeditada a su propia existencia.

Ambos pueden quedar obligados solidaria o subsidiariamente, y tanto una como otra figura en su vertiente subsidiaria requieren la previa declaración de fallido del deudor principal[2].

Sin embargo, no podemos olvidar que nos encontramos con dos figuras pertenecientes a ramas distintas del Derecho y que, pese a tener ciertas semejanzas, también tienen drásticas diferencias que impiden aplicar en bloque la regulación jurídico-civil de la fianza a la responsabilidad tributaria. Destacaremos a continuación las mencionadas diferencias.

En primer lugar, hay que señalar que la responsabilidad tributaria alcanza a la totalidad de la deuda tributaria exigida en periodo voluntario, y conforme señala la LGT en su artículo 58 "la deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal", por el contrario, la obligación del fiador "comprenderá no sólo la obligación principal, sino todas sus accesorias…"[3].

En segundo término destaca que el fiador se subroga por el pago, en todos los derechos que el acreedor tuviera contra el deudor[4] mientras que, en el caso del responsable tributario, éste no adquiere los derechos que ostentaba la Administración Tributaria, la cual tenía una serie de prerrogativas y privilegios no subrogables.

En último lugar, en la regulación de la fianza se prevé que el acreedor libere de su obligación a uno de los fiadores, sin embargo, este supuesto no se ha contemplado por la legislación tributaria.

2. La responsabilidad tributaria y la sustitución

El artículo 36.3 la LGT establece el concepto de sustituto, al afirmar que será "el sujeto pasivo que, por imposición de la Ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma. El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la Ley señale otra cosa."

Entre esta figura y la responsabilidad tributaria existen notas comunes que son, en opinión de MAZORRA MANRIQUE DE LARA[5], la finalidad de garantía del crédito tributario, el reconocimiento para ambos de un derecho de reembolso, así como la existencia de dos presupuestos de hecho diferentes en la configuración de ambas instituciones tributarias. El primer presupuesto de hecho en el caso de la sustitución, es la realización del hecho imponible por el contribuyente y el segundo es el establecido por la Ley, en virtud del cual surge el nacimiento de la obligación del sustituto. Por su parte en la responsabilidad tributaria, el primer elemento consiste en que el deudor principal tiene que realizar el presupuesto de hecho de la obligación tributaria y el segundo en que el responsable lleve a cabo el presupuesto de hecho que genera su obligación accesoria.

En lo relativo a las notas diferenciales, podemos distinguir las siguientes:

---

[2] Art. 1830 del CC "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor" y Art. 41.5 *in fine* de la LGT "La derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios"

[3] Vid. Art. 1827 del CC.

[4] Vid. Art. 1839 del CC.

[5] MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S. *Los responsables tributarios.* Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 65.

La LGT reconoce al sustituto como sujeto pasivo de la obligación tributaria, mientras que el responsable es un sujeto distinto al sujeto pasivo o deudor principal.

Asimismo, el sustituto, como su propio nombre indica, sustituye, reemplaza al contribuyente en la relación jurídico-tributaria, sin embargo, el responsable se sitúa junto al deudor principal, lo acompaña, no lo sustituye.

Otra diferencia la encontramos en relación con el sujeto del que responden, mientras el sustituto sólo responde de la obligación tributaria del contribuyente[6], el responsable lo hace, no sólo del contribuyente, sino también de todos los obligados tributarios establecidos en el artículo 35.2 de la LGT.

Para finalizar, destacamos que, mientras el sustituto responde de la obligación tributaria principal y también de las formales[7], el responsable lo hace sólo de la obligación pecuniaria.

3. La responsabilidad tributaria y la solidaridad

Estas figuras, a pesar de tener un esquema y una regulación jurídica totalmente diferente la una de la otra, suelen dar lugar a confusión. Esta se centra principalmente entre la responsabilidad solidaria y la solidaridad, debido principalmente a su denominación, sin embargo, nada tienen que ver la una con la otra.

La solidaridad se encuentra regulada en el artículo 35.6 de la LGT que establece que "la concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración Tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por Ley se disponga expresamente otra cosa"[8]. Comparando esta regulación con la relativa a la responsabilidad solidaria podemos destacar las diferencias que analizaremos a continuación.

Primero, en la solidaridad existe un único presupuesto de hecho realizado conjuntamente por dos o más obligados tributarios, mientras que en la responsabilidad, por el contrario hay dos presupuestos de hecho distintos que llevan aparejadas obligaciones diferentes.

Segundo, en la solidaridad, el deudor solidario es sujeto pasivo de la obligación tributaria, al realizar el mismo el hecho imponible de la misma, por el contra el responsable no es en ningún caso sujeto pasivo.

Tercero, una de las notas características de la responsabilidad es la accesoriedad de la obligación del responsable, mientras que en la solidaridad, la obligación del deudor solidario no se supedita a ninguna otra, pues no existe un deudor principal.

Cuarto, para proceder a la declaración de responsable solidario es necesario que haya transcurrido el periodo de pago voluntario para el deudor principal. Por su parte en la solidaridad cualquier actuación o procedimiento se podrá realizar con cualquiera de los que hayan realizado el hecho imponible.

Quinto, ni la LGT ni el RGGI contemplan un derecho de reembolso del deudor solidario que ha pagado la obligación tributaria, frente al resto de deudores solidarios. Este derecho sí que se reconoce expresamente por la LGT para el responsable solidario. Podríamos no

---

[6] Vid. Art. 36.1 de la LGT.

[7] Vid. Art. 29 de la LGT.

[8] En este mismo sentido el artículo 106.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento General de Gestión e Inspección "En el supuesto previsto en el artículo 35.6, párrafo primero de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las actuaciones y procedimientos podrán realizarse con cualquiera de los obligados tributarios que concurran en el presupuesto de hecho de la obligación objeto de las actuaciones o procedimientos."

obstante aplicar con carácter analógico la regulación que, de las obligaciones mancomunadas y solidarias, realiza el Código Civil, y de este modo el deudor que haya procedido al pago de la deuda contará con una acción de repetición frente a los codeudores solidarios[9].

4. La responsabilidad tributaria y la sucesión tributaria

Los sucesores, tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, están contemplados expresamente por la LGT como obligados tributarios. Unos y otros comparten ciertos aspectos con la responsabilidad tributaria, entre los que se encuentra, el no haber intervenido en la realización del presupuesto de hecho que originó la obligación tributaria, asimismo comparten una finalidad de garantía del crédito tributario, sin embargo las diferencias en virtud de que el sucesor sea persona física o jurídica son numerosas por lo que haremos un análisis independiente de ambos supuestos.

4.1. El responsable tributario y el sucesor persona física

En la sucesión, según lo señalado en el artículo 39.1 de la LGT[10], la obligación tributaria se transmite al sucesor como consecuencia de la muerte de una persona física, esto es, en el plano jurídico-tributario el deudor principal desaparece, ocupando su lugar el heredero o sucesor. Sin embargo, cuando un sujeto es declarado responsable, se sitúa junto al deudor principal, que no desaparece sino que se mantiene presente en la relación jurídico-tributaria aunque sea en un segundo plano.

En ambas figuras, sucesor y responsable, responden de las obligaciones tributarias pendientes del deudor principal, ahora bien, la LGT en su artículo 182.3 ("las sanciones tributarias no se transmitirán a los herederos y legatarios de las personas físicas infractoras") excluye expresamente a las sanciones del alcance de la sucesión. Esto responde, a lo personal del fundamento penal, y no estrictamente tributario de las sanciones tributarias.

Por su parte, el responsable tributario, en determinados casos legalmente establecidos, sí responde de las sanciones tributarias impuestas al deudor principal[11]

Del mismo modo, hay que destacar que el sucesor no cuenta con derecho de reembolso alguno ya que el obligado principal ha fallecido, mientras que el responsable sí lo ostenta frente al deudor principal. Además, sucesión y responsabilidad tributaria no comparten un mismo fundamento jurídico. La figura de la sucesión tributaria puede tener ciertos matices de garantía del crédito tributario, al igual que la responsabilidad tributaria, sin embargo, la ratio última de esta institución la encontramos en la misma esencia de la herencia "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte"[12].

Otra nota diferencial es la voluntariedad en asumir la obligación. El responsable no puede elegir hacerse cargo, no, de la obligación tributaria del deudor principal, sin embargo, el sucesor de una persona física sí que puede hacer tal elección, tal y como a continuación

---

[9] Art. 1145 del CC "El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno. "

[10] Art. 39 de la LGT "A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia…"

[11] Art. 41.4 de la LGT "La responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezcan."

[12]Vid. Art. 659 del CC.

señalaremos. La LGT remite a las normas de la legislación civil en cuanto lo relativo a la adquisición de la herencia[13], de esta forma, el CC señala la posibilidad de que el heredero acepte la herencia pura y simplemente, a beneficio de inventario[14], o bien que la repudie[15]. Si la acepta pura y simplemente, estará asumiendo todas las cargas de la herencia (entre las que se incluye la obligación tributaria) de las que deberá responder con su propio patrimonio[16]. Si la acepta a beneficio de inventario[17], sólo queda obligado a pagar las deudas del causante hasta donde alcancen los bienes de la herencia, y por último, le queda la opción de repudiarla, en este caso no existirá transmisión alguna ni de bienes, ni de derechos, ni de cargas[18].

4.2. El responsable tributario y el sucesor persona jurídica

La figura del sucesor de persona jurídica y el responsable solidario por suceder en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas del artículo 42.1.c) de la LGT, puede dar lugar a confusión debido a la similitud que existe tanto en su presupuesto de hecho configurador, como en su regulación jurídica.

A continuación, analizaremos su funcionamiento y las notas características que individualizan a una y otra figura, con la finalidad de llegar a diferenciarlas con mayor claridad.

La LGT en su artículo 40, apartados primero y segundo, señala que las obligaciones pendientes de las sociedades y entidades con personalidad jurídica, disueltas y liquidadas, se transmitirán a sus socios, partícipes o cotitulares. Es decir, en la transmisión patrimonial del activo y del pasivo de la entidad disuelta y liquidada se realiza a favor de unas personas concretas (socios, partícipes o cotitulares) que son los que se configuran como sucesores. Por el contrario, según lo dispuesto en el artículo 42.1.c) de la LGT puede ser responsable cualquier persona o entidad que suceda en la titularidad de la explotación o actividad económica de otra por cualquier concepto.

Asimismo, la LGT distingue entre las entidades que limitan la responsabilidad patrimonial de sus socios, partícipes y titulares, y aquellas en que la ley no limita tal responsabilidad. Pues bien, en relación con las primeras, la ley restringe el alcance de la obligación del sucesor al valor de la cuota de liquidación que le corresponda a cada uno de los socios, partícipes y cotitulares. Sin embargo, al determinar la obligación del responsable solidario, no limita de manera alguna el alcance de la misma, y así, tal responsable deberá responder de la totalidad de la deuda tributaria.

Por lo que respecta a las sanciones impuestas a los deudores principales, el sucesor, según señala el artículo 40.5 de la LGT[19], deberá responder hasta el límite de valor de la cuota

---

[13] Art. 39.1 de la LGT "A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia."

[14] Vid. Art. 998 del CC.

[15] Vid. Art. 1008 del CC.

[16] Vid. Art. 1003 del CC.

[17] Vid. Art. 1023 del CC.

[18] Vid. Art. 440 del CC.

[19] Art. 40.5 de la LGT "Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda."

de liquidación que le corresponda, mientras que el responsable solidario, responderá incluso con su propio patrimonio[20].

Ahora bien, la diferenciación entre la sucesión como consecuencia de la extinción o disolución sin liquidación de sociedades mercantiles en la que la LGT ya no señala como sucesores a los socios, partícipes o cotitulares, y la responsabilidad solidaria del artículo 42.1.c) resulta más complicada.

En primer lugar, porque puede parecer que nos encontramos ante un mismo presupuesto de hecho: la sucesión de una entidad con ánimo de continuidad. Sin embargo, si nos fijamos podemos observar que el presupuesto de hecho de la responsabilidad es mucho más amplio, ya que la sucesión se puede realizar "por cualquier concepto", es decir, cabe la sucesión de hecho en la que no existe un acto jurídico propiamente dicho de transmisión de titularidad, sino que tal sucesión consiste en que al tiempo que una empresa cesa en la actividad que venía desarrollando, otra continúa desarrollándola, bajo una apariencia distinta, y conservando la gran mayoría de los elementos materiales y personales de la antecesora. Además, mientras que en el supuesto del artículo 40 de la LGT es necesaria la extinción o disolución de una sociedad mercantil, el artículo 42.1.c) no realiza referencia alguna al respecto, limitándose a utilizar una expresión genérica como es "explotaciones o actividades económicas", lo cual no conlleva la obligatoriedad de que nos encontremos ante una sociedad mercantil propiamente dicha.

[20] La única posibilidad que tiene el responsable solidario de ver limitada su obligación respecto a las sanciones impuestas al deudor principal, es solicitar a la Administración Tributaria una certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de la explotación o de la actividad económica.

LA CONFUSIÓN PATRIMONIAL Y EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS: ESTUDIO COMPARATIVO DE SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y CATALÁN

Cristina Villó Travé

(Becaria de Derecho Civil de la Universidad Rovira i Virgili)

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto un estudio comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y catalán en materia de confusión patrimonial y la posibilidad de solicitar el beneficio de separación de patrimonios. Esta posibilidad responde a la voluntad de paliar los perjuicios que pudiera ocasionar la confusión patrimonial resultante de la aceptación pura y simple de la herencia, así como a la intención de ofrecer una protección adicional a los terceros que pudieran verse perjudicados por esta modalidad de aceptación. No obstante, la diferente regulación de la materia en los ordenamientos jurídicos catalán y español da lugar a una diversidad de opiniones al respecto.

Palabras clave: aceptación, confusión patrimonial, responsabilidad, herencia, legatarios, acreedores, causante, separación de patrimonios, reclamación.

Abstract: The aim of this paper is a comparative study between the Spanish and Catalan legal system regarding to the confusion of assets and the possibility to claim the benefit of separation of assets. The possibility of requesting the separation of assets will respond to mitigate the damage that might be caused by the confusion of assets resulting of the outright acceptance of inheritance, and provide additional protection to third parties who may be affected by this form of acceptance. However, the different regulation of the matter in the Catalan and Spanish legal systems give rise to a diversity of opinions.

Keywords: acceptance, confusion of assets, liabilities, inheritance, legatees, creditors, deceased, separation of assets, claims.

SUMARIO: 1. Introducción **2.** Los efectos de la aceptación pura y simple de la herencia: el principio de la confusión de patrimonios **2.1** La confusión de patrimonios en el derecho español **2.1.1** Teoría partidaria de la confusión de patrimonios **2.1.2** Teoría contraria a la confusión de patrimonios **2.1.3** Protección de terceros: acreedores y legatarios **2.2** El principio de confusión de patrimonios en el derecho civil de Cataluña **2.2.1** Especial atención al caso de los legados **2.2.2** El beneficio de separación de patrimonios en el derecho civil catalán **3**. Reflexión final

1. Introducción

La aceptación pura y simple de la herencia como modalidad de aceptación por la que puede optar el heredero, no solo conlleva una responsabilidad ilimitada o *ultra vires* por parte del mismo, sino que tiene como principal consecuencia la confusión entre su patrimonio personal y el patrimonio hereditario adquirido, creando así un nuevo patrimonio que responderá indistintamente ante los acreedores del causante, los del heredero y los legatarios.

Precisamente de ello deriva lo que podríamos catalogar como la mayor problemática suscitada por la confusión patrimonial: el posible perjuicio que la ausencia de una preferencia en el cobro de los créditos puede ocasionar a los sujetos anteriormente mencionados.

Ante esta cuestión, los ordenamientos jurídicos español y catalán abogan por soluciones distintas, fruto de las diferencias que encontramos en su regulación. A grandes rasgos, la principal divergencia resultante del estudio comparativo de ambos ordenamientos jurídicos se concreta en que, mientras que el Código Civil de Cataluña regula de manera expresa el beneficio de separación de patrimonios en su art. 461-23.1, el Cc carece de un precepto que prevea expresamente esta figura.

El beneficio de separación de patrimonios pretende, fundamentalmente, otorgar una protección adicional a aquellos sujetos que puedan verse perjudicados por la confusión patrimonial derivada de la aceptación pura y simple de la herencia, dada la falta de legitimación de éstos para influir de modo alguno en la decisión del heredero de optar por la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario.

Esto significa que, en caso de que tenga lugar el beneficio de separación de patrimonios, los patrimonios personal del heredero y el hereditario pasan a considerarse como económicamente separados, lo cuál permitirá poner fin a la concurrencia de los acreedores del causante, los del heredero, y los legatarios en la reclamación de sus créditos ante un único patrimonio. Así, como resultado de la separación patrimonial, los acreedores del causante y los legatarios tendrán preferencia en su reclamación frente al patrimonio del causante pese a que no podrán perseguir el patrimonio privativo del heredero hasta una vez pagados los acreedores personales del mismo.

En el caso de Cataluña este aspecto queda resuelto por el contenido del art. 461-23 CCCat, que, como ya hemos dicho, prevé expresamente la posibilidad de solicitar el beneficio de separación de patrimonios. Más conflictivo es el caso del derecho español, ya que la ausencia de un precepto que lo regule tiene como consecuencia directa una división doctrinal ante esta cuestión. Así, parte de la doctrina se muestra partidaria de llevar la confusión patrimonial hasta sus últimas consecuencias, mientras que hay quienes son favorables a considerar una separación de patrimonios implícita en el derecho civil español. En este sentido, cabe destacar los planteamiento de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien defiende que la responsabilidad *intra vires* es la que constituye el régimen ordinario de responsabilidad en el ordenamiento jurídico español y que la confusión patrimonial en ningún caso puede producirse en perjuicio de terceros. Por ello, se inclina por la persistencia inalterada del patrimonio hereditario respecto de los terceros, concibiéndolo como el centro de responsabilidad por las deudas que le afectan.

Ante esta situación, el presente trabajo se centra en el estudio de ambos ordenamientos jurídicos en materia de confusión patrimonial y la posibilidad de solicitar el beneficio de separación de patrimonios, con la voluntad de dar respuesta a la ausencia de una regulación del beneficio de separación de patrimonios en la normativa española, así como conseguir la unificación de la doctrina y poner fin a la desprotección de acreedores y legatarios frente a la aceptación pura y simple de la herencia.

2. Los efectos de la aceptación pura y simple de la herencia: el principio de la confusión de patrimonios

2.1 La confusión de patrimonios en el derecho español

La confusión de patrimonios en el derecho civil español implica que, una vez llevada a cabo la aceptación pura y simple por parte del heredero, su patrimonio personal y el hereditario pasen a ser de su titularidad, creando un nuevo patrimonio resultante de los dos anteriores. Este nuevo patrimonio deberá responder, tanto frente a los acreedores del causante, como frente a los del heredero y los legatarios, que se situarán en un plano de igualdad en el orden de reclamación de sus créditos, sin que exista preferencia alguna entre ellos.

En este sentido, surge el principal problema de dicha confusión: el posible perjuicio que la ausencia de preferencia en el cobro puede originar para los acreedores del causante, en especial en aquellos casos en que el heredero es insolvente.

La ausencia de una regulación del beneficio de separación de patrimonios en el Cc conlleva una desprotección de los acreedores del causante y legatarios ante esta situación y, a su vez, provoca la aparición de distintas posiciones doctrinales frente a la confusión de patrimonios. Por un lado, hay quienes se muestran partidarios de concebirla como un efecto derivado de la aceptación pura y simple de la herencia y la llevan hasta las últimas consecuencias. Por el contrario, parte de la doctrina rechaza esta interpretación de la confusión de patrimonios, y fundamenta su teoría en la defensa de los terceros que pueden verse perjudicados por la situación de indefensión y, por ello, se posicionan a favor de la posible existencia de una separación de patrimonios implícita.

2.1.1.- Teoría partidaria de la confusión de patrimonios

Tradicionalmente, se ha considerado que la confusión de patrimonios es el principal efecto que deriva de la aceptación pura y simple de la herencia. Una vez aceptada, el heredero se convierte en el nuevo titular del patrimonio del difunto e, inmediatamente, se produce la confusión entre su patrimonio personal y el patrimonio del fallecido, de los que será responsable como si de uno solo se tratase.

En efecto, de la adquisición del patrimonio hereditario por parte del heredero surge un nuevo patrimonio resultante de la suma de éste y del suyo particular; un patrimonio unitario que deberá responder tanto frente a los acreedores del causante como frente a los del heredero, indistintamente (art. 1003 Cc y art. 461-18 CCCat). De ello, deriva una responsabilidad ilimitada por parte del heredero (*ultra vires hereditatis)*[1], de la que surge el principal perjuicio de la confusión de patrimonios: la concurrencia de los acreedores del causante y del heredero en la reclamación frente a un mismo patrimonio.

Por este motivo, la aceptación pura y simple de la herencia puede originar importantes perjuicios para los acreedores del causante, ya que la concurrencia con los acreedores del heredero y los legatarios, dificulta la preferencia en el cobro de los créditos de unos respecto de los otros. Además, la ley tampoco establece un procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario, por lo que éste se podría repartir entre los herederos sin haber respondido previamente a las deudas. El único aspecto sobre el que la ley sí se pronuncia es la posibilidad de que los acreedores del causante se dirijan contra el patrimonio del heredero en la reclamación de sus créditos[2].

Por ello, los acreedores del causante son partidarios de la aceptación a beneficio de inventario por parte del heredero, con la que gozaran de preferencia en el cobro de sus créditos[3]. A pesar de ello, la aceptación a beneficio de inventario impide que los acreedores del causante puedan dirigirse contra los bienes del heredero, de modo que, en realidad, solamente será beneficiosa para los acreedores del causante en los casos de insolvencia del heredero[4].

2.1.2.- Teoría contraria a la confusión de patrimonios.

La tesis doctrinal dominante considera que, de la aceptación pura y simple de la herencia y la consiguiente confusión de patrimonios, deriva la extinción por confusión de las relaciones que pudiera haber entre el heredero y el causante. De lo que resulta, además, que el heredero no podrá oponerse a que sus acreedores particulares se dirijan contra bienes hereditarios en la reclamación de sus deudas[5].

No obstante, parte de la doctrina defiende la inexistencia de la confusión de patrimonios y, pese a la ausencia de regulación del beneficio de separación de patrimonios por el Cc, se muestran partidarios de la existencia de una cierta separación implícita entre los patrimonios del causante y el particular del heredero o, como mínimo, de otorgar un carácter preferente a los acreedores del causante en la reclamación de sus créditos[6].

Los mecanismos de separación de patrimonios surgen ya en el Derecho romano como consecuencia de los perjuicios que la confusión de patrimonios ocasionaba, tanto a los

---

[1] MALUQUER DE MOTES, C.: *Dret civil català*, Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pp. 165-166.

[2] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Centro de Estudios, Madrid, 2009, pp. 20-21.

[3] Aunque los acreedores del causante pueden preferir una u otra modalidad de aceptación en virtud de sus intereses personales, ni éstos ni los legatarios estan capacitados para exigir al heredero la modalidad de aceptación por la que debe optar, sino que éste tiene potestat para escogerla libremente. Véase en este sentido NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., p. 21.

[4] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., p. 21.

[5] Véase en este sentido LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos del derecho civil: sucesiones*, Vol. V, 4ª Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2009, p. 85 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Colección clásicos contemporáneos, Madrid, 2009, p. 137.

[6] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., p. 25.

herederos como a los acreedores del causante, en los casos de herederos insolventes. Por ello, con la finalidad principal de evitar los efectos negativos que se desprendían de la confusión surgieron instituciones como el beneficio de inventario y la *separatio bonorum*.

La evolución histórica llevó a mantener la regulación relativa al beneficio de inventario, que actualmente encontramos regulado en el Cc (arts. 1010 y ss.), pero a excluir la *separatio bonorum* o separación de patrimonios de su regulación legal[7]. De este modo, la institución que tenía como principal objetivo la protección de los acreedores del causante, para que tuvieran preferencia en el cobro con bienes del caudal hereditario frente a los acreedores del heredero, quedaba excluida del Cc. No obstante, esta ausencia de regulación no ha sido premisa suficiente para decretar la ausencia del beneficio de separación de patrimonios en el derecho español, sino que parte de la doctrina se ha posicionado a favor de la opinión de que dicha institución perdura, en cierta manera, en el ordenamiento jurídico español[8].

2.1.3.- Protección de terceros: acreedores y legatarios

Generalmente, la doctrina se decanta por considerar que la confusión de patrimonios se produce en "daño del heredero", como resultado de la interpretación a *sensu contrario* del art. 1023.3 Cc, según el cuál en la aceptación pura y simple de la herencia "se confunden en daño del heredero sus bienes particulares con los que pertenecen a la herencia"[9].

Más discutibles son las consecuencias que la aceptación pura y simple de la herencia tiene para los terceros (acreedores y legatarios) en el derecho español. Por una parte, en la interpretación del art. 1023.3 Cc no se menciona que los terceros puedan verse afectados por el tipo de aceptación y, por ello, no ofrece solución al respecto. Por otra parte, la ausencia del beneficio de separación de patrimonios en el derecho español permite plantear distintas posibilidades, con el objetivo de evitar los perjuicios derivados de la aceptación pura y simple de la herencia para acreedores y legatarios.

De entrada, parece que lo más lógico sería concluir que la aceptación pura y simple tenga como consecuencia inmediata que los acreedores de la herencia y los acreedores particulares del heredero concurran en la reclamación frente a un único patrimonio, situándose en un plano de igualdad para el cobro de sus respectivos créditos, tanto sobre bienes del patrimonio del causante como particulares del heredero[10].

No obstante, hay quienes se muestran partidarios de una separación patrimonial frente a terceros, pese a la aceptación pura y simple de la herencia. En este sentido, debemos destacar los planteamientos de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que defiende la persistencia inalterada del patrimonio hereditario respecto de los terceros. Para ello, toma como fundamento principal que la interpretación del art. 1023.3 Cc no hace referencia expresa a si la confusión de patrimonios se produce "en daño" de acreedores y legatarios. PEÑA afirma que "en modo alguno puede entenderse que la confusión de patrimonios se produzca también en daño de terceros (acreedores y legatarios), ni que "los créditos contra la herencia pasen a ser sólo

---

[7] En las Partidas ya se renunció a la regulación legal del beneficio de separación de patrimonios, pese a mantener tanto la de la confusión patrimonial, como la del beneficio de inventario. A pesar de ello, el Proyecto de 1851 hizo ademán de recuperar la separación de patrimonios y, para ello, incluyó en su regulación la posibilidad de que los acreedores y legatarios del causante pudieran solicitarla. No obstante, la llegada del Cc excluyó la regulación de tal beneficio, mostrándose mas afín con los planteamientos de las Partidas sobre esta matéria. Véase NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., pp. 26-27.

[8] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., pp. 25-26.

[9] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas*…, ob. cit., pp. 137-138. En la misma línea LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos del derecho*…, ob. cit., p. 85 y MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004, p. 48.

[10] La doctrina mayoritaria apoya esta teoría. Véase GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ,C.: "art. 1023" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código Civil comentado: libro III- de los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Vol. II, Edit. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 1602.

créditos contra el heredero"[11]. Para el autor, la responsabilidad *ultra vires* que recae sobre el heredero no puede perjudicar la posición de acreedores y legatarios en relación con el patrimonio hereditario, de modo que para los conflictos con terceros se aplicaran las normas que regulan el beneficio de inventario[12].

El heredero, independientemente del tipo de aceptación, deberá responder por el patrimonio hereditario como nuevo titular del mismo. Es más, PEÑA considera que la naturaleza del heredero es la misma, tanto en caso de aceptación pura y simple, como en caso de aceptación a beneficio de inventario. Es decir, la responsabilidad del heredero será, como mínimo, la derivada del beneficio de inventario (*intra vires hereditatis)*, la cuál nos permitirá observar con claridad el modo en que responde el heredero como nuevo titular del patrimonio, independientemente de que en él concurra también la responsabilidad *ultra vires*[13]. El argumento del que parte para defender que la responsabilidad *ultra vires* no deriva de la aceptación pura y simple de la herencia toma como fundamento el siguiente planteamiento: como entiende que es la responsabilidad *intra vires* la que se constituye como el régimen ordinario de responsabilidad, no podemos admitir que sea otra la responsabilidad que derive de la aceptación pura y simple de la herencia, teniendo en cuenta que no puede, a su vez, perjudicar a terceros[14].

Con ello, podemos concluir que para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la responsabilidad *intra vires* es la regla general en el ordenamiento jurídico español y, será en caso de no realización de inventario o de pérdida del beneficio por parte del heredero cuando operará, a modo de "sanción", la responsabilidad *ultra vires* de éste. Desde esta perspectiva, el beneficio de inventario no conlleva la separación de patrimonios del causante y del heredero sino que, simplemente, limita la responsabilidad del heredero frente a los acreedores y legatarios a los bienes de la herencia, sin que los suyos propios puedan verse afectados[15].

En resumen, según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS el patrimonio del causante sigue siendo el "centro de responsabilidad" por las deudas que le afectan y, en este sentido, se mantiene diferenciado del patrimonio del heredero. Por lo tanto, no solo mantiene la preferencia de los acreedores del causante, sino que también se decanta por considerar que el patrimonio hereditario permanece individualizado en lo referente a su afección a las deudas[16]. Además, los terceros no deben verse perjudicados por la aceptación pura y simple de la herencia, de lo que resulta que, en lo relativo a los conflictos con terceros, se aplicarán las normas que regulan el beneficio de inventario[17].

Como consecuencia de ello, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que "haya o no beneficio de inventario, los acreedores del causante son preferidos en los bienes hereditarios a los legatarios, y unos y otros son preferidos a los acreedores particulares de los herederos"[18].

Consideramos que la tesis defendida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS responde, en cierta medida, a la ausencia de una regulación expresa del beneficio de separación de patrimonios en el Cc. Por ello, ante la posible indefensión que podría causar esta situación para

---

[11] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas*…, ob. cit., pp. 137-138. En la misma línea LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos del* derecho…, ob. cit., p. 85 y MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las* deudas…, ob. cit., p. 48.

[12] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas*…, ob. cit., p. 138. En la misma línea LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos del* derecho…, ob. cit., p. 85 y MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las* deudas…, ob. cit., p. 48.

[13] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas*…, ob. cit., p. 138. Véase también en este sentido GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ,C.: "art. 1023" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO,J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código Civil comentado: libro III- de los diferentes*…, ob. cit., p. 1602.

[14] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., p. 29.

[15] GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ,C.: "art. 1023" en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO,J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código Civil comentado: libro III- de los diferentes*…, ob. cit., p. 1602.

[16] NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por*..., ob. cit., p. 30.

[17] LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos del* derecho…, ob. cit., pp. 85-86.

[18] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas*…, ob. cit., p. 138.

los acreedores y legatarios, alude a mecanismos como la aplicación de las normas del beneficio de inventario para la regulación de los conflictos con terceros. De este modo, evita los efectos perjudiciales derivados de la aceptación pura y simple del patrimonio por parte del heredero.

A nuestro juicio, la teoría según la cuál el patrimonio hereditario y el patrimonio particular del heredero no se confunden en perjuicio de terceros, manteniéndose el patrimonio hereditario inalterado respecto a éstos, es el mecanismo mediante el cuál otorgar la protección de que carecen los terceros ante la aceptación pura y simple de la herencia por parte del heredero en derecho civil español. Es cierto que, en un primer momento, el fundamento de esta modalidad de aceptación parece llevar implícita la idea de confusión patrimonial y la aparición de un patrimonio unitario que debe responder, tanto frente a los acreedores y legatarios del causante como de los propios del heredero. No obstante, consideramos que será precisamente la ausencia de una regulación de la separación de patrimonios en el Cc la que da cabida a la posibilidad de dejar a los terceros al margen de los efectos de la confusión. En caso contrario, la decisión por parte del heredero de optar por uno u otro tipo de aceptación, dejaría a los acreedores y legatarios ante una situación de cierta indefensión, por la imposibilidad de éstos de instar el beneficio de separación de patrimonios.

2.2.-El principio de confusión de patrimonios en el derecho civil de Cataluña

En el derecho civil de Cataluña la confusión de patrimonios se entiende desde la misma perspectiva que en el derecho civil español. Eso es, como un efecto derivado de la aceptación pura y simple de la herencia por parte del heredero, quien se convertirá en el nuevo titular del patrimonio del causante y de sus relaciones jurídicas. Así, del patrimonio personal del heredero y el patrimonio hereditario surge un nuevo patrimonio unitario integrado por ambos, lo que conlleva que estos patrimonios deberán someterse a un mismo régimen jurídico[19].

La confusión de patrimonios tiene como principal efecto la extinción de las relaciones jurídicas de las que, previamente a la aceptación por parte del heredero, eran titulares el causante y el propio heredero, como también la consiguiente reunión de las titularidades en un único sujeto (el heredero)[20]. De este modo, se extinguen por confusión los créditos y las deudas que el heredero y el causante tenían uno respecto del otro. Todo ello tendrá como consecuencia directa la exclusión de la obligación del heredero de pagar la deuda que tenía contra el causante, pero, a su vez, también de la posibilidad de reclamarle los créditos de los que el causante fuera su deudor[21].

Además, otro de los efectos que la aceptación pura y simple de la herencia lleva implícito es la responsabilidad ilimitada o *ultra vires* del heredero, lo que implica que deberá responder de las deudas del causante tanto con el patrimonio hereditario como con el suyo personal. El propio art. 461-18 CCCat pone de manifiesto esta responsabilidad ilimitada del heredero, indicando que "por la aceptación pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente". En este sentido, el precepto sigue la línea del art. 1911 Cc, ya que el heredero responderá "con todos sus bienes", tanto con los heredados, como con los suyos propios.

En definitiva, la responsabilidad ilimitada a qué se refiere el art. 461-18 CCCat comprende exclusivamente el pasivo que ya lo era del causante y las cargas hereditarias, sin que se establezca entre ellos un orden de prelación en cuanto al pago de sus créditos[22].

---

[19] CASANOVAS I MUSSONS, A.: "El règim de l'adquisició de l'herència", en BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de dret civil català,* Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 634.

[20] Véase en este sentido ARROYO Y AMAYUELAS, E.: "art. 461-18", en EGEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions,* Vol II, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, P. 1515 y CASANOVAS I MUSSONS, A.: "El règim de l'adquisició de l'herència", en BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de dret civil...*, ob. cit., p. 634.

[21] DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña...*,ob. cit., p. 526.

[22] No existe orden de prelación alguno ni entre los acreedores del causante, ni entre ellos y los acreedores del heredero, que no estan contemplados por el art. 461-18 CCCat. Véase en este sentido ARROYO Y

A pesar de ello, el derecho catalán prevé también la modalidad de aceptación a beneficio de inventario que, como ya hemos puesto de manifiesto, permite proteger el patrimonio del heredero, dejándolo al margen de la responsabilidad por las deudas de la herencia.

Asimismo, el CCCat dedica su art. 461-23 a la regulación expresa del beneficio de separación de patrimonios. Con lo cual, podemos afirmar que la regulación ofrecida por el derecho catalán permite evitar algunos de los problemas que se originan en el derecho español y que, a su vez, dan lugar a diversidad de interpretaciones doctrinales.

2.2.1.-Especial atención al caso de los legados

Como ya hemos dicho, la confusión de patrimonios lleva aparejada una responsabilidad ilimitada por parte del heredero, quien deberá responder tanto con sus propios bienes como con los bienes relictos recibidos por la sucesión.

Ahora bien, por sus particularidades debemos tener en cuenta el caso concreto de los legados. Los legatarios son parte de los sujetos que pueden verse perjudicados por los efectos de la confusión patrimonial, pero no en el sentido de poder reclamar al heredero que el cumplimiento de los legados se efectúe con patrimonio hereditario o personal del mismo.

El art. 427-39 CCCat pone de manifiesto claramente que en el caso de los legados, pese a que tenga lugar la confusión patrimonial, la responsabilidad del heredero por el pago de los mismos no es ilimitada, sino al contrario. Se impone como límite aquello que la persona gravada por el legado obtiene por causa de muerte y, en caso que el valor del legado exceda de esta cuantía se considera que el legado es excesivo, de manera que se podrá proceder a su reducción o supresión (excepto que, aún sabiendo que es excesivo, la persona gravada decida cumplirlo íntegramente)[23]. Por lo tanto, el patrimonio hereditario es el encargado de determinar hasta dónde podrán reclamar los legatarios, con independencia de que, con su patrimonio personal, el gravado con el legado pudiera hacer frente a una cuantía superior. En este sentido, queda claro que los legados se podrán satisfacer siempre que haya en la herencia suficiente activo para hacerles frente. No obstante, en el caso remoto de que el heredero aceptara una herencia deficitaria, el legatario no tendría la posibilidad de reclamar la cuantía de su legado, ya que los legados serán exigibles siempre y cuando en la herencia haya activo que permita satisfacerlos[24].

Conforme a ello, podemos afirmar que el patrimonio personal del heredero queda salvaguardado de la responsabilidad por el cumplimiento de los legados. Y, será por otros aspectos, como por ejemplo que los acreedores particulares del heredero puedan dirigirse contra los bienes hereditarios, por los que podrán verse perjudicados por la confusión patrimonial.

2.2.2.- El beneficio de separación de patrimonios en el derecho civil catalán

En caso de aceptación pura y simple de la herencia, la confusión de patrimonios puede tener efectos positivos o negativos para los acreedores y legatarios, dependiendo de la situación económica del patrimonio particular del heredero o del patrimonio hereditario. Eso es, que en caso que el patrimonio del heredero sea suficiente, permitirá a los acreedores del causante reclamar frente a éste y, con ello, ampliar la cantidad de bienes a los que podrán dirigirse. No obstante, en caso que el patrimonio hereditario sea deficitario, los acreedores del causante se verán perjudicados por la aceptación pura y simple del heredero ya que, de la

---

AMAYUELAS, E.: "art. 461-18", en EGEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya*..., ob. cit., p. 1516 y CASANOVAS I MUSSONS, A.: "El règim de l'adquisició de l'herència", en BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de dret civil*..., ob. cit., p. 634.

[23] El heredero gravado con un legado también los podrá reducir en virtud de su derecho a la cuarta falcidia. Por ello, siempre que el cumplimiento de los legados no le deje libre una cuarta parte de la herencia, tendrá derecho a reducir los legados (art. 427-40 CCCat).

[24] Véase en este sentido. CASANOVAS I MUSSONS, A.: "El règim de l'adquisició de l'herència", en BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de dret civil*..., ob. cit., p. 635.

concurrencia con los acreedores particulares del heredero, resulta que éstos también podrán dirigirse al patrimonio hereditario en la reclamación de sus créditos[25].

Con la finalidad de paliar los posibles perjuicios ocasionados a los acreedores del causante y a los legatarios por la confusión de patrimonios, el CCCat prevé expresamente el beneficio de separación de patrimonios en su art. 461-23.

Se trata de un mecanismo que otorga una protección adicional a los acreedores del causante y a los legatarios en caso de que el patrimonio personal del heredero que ha aceptado pura y simplemente sea deficitario. El peligro que lleva implícito la situación responde a la concurrencia con los acreedores particulares del heredero, quienes como consecuencia de la aceptación pura y simple pueden dirigirse también a los bienes hereditarios para la reclamación de sus créditos[26].

Por ello, ante dicha situación y de acuerdo con el art. 461-23.1 CCCat, los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar ante el juez competente el beneficio de separación de patrimonios, con la finalidad de que el patrimonio hereditario se considere como un patrimonio económicamente separado del propio del heredero.

También previsto por el art. 461-23.1 CCCat, aunque menos frecuente en la práctica, es el perjuicio que la confusión de patrimonios puede conllevar para los acreedores particulares del heredero. En este caso, los efectos negativos de la confusión tendrían lugar en caso de aceptación de un patrimonio hereditario deficitario. Este supuesto adquiere un carácter excepcional y se aleja en cierto modo de la realidad, ya que la actitud del heredero frente una herencia deficitaria suele consistir en la repudiación de la misma o, en caso de aceptación, en hacerlo a beneficio de inventario, a fin de salvaguardar su patrimonio personal[27].

3.- Reflexión final

A nuestro parecer, la regulación del beneficio de separación de patrimonios de la normativa catalana, frente a su ausencia en el Cc, permite dar amparo a todos aquellos supuestos en los que la confusión de patrimonios tiene efectos negativos. En este sentido, creemos que el CCCat otorga una mayor protección que el Cc a los acreedores y legatarios que se vean afectados por los perjuicios que puede ocasionar la confusión, dándoles la posibilidad de protegerse a través del beneficio de separación de patrimonios, si lo estiman conveniente. En nuestra opinión, incluir un precepto que regule este beneficio es una necesidad, no sólo para el ordenamiento jurídico catalán sino también para el español, dada la variedad de opiniones doctrinales acerca de la necesidad o no de una protección de acreedores y legatarios frente a los efectos de la confusión patrimonial. Por todo ello, consideramos que, en este sentido, el CCCat da un paso más en su redacción y permite evitar la problemática que se suscita en el derecho español.

Además, debemos poner de relevancia los distintos planteamientos doctrinales con los que nos encontramos, partidarios de considerar que la regulación o no del beneficio de separación de patrimonios depende de cuál es la regla general imperante en el ordenamiento jurídico de que se trate. Así, como ya hemos mencionado en el apartado relativo a la confusión de patrimonios en el ordenamiento jurídico español[28], cada vez hay más autores que consideran que no existe una regulación del beneficio de separación de patrimonios porque la responsabilidad *intra vires* es la regla general en el derecho estatal. Por este motivo consideran que, tras la aceptación, los patrimonios permanecen separados en su afección a las deudas, cosa que les permite justificar la ausencia de una regulación legal del beneficio de separación

---

[25] DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña...*,ob. cit., p. 527.

[26] CASANOVAS I MUSSONS, A.: "El règim de l'adquisició de l'herència", en BADOSA COLL, F. (dir.), *Manual de dret civil...*, ob. cit., p. 635.

[27] En el mismo sentido DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña...*,ob. cit., p. 527.

[28] Apartado 2.1 "la confusión de patrimonios en el derecho español".

de patrimonios[29]. Por su parte, en el caso del derecho civil de Cataluña, hay quienes consideran que la regla general que rige en el ordenamiento jurídico catalán es la responsabilidad unitaria de un patrimonio único, surgido del patrimonio hereditario y particular del heredero, como consecuencia de la aceptación pura y simple de la herencia[30]. Con lo cuál queda clara la necesidad de integrar en su ordenamiento jurídico una norma que permita a los interesados solicitar la separación de patrimonios y, de este modo, evitar los efectos negativos que pueden derivar de la confusión patrimonial.

Además, del mismo modo que el heredero puede optar por la aceptación a beneficio de inventario, la cuál lleva implícita la limitación de su responsabilidad y la separación de patrimonios en aquellos casos en que se pudiera ocasionar un perjuicio para el heredero o los acreedores del causante (art. 461-20 CCCat), también debe existir un sistema que permita a los acreedores y legatarios optar por una protección similar, teniendo en cuenta su falta de legitimación para intervenir en la decisión del heredero de optar por la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario.

Dicho esto, podemos concluir que el ordenamiento jurídico catalán ofrece una regulación más exhaustiva de la materia y, siendo evidentes los perjuicios que puede desatar la confusión de patrimonios para las partes implicadas, consideramos necesaria la existencia de una norma de protección a disposición de acreedores y legatarios.

---

[29] Apartado 2.1.3 “protección de terceros: acreedores y legatarios”.

[30] Véase en este sentido ARROYO Y AMAYUELAS, E.: “art. 461-18”, en EGEA-FERRER (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya*..., ob. cit., p. 1516.

CARRERA ACADÉMICA: ACREDITACIONES Y LEGISLACIÓN VIGENTE

Dra. Mª Remedios Zamora Roselló
Profesora Ayudante-Doctor
Área de Derecho Administrativo (Departamento de Derecho Público)
Universidad de Málaga

RESUMEN: La carrera docente e investigadora en las Universidades públicas españolas se encuentra determinada por el régimen de acreditaciones que condicionan el acceso a cada una de las figuras de profesorado. En este estudio se exponen las líneas maestras del marco normativo vigente y se analizan las últimas propuestas para su modificación elaboradas por una Comisión de Expertos. Se trata de conocer las debilidades y fortalezas de un modelo que condiciona el desarrollo del profesorado y la calidad del sistema universitario español. En un momento de cambio como el actual corresponde aprender de la experiencia acumulada y garantizar que los nuevos sistemas no repetirán los errores cometidos, a la vez que permitirán alcanzar los niveles científicos exigidos y ofrecer, tanto a los jóvenes investigadores como a los doctores consolidados, un referente para la promoción profesional.

PALABRAS CLAVE: ANECA, Agencia Andaluza del Conocimiento, procedimientos de evaluación, profesorado universitario, investigación y docencia.

ABSTRACT: Teaching and researching career in Spanish public universities is determined by the system of accreditation. In this work is presented a critical exposition of the actual regulatory framework and a discussion about draft report of a Committee of Experts. It deals strengths and weaknesses of a model that determines the development of professors and the Spanish university system. In changing times, the key is to learn from experience to achieve the required scientific levels, ensuring that new systems will not repeat old mistakes, and offering, to both leading and new researchers, an essential reference for professional promotion.

I.-LOS PROCEDIMIENTOS DE LAS AGENCIAS DE EVALUACIÓN

El marco regulador vigente determina que el personal docente e investigador de las universidades públicas se encuentre formado por los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y por el personal contratado[1]. En la actualidad nos encontramos con varias figuras en el ámbito del personal docente e investigador con vinculación permanente a las universidades públicas: catedráticos de universidad, profesores titulares, doctores contratados de forma indefinida, y catedráticos y titulares de escuela universitaria (estos dos últimos grupos en proceso de extinción).

Todas las figuras de profesorado con vinculación permanente, tanto catedráticos de universidad, como profesores titulares y doctores contratados de forma indefinida necesitan haber superado la acreditación de la ANECA o de la correspondiente agencia autonómica. Existen dos programas diferenciados: el programa de acreditación nacional para el acceso a

[1] Art. 45 LOMLOU.

los cuerpos docentes universitarios (Programa ACADEMIA)[2], y el Programa de Evaluación del Profesorado para la Contratación (PEP).

El Programa ACADEMIA evalúa el perfil de los solicitantes para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios:

-Profesores Titulares

-Catedráticos de Universidad

Mientras que el Programa PEP se centra en las figuras de profesores contratados que no ostentan la condición de funcionario, en concreto:

- Profesor Contratado Doctor

- Profesor Ayudante Doctor

- Profesor de Universidad Privada

A nivel práctico, el primer inconveniente de esta distinción entre programas es la necesidad de reelaborar el currículum y la documentación que lo acredita. Los programas PEP y ACADEMIA[3], si bien permiten traspasar los datos de uno a otro exigen una revisión exhaustiva de cada uno de los méritos alegados porque se producen modificaciones y también porque se establecen nuevos formatos y apartados en los que se deben incorporar los distintos elementos a valorar por las correspondientes comisiones. Esta realidad obliga al profesorado a elaborar prácticamente un nuevo modelo de solicitud cuando opta a una figura de las incorporadas al Programa ACADEMIA, a pesar de haber operado con el formato del Programa PEP para las anteriores figuras de Profesor Ayudante Doctor y Contratado Doctor.

Junto al sistema de acreditación previsto por la ANECA, también nos encontramos con los procedimientos establecidos por algunas Comunidades Autónomas[4]. En el caso de Andalucía estas competencias se ejercen por la Agencia Andaluza del Conocimiento[5]. El Texto

---

[2] En relación al Programa ACADEMIA, Ortiz de Urbina Criado, M.; Mora Valentín, E. M. (2013). El sistema de acreditación del profesorado a través del Programa ACADEMIA: Evolución y cambios. Revista Española de Documentación Científica, 36 (1), pp. 1-8.

[3] Ortiz-de-Urbina-Criado, M.; Mora Valentín, E.M. (2011). El papel de la ANECA como instrumento de evaluación del profesorado: Un estudio comparativo de los programas PEP y ACADEMIA. En Bermúdez, M.P.; Guillén-Riquelme, A. (Comps.) *Libro de capítulos del VIII Foro de Evaluación de la Calidad de la Investigación y de la Educación Superior*, Asociación Española de Psicología Conductual (AEPC), Granada, pp. 525-529.

[4] Sobre las Comunidades Autónomas que disponen de instituciones de evaluación, Murillo Torrecilla, F. J. (2008) La Evaluación del Profesorado Universitario en España Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa,1(3e), pp. 29-45.

[5] La Agencia Andaluza del Conocimiento fue creada mediante la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de Ciencia y Conocimiento de Andalucía. El precepto que regula esta materia fue objeto de modificación por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. En el art. 27.1 de la Ley 16/2007, se afirma: “Se crea, con la denominación de Agencia Andaluza del Conocimiento, una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería o Consejerías que se establezcan por el Consejo de Gobierno, a la que le corresponde ejercer las competencias de evaluación y acreditación de las actividades universitarias; y de fomento, gestión, evaluación y acreditación de las actividades de investigación, desarrollo e innovación entre los agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento. Le corresponde también prestar servicios para la tramitación y ejecución de programas y actuaciones vinculadas a la formación avanzada, al fomento de la innovación o a programas de formación de universitarios y universitarias en otras regiones y países. Asimismo, le corresponde el fomento de la innovación tecnológica en Andalucía, transfiriendo conocimiento a través de los agentes del conocimiento

Refundido de la Ley Andaluza de Universidades[6], al enumerar las modalidades de contratación de profesorado, en régimen laboral, en las Universidades públicas incluye las figuras que exigen la evaluación positiva de la actividad por parte, o bien de la Agencia Andaluza del Conocimiento, o de la ANECA. A este respecto se hace referencia a las figuras de profesorado ayudante doctor, contratado doctor, contratado doctor con vinculación clínica al Sistema Sanitario Público de Andalucía, colaborador y eméritos. De esta forma quedan excluidas de la evaluación por la Agencia Andaluza del Conocimiento las figuras de profesorado funcionario: titulares y catedráticos.

II.-PROPUESTAS DE FUTURO: EL INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS

En los últimos años se han sucedido los análisis elaborados desde distintos ámbitos, por el Consejo de Universidades, por la OCDE, por un grupo de expertos internacionales, etc., que tratan de dar respuesta a las necesidades del sistema universitario español. El último de los estudios presentados, encargado por el Gobierno, trata de nuevo de ofrecer una alternativa al actual sistema universitario. Este Informe tiene origen en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de abril de 2012, en el que, a propuesta del Ministro de Educación, Cultura y Deporte, fue nombrada una Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Universitario Español. Como resultado de esta Comisión se elaboró el Informe sobre las "Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español"[7].

En el citado Informe se afirma: "Una universidad vale, sobre todo, lo que vale el claustro de su personal docente e investigador. Por tanto, la adecuada selección de su

---

y de la participación de las empresas y de dichos agentes en los programas I+D+I de la Unión Europea". Para más información sobre esta Agencia y sus procedimientos de acreditación: http://www.agae.es/

[6] Art. 40 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades.

[7] Este Informe fue entregado Excmo. Sr. Ministro de Educación, Cultura y Deporte, D. José Ignacio Wert, el 12 de febrero de 2013. Los miembros de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Universitario Español que han elaborado y firmado este informe son: María Teresa Miras-Portugal, Catedrática de Bioquímica y Biología Molecular Universidad Complutense de Madrid. Académica de la Real Academia de Farmacia, que actuó como Presidenta, y los siguientes expertos que actuaron como vocales: Óscar Alzaga Villaamil, Catedrático de Derecho Constitucional, Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; José Adolfo de Azcárraga Feliu, Catedrático de Física Teórica e IFIC (CSIC-UVEG), Profesor Emérito de la Universidad de Valencia; José Campmany Francoy, Catedrático de Teoría de la Señal y Comunicaciones y Director de iTEAM, Universidad Politécnica de Valencia; Luis Garicano Gabilondo, Catedrático de Economía y Estrategia, London School of Economics and Political Science; Félix M. Goñi Urcelay, Catedrático de Bioquímica y Biología Molecular, Universidad del País Vasco UPV/EHU, Director Unidad de Biofísica (CSIC-UPV/EHU); Rafael Puyol Antolín, Catedrático de Geografía Humana, Universidad Complutense, Vicepresidente de la Fundación Instituto de Empresa; Matías Rodríguez Inciarte, Presidente del Consejo Social de la Universidad Carlos III de Madrid, Vicepresidente tercero del Banco de Santander; y Mariola Urrea Corres, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Directora del Centro de Documentación Europea de la Universidad de la Rioja.

En relación a este Informe, Aunión, J. A., "El eterno retorno de la reforma universitaria", artículo publicado en el Diario El País, con fecha de 18 de marzo de 2013.

profesorado y, en especial la captación de los jóvenes brillantes, es un aspecto fundamental del funcionamiento de las buenas universidades"[8].

La preocupación por la situación actual del sistema de selección del personal docente e investigador de las universidades públicas llevó a la Comisión de Expertos a dedicar el primero de los apartados del citado Informe a esta materia. En el Informe se incorporan una serie de propuestas en las que se distingue ente el PDI con vinculación no permanente y el PDI con vinculación permanente.

La Comisión incluye un destacado número de propuestas relativas a la contratación del PDI permanente, que se centran en la existencia de dos vías complementarias. De esta forma se elimina, en principio, el monopolio del sistema de acreditación. En el Informe se distingue claramente entre dos modelos: el sistema de acreditaciones públicas nacionales y el modelo de contratación directa e indefinida por las universidades.

2.1.-El inicio de la carrera docente e investigadora

En el caso del PDI no permanente las propuestas son reducidas, y entre las mismas merecen especial atención las recomendaciones que atienden a las primeras etapas de la carrera investigadora. La Comisión aboga por aumentar la oferta de Profesores Ayudantes; se achaca su limitado número a la "errónea premisa de que todo Profesor Ayudante debe acabar siendo Profesor Titular". Asimismo, también se considera que el límite de 8 años consecutivos, encadenando las figuras de profesor ayudante y profesor ayudante doctor es excesivo y no debería superarse en ningún caso.

También vinculada a estas primeras fases se encuentra otra recomendación de la Comisión en la que se insta a limitar la participación en la docencia de doctorandos y asimilados, a algunas clases de carácter práctico o similar, con el fin de no obstaculizar el objetivo último que es la formación e investigación, y en especial la elaboración de la tesis doctoral.

2.2.-Un nuevo modelo de acreditaciones

El sistema de acreditaciones públicas nacionales queda limitado a las figuras de titulares y catedráticos con la condición de funcionario. De esta forma parece que se opta por la eliminación de las acreditaciones de contratado doctor y ayudante doctor, como figuras de contratación de PDI permanente y no permanente. Asimismo, nos encontramos con un sistema único a nivel nacional, por lo que también desaparecen los modelos de acreditación autonómicos; de esta forma los acreditados podrían optar a las plazas ofrecidas por cualquier universidad española. La Comisión opta porque la ANECA mantuviera sus competencias para los contratos de PDI doctor de las universidades públicas y privadas que, según las previsiones autonómicas, establecieran como requisito este modelo de acreditación.

La principal novedad sería que las acreditaciones se convocarían en "número determinado y muy levemente superior al de las plazas ofrecidas por las universidades, según las previsiones de necesidades para un futuro inmediato". La Comisión aboga por el desarrollo de una política de plazas moderada pero constante en el tiempo[9]. En este sentido

---

[8] Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Universitario Español (2013). Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español. Ministerio de Educación, Cultura y de Deporte, p. 18.

[9] En el Anexo I del Informe de la Comisión de Expertos, citado con anterioridad, bajo el título "Acreditaciones públicas vs. Acreditaciones de la ANECA: Una comparación", se afirma en la p. 81: "La ANECA tampoco es efectiva como sistema de selección en sí mismo, algo que siempre sucede cuando el número de candidatos seleccionados no guarda ninguna relación con el número de plazas ofrecidas, pues

correspondería establecer algún modelo de régimen transitorio que diera solución a la saturación actual consecuencia de la congelación de plazas, y que ha paralizado por completo el desarrollo y la promoción del PDI de las universidades públicas españolas. La única previsión en este sentido es el establecimiento de un régimen transitorio que permitiría equiparar a los acreditados por la ANECA aún sin plaza en las universidades a los acreditados por el nuevo sistema de acreditaciones públicas. Para el caso de los candidatos que aún no hubieran sido acreditados, desde la Comisión se recomienda que el nuevo sistema de acreditaciones públicas no entrara en vigor hasta pasados tres meses de su publicación en el BOE, y que en esa etapa continuara vigente el actual sistema de acreditaciones de la ANECA.

Destaca que la oferta de plazas se tendría que realizar en función de una planificación nacional, en la que constaran las necesidades de las distintas áreas de conocimiento, en coordinación con las Comunidades Autónomas y con las universidades. Además, se incluyen una serie de recomendaciones sobre las composición y características de las comisiones seleccionadoras, para garantizar su adecuado nivel científico.

El modelo de acreditaciones públicas constaría de dos fases claramente diferenciadas: una primera fase consistiría en la realización de pruebas públicas con dos ejercicios. En estas pruebas se procedería a la discusión del CV y del proyecto docente e investigador de los candidatos, como primer ejercicio. La segunda prueba consistiría en la exposición de una lección del proyecto docente, en el caso de las titularidades; y de un trabajo de investigación propio, para las cátedras. Una vez superadas estos ejercicios los candidatos tendrían la condición de acreditados, que al igual que actualmente, les habilitaría para su contratación posterior.

Una de las principales preocupaciones de la Comisión es que el número de acreditados se acomode lo máximo posible al número de acreditaciones convocadas. De esta forma se trata de evitar la situación actual de un elevadísimo número de acreditados, a cualquiera de las figuras actuales de PDI, sin plaza. A tal fin existe una doble limitación; una primera criba se realiza con anterioridad a la realización de los ejercicios, y se produciría en el supuesto de que el número de candidatos fuera superior al triple de las acreditaciones públicas convocadas. En este supuesto la comisión sería responsable de realizar una selección en base a criterios públicos y de motivar la eliminación de los candidatos que no los superen. En el Informe no se determinan estos criterios y parece que se remite a la comisión para su concreción; en el caso de que se implantara este sistema sería deseable con la suficiente antelación los criterios a valorar y que siguieran una pauta común en todas las comisiones, a fin de evitar inseguridad a los potenciales candidatos. Asimismo, se opta por una segunda selección que tendría lugar tras la celebración de la primera prueba, puesto que el número de candidatos que superen este ejercicio no podrá exceder el doble de las acreditaciones convocadas.

Estas propuestas suponen un cambio notable en el modelo de promoción de la carrera docente e investigadora puesto que se produciría un cambio desde un modelo de autoevaluación no competitivo, en el que cada uno de los candidatos a la acreditación se valoraba su CV y optaba por presentar o no la acreditación. El cumplimiento de los requisitos exigidos y la puntuación mínima exigida eran los únicos criterios a tener en cuenta; mientras que con el sistema propuesto se produce una competición con el resto de candidatos, y la obtención de la acreditación también va a depender del número de personas que se presenten a cada convocatoria de acreditaciones públicas nacionales.

La segunda fase tendría como referencia la contratación de los acreditados por parte de la universidad que ofrece la plaza. Con carácter previo a la contratación cada universidad

---

conduce enseguida a la saturación. Hay unas 4500 solicitudes de acreditación por año en el programa ACADEMIA de la ANECA, unas dos terceras partes para TU y una para CU, con una tasa de éxito de cerca dos tercios y unos 2600 acreditados/año (de ellos, unos 1000 CU). Actualmente (Oct- 2012) hay más de 5100 acreditados sin plaza (ver sec. I.0), lo que evidencia el absoluto colapso del sistema. Éste resulta aún mayor, si cabe, si se toma como referencia la actual tasa máxima de reposición de plazas (el 10% de las jubilaciones) y el total del PDI funcionario (unos 50000 en números redondos), incluso teniendo en cuenta que el 36,1% de los CU tiene más de 60 años (es el 12,2% de la plantilla docente y el 18,2 para PDI funcionario)".

establecería una nueva comisión que evaluaría de nuevo a los candidatos ya acreditados con una entrevista, a la que también se podría añadir una prueba. A fin de evitar la endogamia desde la Comisión se insta a que no se produzca la contratación por una universidad de un doctor propio salvo que hubiera estado vinculado a otra universidad, institución académica o centro investigador por un período no inferior a 36 meses. Una vez superada esta segunda fase, se obtendría la condición de funcionario, ya sea con la figura de titular o bien la de catedrático.

Sin perjuicio de la voluntad última de eliminar el actual sistema de acreditaciones, desde el Informe se incluyen un conjunto de modificaciones urgentes que habrían de aplicarse mientras se produce la implantación del nuevo sistema de acreditaciones públicas nacionales[10]. Entre las modificaciones que hacen referencia al baremo se insta a incrementar los puntos por méritos investigadores y de transferencia, y a reducir los méritos docentes; así como a eliminar los méritos por gestión. Asimismo, se aboga porque mejore el procedimiento de resolución de la ANECA, para que se adopte con las debidas garantías para el candidato[11].

2.3.-Las nuevas figuras de contratación

El Informe profundiza en la denominada contratación directa del PDI por las universidades públicas, este modelo no otorgaría la condición de funcionario, y toma como referencia un procedimiento de evaluación que se realizaría en el seno de cada universidad. A este respecto podemos distinguir dos grandes grupos: los titulares y catedráticos contratados, y los contratos a doctores.

a) Los titulares y catedráticos contratados: A diferencia del actual modelo, en el que las figuras de titulares y catedráticos implican la condición de funcionario[12], se propone un nuevo sistema de contratación directa e indefinida en los niveles de titular y catedrático; contrato al que podrían optar tanto doctores españoles como de la Unión Europea y extracomunitarios.

En estos supuestos el procedimiento de selección vendría determinado por cada universidad, y tan sólo se establecen algunas directrices como la exigencia de que incluya una entrevista y una prueba oral públicas, donde se habría de exponer el CV, la trayectoria y los proyectos. Expresamente se recomienda desde la Comisión que estas plazas se puedan convocar con un exclusivo perfil investigador, en función de la demanda de la universidad contratante.

b) Contratos a doctores: Desde la Comisión se insta a las universidades a la contratación de doctores recientes por un período de cinco años. El principal requisito de este tipo de contratos sería que el título de doctor del candidato no superara los diez años de antigüedad en la fecha de la convocatoria.

La principal ventaja de este tipo de plazas es su posible conversión en un contrato indefinido; en la convocatoria del contrato con fecha de finalización ya constaría esta opción,

---

[10] Según un estudio publicado sobre la valoración del profesorado universitario de España en diferentes materias, en el ámbito concreto de los criterios de la ANECA para conseguir una acreditación como profesor, “el 32% los considera adecuados, el 26% los estima elevados y un 15% valora mejor el antiguo sistema de habilitación”. Quevedo Blasco, R.; Ariza, T.; Bermúdez Sánchez, M. P.; Buela Casal, G. (2013). Actitudes del profesorado universitario español: formato de tesis doctorales, docencia e investigación. Aula abierta, vol. 41(2), p. 10.

[11] Sobre la objetividad y transparencia en las evaluaciones de la ANECA, Delgado F. J.; Fernández-Llera, R. (2012). Sobre la evaluación del profesorado universitario (especial referencia a ciencias económicas y jurídicas). Revista Española de Documentación Científica, vol. 35(2), pp. 372-373.

[12] En relación al actual sistema de acceso a la condición de funcionario del PDI, Alegre Ávila, J. M. (2007). El nuevo sistema de selección del profesorado universitario funcionario. Revista Española de Derecho Administrativo, vol. 135, 437-457.

que quedaría limitada a los supuestos en que la labor realizada por el doctor superase las condiciones previstas por la universidad, que deberían implicar un elevado nivel científico. De nuevo no se especifican baremos ni requisitos generales sobre qué debe entenderse por un elevado nivel científico, por lo que puede generarse una importante disparidad entre las distintas universidades.

En el caso de superarse los niveles exigidos se produciría la transformación del contrato a tiempo determinado en un contrato indefinido como profesor titular contratado. Mientras que si el doctor no alcanzara los niveles exigidos por la universidad contratante, el contrato no podría ser renovado.

La propia Comisión reconoce que el riesgo de la "desfuncionarización" del PDI se pone de manifiesto por el apoyo al modelo de contratación indefinida de doctores; la a este respecto propone mantener la limitación actual del 49%, aplicable a los contratos a tiempo completo, y disminuir la contratación de PDI temporal.

2.4.-Addenda al Informe

Corresponde destacar las apreciaciones incluidas por dos juristas integrantes de la Comisión en una addenda al Informe. Los dos autores son los profesores Óscar Alzaga Villaamil, Catedrático de Derecho Constitucional, y Mariola Urrea Corres, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

En primer lugar cabe destacar la argumentación esgrimida para justificar sus discrepancias y su voluntad de introducir propuestas que sean realistas con el marco constitucional español y con la tradición y los fundamentos del Derecho público de aplicación en nuestro país[13]. Los firmantes de esta addenda ponen de relieve los riesgos de la desfuncionarización en relación con la libertad de cátedra, reconocida y garantizada en nuestro texto constitucional "especialmente para asegurar que el profesor-funcionario goza de la libertad científica, concebida como exención de trabas políticas y administrativas en el desempeño de su función docente e investigadora. Es decir, se asegura al profesorado de los cuerpos de funcionarios docentes de las Universidades públicas su autonomía científica y docente"[14]. Por tanto, una primera crítica se centra en el difícil anclaje de un modelo que

[13] En la p. 4 de la addenda al Informe de la Comisión de Expertos se afirma: "(…) el marco constitucional español en materia universitaria encuentra explicación histórica y se inspira en buena medida en precedentes de cierto constitucionalismo europeo, pero no en el Derecho constitucional británico o norteamericano. A lo anterior se sumar que al abordar la posible reforma de nuestras universidades públicas estamos necesariamente hablando de reformar parcelas de Derecho público español. Y, en pocas palabras, cabe afirmar que las categorías conceptuales de nuestro Derecho público guardan estrecho parentesco con las del ordenamiento jurídico público de países como Francia y Alemania, así como de otros europeos continentales como Bélgica e Italia…, pero son distintas de las anglosajonas; tanto que, en ocasiones, ni siquiera los términos que las denominan tienen traducción precisa".

[14] En relación a la libertad de cátedra, se añade en la p. 9 de la addenda: "Este es el sentido último de que la enseñanza universitaria pública se deposite básicamente en profesores-funcionarios – según el modelo común y tradicional vigente para la Universidad pública de la Europa Occidental continental – por ser titulares de la libertad de cátedra y significa a la par cumplir el mandato constitucional por el que gozan de una exención de trabas políticas y administrativas en el desempeño de su función docente e investigadora. Anclado en su muy especial "estatus" funcionarial, ello comporta la inaplicabilidad de significativos aspectos del principio jerárquico que rige la Administración y que desempeñen su función desde una "relación especial de sujeción o dependencia". Todo este garantía el pluralismo en las universidades públicas a la hora de investigar y trasmitir ciencia al alumnado y a la sociedad, a través de la transferencia de investigación. Bastaría prestar atención a nuestra realidad institucional para poder afirmar la actualidad y vigencia que alcanza el disponer, especialmente hoy, de una garantía como la prevista en nuestra Constitución".

potencia la contratación de profesorado no funcionario, que en definitiva es una de las principales directrices del Informe.

A continuación se centran los comisionados en el proceso de selección de las acreditaciones públicas nacionales y realizan dos críticas importantes: por un lado manifiestan su desacuerdo con la propuesta del Informe de hacer coincidir, en gran medida, el número de acreditados-habilitados con el número de plazas convocadas; e instan a la elaboración de una segunda fase de pruebas que permitan conocer las habilidades docentes de los distintos candidatos. También cabe destacar las reservas que plantean con respecto a la contratación directa e indefinida por las universidades públicas sin necesidad de proceso selectivo sino discrecionalmente, ya que podría suponer una merma en las garantías exigidas.

III.-CONCLUSIONES

La carrera docente e investigadora del profesorado universitario necesita de unas directrices claras y precisas, que permiten conocer, sin lugar a duda, las diferentes etapas para el desarrollo profesional de los docentes-investigadores. En especial esta necesidad se agrava en las primeras fases de esta carrera, en la etapa predoctoral pero muy especialmente en los primeros años tras la consecución del título de doctor.

La vocación de los jóvenes profesores universitarios se ve mermada paulatinamente ante cada nuevo obstáculo que debe ser salvado para la promoción. Estos obstáculos no se relacionan con la dificultad de alcanzar los niveles científicos exigidos, sino con las trabas de todo tipo que han de salvarse. En la actualidad el vigente régimen de acreditaciones es temido por la interminable recopilación de documentación que exige, las dificultades de completar los datos en el sistema informático y, en definitiva, la imposibilidad de dedicar más tiempo a la docencia y la investigación ante la relevancia de rellenar varios modelos de CV ante cada nueva etapa. La paralización en la promoción como consecuencia de la congelación de nuevas plazas es un elemento más que desincentiva la implicación en una carrera que, cada día más, parece no tener un fin; puesto que es difícil el reconocimiento de los logros alcanzados.

Ante estas circunstancias coincidimos sustancialmente con la necesidad de elaborar una reforma seria del sistema universitario, que exige la adopción de medidas inmediatas para paliar la situación actual. En primer lugar es evidente la importancia de introducir cambios en los procedimientos de resolución de la ANECA, para mejorar el actual sistema; pero aún más relevante sería ofrecer unas expectativas reales de futuro para el profesorado universitario, en especial para aquellos que están iniciando su carrera en este ámbito. Es imposible mejorar los niveles de calidad en el sistema universitario español si la burocracia condiciona el día a día de los docentes-investigadores, que a su vez sufren la incertidumbre sobre qué pasará en la fecha de finalización de su beca o contrato, puesto que el cumplimiento de los requisitos científicos exigidos no es suficiente para garantizar la continuación de sus investigaciones y su docencia en los cursos venideros.

El último de los Informes presentados que ha sido objeto de análisis, pone de relieve que se conocen las debilidades del sistema y que existen múltiples vías para solucionarlas; las propias disparidades en el seno de la Comisión atestiguan las variadas formas de abordar la reforma universitaria que se ponen de manifiesto incluso entre un reducido grupo de expertos. Sin embargo, los antecedentes más inmediatos y la situación actual hace prever que estas reflexiones se añadirán al conjunto de estudios que se elaboran periódicamente y que son olvidados hasta que se insta la elaboración de un nuevo Informe.

BIBLIOGRAFÍA

Alegre Ávila, J. M. (2007). El nuevo sistema de selección del profesorado universitario funcionario. Revista Española de Derecho Administrativo, vol. 135, pp. 437-457.

Aunión, J. A. (2013). “El eterno retorno de la reforma universitaria”. Diario El País, 18 de marzo.

Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Universitario Español (2013). Propuestas para la reforma y mejora de la calidad y eficiencia del sistema universitario español. Ministerio de Educación, Cultura y de Deporte.

Delgado F. J.; Fernández-Llera, R. (2012). Sobre la evaluación del profesorado universitario (especial referencia a ciencias económicas y jurídicas). Revista Española de Documentación Científica, vol. 35 (2), pp. 361-375.

Murillo Torrecilla, F. J. (2008) La Evaluación del Profesorado Universitario en España Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa,1(3e), pp. 29-45.

Ortiz de Urbina Criado, M.; Mora Valentín, E. M. (2011). El papel de la ANECA como instrumento de evaluación del profesorado: Un estudio comparativo de los programas PEP y ACADEMIA. En Bermúdez, M.P.; Guillén-Riquelme, A. (Comps.) Libro de capítulos del VIII Foro de Evaluación de la Calidad de la Investigación y de la Educación Superior, Asociación Española de Psicología Conductual (AEPC), Granada, pp. 525-529.

Ortiz de Urbina Criado, M.; Mora Valentín, E. M. (2013). El sistema de acreditación del profesorado a través del Programa ACADEMIA: Evolución y cambios. Revista Española de Documentación Científica, 36 (1), pp. 1-8.

Quevedo Blasco, R.; Ariza, T.; Bermúdez Sánchez, M. P.; Buela Casal, G. (2013). Actitudes del profesorado universitario español: formato de tesis doctorales, docencia e investigación. Aula abierta, vol. 41(2), pp. 5 – 12.

PUBLICIDAD Y FORMACIÓN DEL CONTRATO

Sara Zubero Quintanilla[1]

Resumen

La publicidad es una práctica comercial utilizada como medio para promover el contrato. Es un instrumento empleado, generalmente, en la contratación en masa. No solo contiene elementos persuasivos, también informativos, sobre el bien o servicio, que pueden vincular a las partes. La utilización de la publicidad como técnica comercial debe hacerse mediante el respeto a una serie de reglas y principios a fin de no ser considerada una práctica comercial desleal, engañosa o agresiva.

En nuestro ordenamiento abunda la normativa relativa a defensa y protección del consumidor como parte débil de la contratación. Se han incrementado los deberes de información, motivo a abordar en la investigación, debido a la trasposición de diversas Directivas europeas, como la Directiva 29/2005/CE o la Directiva 23/2011/CE.

Se persigue concretar la naturaleza jurídica de la publicidad a fin de llegar a discernir, cuándo se considera que las declaraciones son oferta en sentido estricto, o se entiende que son meras invitaciones a negociar. Ello se hace hoy más necesario, habida cuenta del creciente componente informativo que a la publicidad y a otras prácticas precontractuales se impone, que hace puedan derivar en autenticas ofertas, desvirtuándose con ello el alcance y contenido de aquellas.

Palabras-clave

Publicidad, formación del contrato, deberes de información, invitación a negociar, oferta.

Introducción

El objeto de mi investigación versa sobre la publicidad en la formación del contrato. Lo primero que debemos tener presente es que la publicidad no es un fenómeno nuevo, su aparición en la sociedad se remonta en el tiempo. Su relevancia, en relación con la investigación, la adquiere desde el momento que empieza a ser utilizada como medio para promover el contrato. Las declaraciones publicitarias guardan una cierta similitud en relación con las ofertas que van dirigidas a persona indeterminada puesto que, en ambas manifestaciones, su emisor busca dar conocimiento global o masificado de los bienes con los que comercia. La publicidad puede llegar a vincular a las partes contratantes, por este motivo, también se debe prestar atención a las medidas de protección por el contenido engañoso o ilícito que puedan estar presentes en estos mensajes publicitarios.
Cuando se pretende llevar a cabo una contratación con un conjunto de personas indeterminadas, la manera de dar a conocer los bienes y servicios objeto del futuro contrato es mediante declaraciones públicas. Entre las distintas manifestaciones que pueden ser recibidas por la colectividad se encuentra la publicidad, y más concretamente la publicidad comercial. Son muy diversos los tipos de publicidad que existen hoy en día. Nos encontramos ante el mecanismo más utilizado para llamar la atención de una gran cantidad de sujetos diferentes. La publicidad va a ser un instrumento empleado generalmente en la contratación en masa dado que no solamente contiene un elemente persuasivo, también está constituido de información

[1]Personal Investigador en formación. Departamento Derecho Privado. Área de Derecho Civil. Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación "Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato" (DER 2011-23056, Ministerio de Ciencia e Innovación) y Grupo de investigación consolidado “Autonomía de la voluntad en el Derecho privado” (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo), dirigidos por la Dra. Mª Ángeles Parra Lucán.

relativa al producto.

La publicidad comercial es susceptible de generar problemas interpretativos, ya que puede o no ser vinculante en la contratación llevada a cabo por las partes. Su análisis va a ser relevante debido a su incidencia en la formación del contrato, al ser un elemento que se circunscribe dentro de la etapa precontractual**.**

En relación con los sujetos publicitarios, el emisor de la publicidad, por lo general, es un empresario y/o profesional que difunde el mensaje publicitario en el ámbito de la realización de una actividad comercial. El anunciante puede ser tanto el distribuidor del bien como su fabricante. En cuanto a los destinatarios de las declaraciones publicitarias, los consumidores y usuarios adquieren mayor relevancia por su situación de general desventaja. Estos, como parte contratante más débil en la contratación, precisan de una mayor información y por este motivo los deberes precontractuales que deben atenderse en estas relaciones contractuales son mayores.

Al analizar la publicidad, será preciso ver cómo operan dichas declaraciones de voluntad que son enviadas o puestas a disposición de la pluralidad de destinatarios indeterminados. A este respecto, se debe tener en cuenta la condición de los sujetos emisores y receptores de la publicidad, ya sean: particulares, profesionales o consumidores. Las reglas básicas de formación del contrato son comunes independientemente del tipo de contrato que se trate.

Estado de la cuestión

En derecho español no poseemos ninguna definición precisa o concreta acerca de qué debe entenderse por publicidad. Por este motivo, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General Publicidad, que recoge una definición en el ámbito de dicha ley, la cual utilizaremos como guía. Según dicho artículo, se entiende por publicidad: *"Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones."*

Ante lo expuesto, en primer lugar pretendo analizar el contenido del mensaje publicitario para determinar los elementos que lo conforman y poder de esta manera identificar las declaraciones publicitarias de aquellas otras que no lo son. Dicho mensaje posee dos rasgos característicos: por un lado un componente informativo, puesto que da a conocer un producto trasladando una serie de datos acerca del bien o servicio y por otro, un componente persuasivo destinado a captar la atención del público. Por ambos motivos, el mensaje publicitario no es un elemento ajeno al contrato sino que se vincula estrechamente con el mismo, integrándose en muchos casos en su contenido.

El destinatario debe estar bien informado y prestar su consentimiento exento de vicios. La utilización de la publicidad como técnica comercial debe hacerse mediante el respeto a una serie de reglas y principios. Toda publicidad deberá acatar dichos requisitos para no ser considerada una práctica comercial desleal, engañosa o agresiva. Cuando no cumpla con los requisitos legales puede atentar contra los intereses o la confianza de sus destinatarios tanto antes como después de la etapa de la formación del contrato. Las declaraciones publicitarias no pueden inducir a errores a sus destinatarios ni causarles perjuicios, en tal caso el emisor verá comprometida su responsabilidad. Al objeto de tratar de paliar la publicidad ilícita y engañosa, en España se transpuso la Directiva 2005/29/CE mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre sobre competencia desleal y publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. El estudio de esta Directiva adquiere interés en la investigación al regular el concepto de la llamada invitación a comprar, figura que podría ser interpretada como invitación a negociar o como oferta en sentido estricto, y por su objetivo de dotar de mejor protección a los consumidores.

A su vez, se debe analizar la relación existente entre el engaño ocasionado a los destinatarios de las declaraciones publicitarias con los vicios del consentimiento (error y dolo) en la formación del contrato, así como también cabe atender al estudio del denominado, en derecho

de consumo, principio de conformidad. Mediante dicho principio, el emisor de las declaraciones públicas está obligado a entregar un bien conforme el acuerdo estipulado en el contrato con la otra parte contratante.

Hay que tener presente que la información publicitaria varía en función del producto y de la condición de los destinatarios. Además, la publicidad se diferencia de otras manifestaciones que se dirigen a personas indeterminadas como es el caso del etiquetado, los embalajes o las fichas técnicas. Cuando se lleva a cabo una relación negocial entre dos sujetos, existen una serie de deberes que deben ser respetados, no sólo en la etapa contractual sino que también han de estar presentes desde los tratos preliminares. La nota distintiva se centra en el rango de la información que contienen las declaraciones. En principio, la información que se incorpora en la publicidad no es obligatoria, se trata de una declaración discrecional en virtud de los fines perseguidos por el declarante. Sin embargo, la información que consta en otras declaraciones es un deber puesto que tiene carácter obligatorio, lo que implica que ha de ser respetada siempre.

Incidir sobre la idea de que ningún oferente está obligado a elaborar elementos publicitarios para dar a conocer los productos que pretenden vender. Son los propios empresarios o particulares los que deciden por sí mismos emplear los instrumentos publicitarios para que su declaración pueda llegar a un mayor número de personas, al público. La colectividad de destinatarios y las mayores posibilidades de que alguno de ello quiera perfeccionar el contrato es lo que motiva al emisor publicitario a su confección y difusión.

Además de la diferencia entre publicidad y deber de información, se han de analizar todos los elementos del contenido publicitario para determinar si son los suficientes y necesarios para poder constituir una oferta completa. No obstante, aunque tras el análisis de la publicidad se llegue a la conclusión que la misma no es constitutiva de una oferta, aquella contiene una serie de elementos informativos relevantes que una vez perfeccionado el contrato pueden ser integrados en él.

La publicidad empieza a tenerse presente como un elemento que incide en la formación del contrato en el ámbito de consumo como medio de defensa de la parte más débil. Encontramos los precedentes en tres sentencias pioneras que datan de los años 70-80, concretamente: STS 14/06/1976, STS 27/01/1977, STS 9/02/1981. Estas sentencias servirán de base a la elaboración y publicación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y la redacción de su artículo octavo. Se empieza a considerar a la publicidad bien como una oferta en sentido estricto, cuando contiene los elementos esenciales del contrato o bien, como un mensaje informativo integrable en el contrato siguiendo los criterios de la buena fe contractual, regulada en el artículo 1.258 del Código Civil y actualmente también en el artículo 65 del TR-LGDCU. Principio de buena fe que carece de definición precisa, siendo la jurisprudencia la que se encargue caso por caso de determinar su operatividad.

Antes de ser emitida la oferta, se pueden llevar a cabo una serie de negociaciones entre las partes para estipular los requisitos que ha de contener el futuro contrato. Estaremos ante un previo acercamiento de los futuros sujetos contratantes en la denominada etapa pre-contractual. En ella, se realizan una serie de prácticas de las que se pueden derivar deberes para las partes y que traen causa de la actividad publicitaria inicial. A fin de evitar la publicidad engañosa y con la intención de velar por la confianza de los consumidores, surge el mecanismo de la integración. Con ella se pretende vincular al anunciante con su declaración publicitaria, de manera que no pueda eludirla o contradecirla sin que ello conlleve una responsabilidad. Para analizar la fuerza vinculante del mensaje publicitario, hay que basarse en la buena fe objetiva.

La posibilidad de integración se hizo presente en la redacción del artículo 8 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, hoy regulada en el vigente artículo 61 del Texto refundido de la misma ley. Ambos objeto de especial estudio como medio de vinculación de la publicidad con el contrato, y su exigibilidad por parte de los consumidores. Con la Ley general de la defensa de los consumidores y usuarios se comienza a mostrar la relación existente entre la publicidad y el contrato puesto que hasta ese momento aquella era irrelevante en la formación del contrato. A través de la regulación del TR-LGDCU podemos ver

que se considera la publicidad como un elemento de integración post-contractual, puesto que los consumidores solamente van a poder reclamar aquello que ha sido puesto en su conocimiento mediante medios publicitarios en el caso de que el contrato se perfeccione, pero no antes. En cuanto a las relaciones comerciales que tienen lugar entre profesionales, dado que no es aplicable lo dispuesto en el Texto Refundido, es preciso comprobar cómo opera la buena fe regulada en el artículo 1258 del Código civil. El mayor problema que se plantea, es comprobar si los elementos que contiene el mensaje publicitario son o no diferentes a los concretados en la oferta vinculante posterior que realice el oferente.

Con todo ello, adquiere interés el estudio de las Directivas elaboradas a nivel internacional que tienen por objeto una regulación más favorable al consumidor. Así, a través de la Directiva 2011/83, se pretende recoger la información que los comerciantes han de poner a disposición de los consumidores a la hora de contratar, en relación con las características más importantes de los bienes. Se introduce a través de esta Directiva un cambio en el nivel de protección del consumidor dependiendo de la materia, así como alguna novedad entorno a los deberes que ya existían.

Como es sabido, en la formación del contrato intervienen dos declaraciones de voluntad: la oferta y la aceptación, siendo el concurso de ambas lo que perfecciona el contrato. Desde el momento que se entiende perfeccionado el contrato, puede haber una exigencia de lo pactado por los interesados. Empiezan a surgir por tanto las responsabilidades para las partes en torno a sus obligaciones contractuales. El contrato en este momento ya es válido porque ambos contratantes han prestado su consentimiento. Valorar si la declaración publicitaria es verdadera oferta o no, es uno de los objetivos fundamentales de la investigación. Como hemos dicho, dependiendo del contenido más o menos concreto de la declaración publicitaria puede ser considerada: bien como una invitación a entrar en negociaciones, o bien como oferta en sentido estricto.

Los documentos publicitarios pueden ser suficientemente precisos y contener una manifestación de voluntad definitiva de concluir el contrato. La publicidad siempre que constituya una propuesta completa, definitiva y recepticia que contenga la intención del oferente de quedar vinculado con la simple aceptación del destinatario, tendrá la naturaleza jurídica de oferta contractual. Al considerar a la publicidad como una oferta serán aplicables todas las normas del derecho común relativas a la misma y por ello será preciso analizar, entre otros, los supuestos relativos a: la retirada, revocación y caducidad de la oferta.

La oferta es el acto jurídico que separa el periodo de tratos preliminares o etapa precontractual de la etapa contractual. Esta declaración de voluntad es la única que junto con la declaración de voluntad del destinatario (aceptación) van a perfeccionar el futuro contrato. Para que una oferta sea considerada como tal, debe de cumplir una serie de requisitos concretos:

En primer lugar, la oferta ha de ser una propuesta completa o suficientemente precisa, es decir, deben de estar presentes en la misma los elementos esenciales objeto de un contrato.

En segundo lugar, debe de ser clara, no puede conducir a errores a la parte contraria. Ha de ser una declaración de voluntad inequívoca.

En tercer lugar, la oferta deberá ser siempre definitiva, es decir, en el momento en que el destinatario de la propuesta otorgue su consentimiento a la misma, el proponente ya no podrá echarse atrás.

Por último, la propuesta debe contener la intención de su emisor de obligarse en caso de que recaiga la aceptación de la contraparte. El elemento volitivo que contiene esta propuesta contractual es un requisito indispensable e identificador de la misma. La existencia de dicha intención es lo que diferencia la oferta de otras figuras en el ámbito de la formación del contrato (tratos preliminares, invitación a hacer ofertas...). A su vez, tiene gran importancia la interpretación que se lleve a cabo de la intención que ha tenido una persona al emitir su declaración, interpretación que puede ser objetiva (atendiendo a la declaración) o subjetiva (teniendo presente la voluntad interna del declarante).

Una cuestión de especial relevancia dentro de las ofertas es la que se refiere a su recepción. La oferta tiene carácter recepticio, debe llegar a su destinatario para que tenga efectos jurídicos. Los destinatarios pueden ser personas determinadas o bien un grupo de personas indeterminadas. Con respecto al primer tipo de destinatarios no se plantean grandes problemas, ambas partes están plenamente identificadas, el oferente sabe perfectamente con quién va a celebrar el contrato. Sin embargo, en el segundo caso no ocurre lo mismo, el emisor de la propuesta la dirige a una colectividad de personas con el fin de que alguna de ellas decida contratar con él. No sabe a priori quién va a ser el otro sujeto de su relación contractual. Este supuesto es admitido por nuestra doctrina, en el ámbito del derecho de consumo, cuando los contratos son llevados a cabo ente un empresario y un consumidor. Sin embargo, genera controversia en relación con los contratos celebrados entre empresarios entre sí. En las normas y textos internacionales se contempla que deberán de entenderse tales declaraciones como meras invitaciones a hacer ofertas. Tan sólo en el caso de que expresamente así lo hagan constar podrán ser tenidas como ofertas en sentido estricto.

Una vez que el oferente emite una oferta, no implica que necesariamente se vaya a perfeccionar el contrato, puede suceder: que la propuesta no termine llegando al destinatario o bien que, aunque llegue, la misma no sea aceptada. Entre las diferentes causas que suponen la no conclusión del contrato encontramos: la retirada, la revocación o la caducidad de la oferta.

La retirada sólo es posible realizarla siempre y cuando la oferta no haya llegado al destinatario. Si ello ha sucedido, y se pretende dejar sin efecto la oferta, deberá procederse a su revocación. La retirada y la revocación en sí tienen un fin común, evitar que el oferente quede ligado por la oferta que emitió en su momento. Pese a ello, ambas figuras tienen una diferencia sustancial, la retirada supone evitar que la oferta llegue a producir algún efecto, mientras que la revocación impide que la oferta sea aceptada aunque la misma ya haya sido conocida por su destinatario. La revocación de la oferta se encuentra muy ligada con el momento de perfección del contrato.

El mayor problema se suscita con la figura de la revocación, es decir, la posibilidad de que el oferente se retracte de su declaración de manera que decida no contratar y quiera que su oferta quede sin efectos. En ese momento, lo que se debe analizar es la fuerza obligatoria de la oferta: si prima el principio de libertad de revocación o si, por el contrario, se debe atender a la irrevocabilidad de la oferta. Además, el análisis de la revocación también se lleva a cabo en atención a la necesidad de mantener la oferta un mínimo de tiempo para que la otra parte conteste o no (plazo de reflexión del destinatario), y con respecto a lo que sucede en los supuestos en que el emisor de la declaración de voluntad introduce en la misma un plazo fijo para la aceptación. Hay que establecer cuándo se entiende que ha surgido el acuerdo de voluntades entre las partes y determinar si la voluntad del oferente es recepticia o no recepticia.

Otro problema surge con las ofertas que se califican como irrevocables dado que son susceptibles de ser retiradas pero tienen límites en relación a la revocación. En nuestro ordenamiento ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio hay concreción alguna en torno a la revocación de la oferta. En el ámbito internacional sí existen referencias, concretamente en el artículo 16 Convención de Viena, que regula esta figura contractual. A la hora de determinar si una oferta tiene carácter irrevocable o no existen diferentes posturas tanto en derecho español como en otros ordenamientos jurídicos.
En cuanto a la caducidad**,** estamos haciendo referencia al plazo. Una vez que ha sido emitida una oferta existe un periodo de tiempo con el que cuenta el destinatario para poder contestar a la misma. Si en dicho periodo no se perfecciona el contrato, se entenderá que el tiempo ha trascurrido y por tanto no se podrá concluir. Sin embargo, a la hora de establecer la duración de ese plazo, por lo general, no se concreta el número de días de los que dispone el destinatario para poder contestar a la oferta. En todo caso, si expresamente el oferente no ha fijado un periodo de tiempo determinado, o no ha sido fijado el plazo por las leyes, se atenderá a un periodo de tiempo razonable conforme lo que indiquen los usos o costumbres en relación con la materia que sea objeto del contrato.

El mayor dilema que se plantea acerca del plazo son los supuestos, ya mencionados, de ofertas irrevocables. El problema surge en el momento en que el oferente ha marcado un periodo de tiempo para que la misma sea aceptada. En España, la oferta ha sido considerada como una voluntad revocable y ello genera discrepancias. Saber cuál es el plazo de tiempo

durante el que estará vigente la oferta es trascendente en relación con la perfección del contrato ya que si recae aceptación sobre la oferta, y esta se encuentra en plazo, el contrato se concluirá. Sin embargo, si el plazo de vigencia de la oferta ya hubiese expirado, en el momento en que tiene lugar la aceptación, el contrato no llegará a perfeccionarse.

Una situación que también genera incertidumbre al hablar de caducidad son aquellos casos en que habiéndose llevado a cabo una oferta una parte deviene incapaz o fallece. En los ordenamientos de los diferentes países se recogen distintos tratamientos tanto a favor de la caducidad de la oferta como en contra de la misma. En nuestro ordenamiento el problema no está resuelto y el derecho internacional no dice nada al respecto pues, como señala el artículo 7.2 de la Convención de Viena, en relación con los supuestos que la propia Convención no contempla, habrá de atenerse a lo dispuesto por el ordenamiento interno del país donde nos encontremos. Lo más importante a la hora de abordar el tema es comprobar la sustantividad de la oferta, es decir, hasta qué punto la voluntad del oferente es autónoma del mismo. De dicha autonomía dependerá si los contratos en los que fallece el oferente son válidos, o si por el contrario se necesita que las nuevas partes realicen un nuevo contrato para poder quedar ligadas entre sí.

Clarificar los problemas que emergen en relación a estas cuestiones posee gran importancia en atención a fijar el momento en que se perfecciona el contrato y a la determinación de la responsabilidad de las partes (activa y pasiva).

Un contrato puede llevarse a cabo de manera instantánea, a distancia, de forma oral, escrita, o a través de medios electrónicos entre otros. El contrato puede perfeccionarse entre personas que se encuentran en el mismo lugar, es decir, entre presentes, o bien entre personas que se encuentran en un lugar diferente (contratación a distancia). La publicidad opera en ambos tipos contractuales. La publicidad puede emitirse de diversas formas y a través de distintos medios, siendo muy habitual en el ámbito del comercio electrónico.

En este campo, pese a que el tratamiento de las declaraciones publicitarias va a ser similar al dado a las comunicaciones llevadas a cabo por los medios tradicionales, concurre la particularidad de que a través de los medios electrónicos no solamente se puede emitir la publicidad, también es posible perfeccionar el contrato en las páginas web. Por ello, en este ámbito es más difusa la separación entre oferta en sentido estricto y publicidad comercial. No obstante, frente a las innumerables facilidades y comodidades que supone la utilización de los mecanismos electrónicos, existe el problema de que se produzca una mayor vulnerabilidad de los individuos. Están expuestos a una gran cantidad de información que puede dificultarles, más que facilitarles, la toma de decisión con pleno conocimiento de causa.

Como hemos podido ver, el análisis que se lleva a cabo acerca de la publicidad puede hacerse desde diferentes perspectivas jurídicas. La misma sirve como mecanismo para la contratación entre dos personas o bien es un mero elemento informador. La publicidad es empleada como un instrumento de competencia entre las empresas, por ello se elaboró la Ley de competencia desleal. También es necesaria la protección de los consumidores por la información incierta que les puede ser suministrada por esta vía. Además, contamos con la regulación contenida en la Ley General de Publicidad. Los consumidores consiguen protección no sólo por la legislación tendente a paliar las conductas engañosas, también por el propio Texto Refundido redactado a fin de proteger los intereses de los consumidores y usuarios, al contratar con los empresarios, como parte débil de dichos contratos.

Objetivos

El ordenamiento jurídico español es parco en cuanto a la formación del contrato se refiere. Ni nuestro Código civil, ni nuestro Código de comercio recogen definición alguna de qué ha de entenderse por oferta o qué consideramos como aceptación. Se hace una mención expresa a la oferta y la aceptación, aunque sin definirlas ni matizarlas, tanto en el artículo 1262 de nuestro Código Civil, cuando en él se señala que el consentimiento se manifiesta cuando concurren la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa, como en el artículo 54 de nuestro Código de Comercio, el cual establece que cuando las partes contratantes se encuentran en lugares distintos, hay consentimiento desde que el oferente es conocedor de la aceptación o

desde que, habiéndosela remitido al aceptante, este no pueda ignorarla sin que ello suponga ir en contra el principio de buena fe. Los requisitos para concluir un contrato siguen siendo los mismos que recoge el artículo del Código Civil pero continúa sin desarrollarse, de forma adecuada, qué debe entenderse como oferta o qué ha de contener.

Pero no solo se hacen presentes ambas figuras en los dos textos citados anteriormente. La regulación del contrato y su formación la encontramos, a su vez, en la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley de Comercio Electrónico, así como una serie de preceptos recogidos en diversas leyes especiales que mencionan elementos de la formación del contrato, como la oferta. Este último es el caso de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios o la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, entre otras.

Nuestro ordenamiento jurídico solamente recoge los requisitos generales para que haya contratación, como hace el Código Civil, cuando en su artículo 1.254 señala que la existencia de un contrato tiene lugar en el momento en que dos personas consienten en obligarse bien a dar una cosa o bien en prestar un servicio, o el artículo 1.258 al señalar que la perfección de los contratos se produce al concurrir los consentimientos de las partes, obligando desde ese momento al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Es a nivel internacional donde sí que va a existir mayor precisión en la determinación de requisitos que ha de contener la oferta. Concretamente, en el artículo 14 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Nuestras normas carecen de una regulación de la formación del contrato que tenga en cuenta los nuevos problemas que surgen en la sociedad actual y las nuevas formas de contratación. Sobre todo a partir del presente siglo, la evolución de las relaciones experimentada en las sociedades modernas, el incremento de las transacciones y de su complejidad, las relaciones entre personas pertenecientes a distintos países y los avances tecnológicos en el ámbito de estas relaciones; plantean nuevos problemas en la contratación. Por ello, ante la falta de regulación podemos acudir a normas o textos internacionales que sirvan de derecho supletorio para esclarecer las posibles lagunas contractuales.

En primer lugar tenemos la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, ratificada por España en el año 1991, y que contiene una serie de artículos dedicados exclusivamente a la formación del contrato. Esta norma inspiró la elaboración de dos textos internacionales: los Principios Unidroit y los Principios de derecho contractual europeo que también contienen regulación relativa a la formación del contrato. En segundo lugar, mencionar la regulación que sobre la materia obra en el Marco común de referencia y en la Propuesta de Reglamento de compraventa europeo elaborada en el año 2011. En tercer y último lugar es de interés, en el seno de nuestro derecho, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Dicha Propuesta está inspirada en la regulación europea, y pretende llevar a cabo una nueva ordenación de la materia contractual en la que estén presentes todas las cuestiones relativas a la formación del contrato.

Tras la identificación y el análisis del contenido de las dos declaraciones esenciales (oferta y aceptación) que pueden perfeccionar el contrato, es posible llevar a cabo una distinción del resto de figuras que, aunque pueden incidir en la formación de un contrato, pertenecen al ámbito precontractual. Hay que tener presente que aunque las declaraciones precontractuales, como la publicidad, sean susceptibles de integración en el contrato no concluyen el mismo.

Interés científico de la materia

La finalidad del estudio es tratar de establecer la naturaleza jurídica de la publicidad, es decir, determinar cuándo se considera que las declaraciones son una oferta en sentido estricto o se entiende que dichas declaraciones son meras invitaciones a negociar. Calificar las diferentes figuras que pueden estar presentes en la formación del contrato tiene gran trascendencia, de ello y del alcance de las mismas se derivarán efectos jurídicos diferentes. A la publicidad pueden seguir importantes consecuencias, no solo para la propia formación del contrato, también respecto de aspectos trascendentes en la relación inter partes.

A su vez, el trabajo pretende llevar a cabo un análisis de diversas cuestiones que se plantean

en torno a la figura de la publicidad, como es el caso de las consecuencias que se derivan de modificaciones que se realicen en su contenido o bien, de la incidencia de los errores tipográficos que pueda contener. También, la responsabilidad que genera para el emisor de las declaraciones públicas el incumplimiento del contenido de las mismas y en qué medida el destinatario puede reclamarlas, y en su caso, de qué acciones dispondrá este último para hacer efectiva su reclamación. Además, es necesario tener presente que la emisión de la publicidad puede ser realizada por el propio vendedor del producto o servicio o bien por un tercero, como el fabricante del mismo. En este último caso es preciso determinar en qué medida el vendedor está vinculado por las declaraciones del fabricante y cómo influye, en el destinatario, el hecho de que la elaboración de las declaraciones públicas sea realizada por una u otra persona.

La cuestión de la publicidad en relación a su influencia en la formación del contrato no se encuentra bien delimitada. La mayor parte de la doctrina estudia las declaraciones publicitarias como susceptibles de generar una publicidad engañosa que lesione la confianza del consumidor. Se centran en los aspectos negativos de la publicidad. Tratan de paliar la publicidad ilícita y la competencia desleal, acudiendo para ello a las medidas represoras adoptadas en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia desleal. Pretendemos, principalmente, una visión de las declaraciones publicitarias, desde el ámbito contractual, teniendo a la publicidad como elemento informador que influye en la decisión final de su destinatario (a perfeccionar o no el contrato).

Por todo ello, entendemos que el mensaje publicitario no es un elemento ajeno al contrato sino que posee una estrecha relación con el mismo. Hay una creciente normativa en defensa del consumidor que impone incrementar los deberes de información en la fase precontractual. Interesa discernir cuando la publicidad, ante el componente informativo que se le impone incorporar, mantiene el carácter precontractual o se transforma en auténtica oferta. Si es así, estaríamos ante una desvirtuarían progresiva de su propia naturaleza y alcance.

Metodología y Bibliografía

La metodología que pretendo seguir para la elaboración de una investigación con este alcance es partir de la legislación existente, en nuestro ordenamiento jurídico, relacionada con la regulación de la formación del contrato y de la oferta contractual, para poder establecer las similitudes y diferencias que se dan con la publicidad. Se pretende hacer también un análisis comparativo de nuestro ordenamiento, en determinados aspectos, con la regulación de las normas y textos internacionales. Ello, al objeto de determinar su suficiencia para paliar las lagunas que puedan acaecer en el ámbito contractual en nuestro derecho.

También se llevará a cabo un análisis de las normas reguladoras de los contratos con consumidores y usuarios, donde aparece recogida la publicidad, y de los artículos de leyes especiales que recogen en su articulado referencias a la publicidad o las declaraciones públicas. Además, se procederá a analizar la jurisprudencia existente en relación con los distintos apartados objeto de tratamiento en la tesis a fin de reflejar, en esta materia, la postura adoptada por los Tribunales. Junto a ello, también se prevé incluir referencias, en aspectos puntuales de la materia objeto de estudio, a otros ordenamientos jurídicos. Esto último con la finalidad de reflejar aquellos donde hay una regulación similar a la nuestra o, por el contrario, si poseen una visión distinta más o menos acertada.
Por último, se hace imprescindible un análisis de la materia por la doctrina. Entre la bibliografía que pretendemos estudiar podemos resaltar a autores como:

M. Alonso Pérez, *La Responsabilidad Precontractual,* Revista crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 485, Julio-Agosto 1971./ C .I. Asúa González, *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989./ E. Gómez Calle, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994./ L. Díez Picazo, *La formación del contrato*, Anuario de Derecho Civil, 1995./ M.P. Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. / L. Díez Picazo, *La compraventa internacional de* 11
mercaderías (Comentario de la Convención de Viena), Civitas, Navarra, 1997./ E. M. Martínez Gallego, *La formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*, Marcial Pons, Madrid,

2000. /C. Cuadrado Pérez, *Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003. /P. Barres Benlloch et alii, *Principios de Derecho Contractual Europeo Partes I y II, (Los trabajos de la "Comisión de Derecho Contractual europeo")*, Ole Lando y Hugh Beale, Colegio Notarial de España, Madrid, 2003./A. González Gozalo, *La formación del Contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004./ I. de Cuevillas Matozzi, *La oferta contractual en el comercio internacional*, Tirant lo Blach, Valencia, 2005. /L. Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Vol I*, Aranzadi, 2007./ I. J. Marco Molina, *Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección del contrato: la aproximación entre el civil y el common law en las "nuevas leyes" o codificación del contrato,* Revista Derecho Privado, mayo-junio 2008./ A. Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010. A.M. /I. de la Maza Gazmuri, *Los límites del deber precontractual de información,* Aranzadi, Navarra, 2010./ M. Paz García Rubio, *Revista para el análisis del derecho*, nº 2, 2010/ J. Tarabal Bosh, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, CCJC 87, Comentario a la Sentencia de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8016)./ R. Valpuesta Fernández en A. Cañizares Laso et alii, *Código Civil Comentado Volumen III*, Aranzadi, Navarra, 2011./ E. Bosch Capdevilla (director), *Nuevas Perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch S. A, Barcelona, 2012./ A. I. Mendoza Losana, *Información precontractual en la Directiva 2011/83: Novedades, Exigencias y Carencias*, Revista CESCO de derecho de consumo, Nº 1/2012.