

REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 13, Época II, Julio 2018 - Diciembre 2018

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

**Profesor de Derecho penal de la Universidad San Pablo CEU Madrid
Abogado**

SUBDIRECCIÓN TÉCNICA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMAEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal
Profesor de Derecho penal de la
Universidad San Pablo CEU Madrid
Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho Internacional
Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado Expresidente del Tribunal
Superior de Justicia del País Vasco**

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y
Magistrada Suplente de la Audiencia
Provincial de A Coruña**

Universidad de Santiago de Compostela

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-
EZNARRAGA

**Abogado y Expresidente de la Asociación
de Abogados de Derecho de Familia**

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)**

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Magistrada-Juez del Registro Civil de
Bilbao**

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, *Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.*

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

ARNEL MEDINA CUENCA

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático de Derecho Civil. Experto en
Bioética, Derecho y Medicina

Universidade de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y
Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidade Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho Constitucional

Universidade de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO

Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidade de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de
Derecho de la Universidade de Lisboa.
Miembro de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales Judiciales del
Consejo Superior de la Judicatura.

Universidade de Lisboa

RAÚL CERVINI
Catedrático de Derecho Penal y
Encargado de Posgrados e
Investigaciones Internacionales
Universidade Católica del Uruguay

Profesor Titular de Derecho penal de la
Facultad de Derecho de la Universidade de
La Habana. Expresidente de la Unión
Nacional de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidade de
Valencia (España). Miembro de número
de la Sociedade Cubana de Ciencias
Penales.

Universidade de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedade cubana de
Ciencias penales de la Unión Nacional de
juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y Decana de
Postgrados, investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidade de La
Habana

Universidade de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de
Derecho Notarial. Notario.

Universidade de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

Decano Académico de la Facultad de
Ciencias Jurídicas de la Universidade
Javeriana de Bogotá.

Universidade Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y Sanche.
Notaria Pública. Catedrática de Derecho
Civil

Universidade de Costa Rica y Universidade
Latina

AGUSTÍN LUNA SERRANO

**Catedrático Derecho Civil y Doctor
Honoris Causa de la Universidad de La
Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa
por la Universidad de Almería.**

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

**Catedrático de Historia. Director de la
Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.**

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

**Presidente Honorario y Fundador de la
Asociación de Abogados de Familia y
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid**

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

**Ex Decano-Presidente del Colegio de
Registradores de la propiedad de España**

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

**Profesora de Derecho Civil y Responsable
Coordinadora de la Catedra de Derecho
Registral de la Universidad de Granada.
Ex miembro de la Comisión Nacional en
Prevención de Riesgos Laborales creada
por la Secretaria General de
Universidades del Ministerio de
Educación.**

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

**Doctor en Derecho y Catedrático Derecho
Economico. Director del Instituto de
Estudios Cooperativos de la Facultad de
Derecho. Vocal del Consejo Superior de
Cooperativas de Euskadi.**

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

**Doctora en Derecho y Catedrática
Derecho Mercantil. Consejera
académica en Baker & McKenzie. Es
delegada de España ante la Comisión
de las Naciones Unidas para el
Derecho Mercantil Internacional
(Cnudmi-Uncitral) y observadora en
el Grupo de Trabajo para la
preparación de la nueva edición de los
Principios de Unidroit.**

Universidad Carlos III de Madrid

INÍGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico por la
Facultad homónima de la Pontificia
Universidad Católica Argentina. Abogada
por la Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal
Superior de Justicia del País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de
Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora Social
en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la
Administración de Justicia Junta de
Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de
Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001-2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada

Dedicado este número especial al Doctor don Lorenzo Morillas Cueva, presidente del comité científico internacional de esta revista y maestro de insignes penalistas, en su condición de Catedrático de Derecho Penal. Por su jubilación académica, que no investigadora, tan incansable como brillante y de la que esperamos todavía que durante muchos años sea un referente científico de primer nivel.

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

RETOS DE NUESTRO TIEMPO: LA CRIÓNICA EN SERES HUMANOS. EL DEBATE DE LA PERSONA ELECTRÓNICA Y LA REVOLUCIÓN ROBÓTICA.....19 – 25 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. EL BLANQUEO DEL TRIBUTO IMPAGADO.....26 – 38 págs.

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho penal

2. RIESGO, PROCEDIMIENTOS ACTUARIALES BASADOS EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....39 – 55 págs.

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/EHU

3. PRIMERAS REFLEXIONES A VUELAPLUMA ACERCA DEL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DEL ARTÍCULO 382BIS CP. EL NUEVO DELITO “DE FUGA”.....56 – 70 págs.

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

4. LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA PARA VALORAR LA EFICACIA RESOCIALIZADORA DE LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.....71 – 77 págs.

MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Jaén

5. VALORACIÓN DEL GRADO DE IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD 78 – 92 págs.

DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia

6. DERECHO DE FAMILIA Y REDES SOCIALES.....93 – 105 págs.

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

7. LENGUAJE Y DERECHO. NOTA SOBRE EL USO DEL IDIOMA POR LOS PENALISTAS.....106 – 121 págs.

JESÚS BARQUÍN SANZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

8. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE).....122 – 138 págs.

FÁTIMA PÉREZ FERRER
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Almería

9. PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA Y DEL AUTOR EN EL DERECHO PENAL ACTUAL: IMPLICACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS 139 – 157 págs.

M^a ISABEL GONZÁLEZ-TAPIA
Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho y CCEE
Universidad de Córdoba

10. REFLEXIONES SOBRE LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LA REFORMA PENAL DE LA IMPRUDENCIA EN SUPUESTOS DE CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR.....158 – 175 págs.

EVA M^a DOMÍNGUEZ IZQUIERDO
Profesora de Derecho penal
Universidad de Jaén

11. REFLEXIONES ACERCA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA PATRIA POTESTAD: POSIBILIDAD DE INSTAURAR UN RÉGIMEN DE VISITAS 176 – 185 págs.

CRISTINA CALLEJÓN HERNÁNDEZ
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Jaén

12. O CRIME DE USO DE INFORMAÇÃO FALSA OU ENGANOSA NA CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTO.....186 – 197 págs.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Mestre e Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

13. ALGUNAS NOTAS DE INTERÉS EN TORNO AL FRAUDE DE INVERSORES EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (ART. 264 A STGB).....198 – 206 págs.

IGNACIO LLEDÓ BENITO
Doctor Internacional
Profesor de Derecho Penal
Universidad San Pablo CEU de Madrid

14. LA LEGALIZACIÓN DE LAS APUESTAS DEPORTIVAS EN ESTADOS UNIDOS. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO MURPHY V. NCAA, DE 14 DE MAYO DE 2018.....207 – 218 págs.

RAMÓN TEROL GÓMEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

15. PARTICIÓN, ADJUDICACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.....219 – 237 págs.

CRISTINA CAROLINA PASCUAL BROTONS
Magistrada
Doctora en Derecho

- 16. CAPACIDAD JURÍDICA: EL HISTÓRICO PROBLEMA DE UNA CATEGORÍA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO. A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384 EN EL LIBRO DE DERECHO DE LAS PERSONAS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....238 – 264 págs.**

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES

Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MARÍA-PÍA GUADALUPE DÍAZ DÍAZ

Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo

Miembro de la Associazione di Diritto Pubblico Comparato e Europeo (Italia)

- 17. LA CESTA DE NAVIDAD COMO REGALO DE EMPRESA: ¿MERA LIBERALIDAD, DERECHO ADQUIRIDO O CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?.....265 – 268 págs.**

FLOR DE LIS LARA LÓPEZ

Juez sustituto

Profesora asistente

Universidad Complutense de Madrid

- 18. DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY CONCURSAL, ¿UN GOL POR TODA LA ESCUADRA?.....269 – 271 págs.**

AITOR DOMÍNGUEZ URANGA

Graduado en Derecho por la Universidad de Deusto

Estudiante en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo por la Universidad de Deusto

- 19. REVALORIZACIÓN DE LOS SALARIOS MÍNIMOS EN MÉXICO Y SU IMPACTE FINANCIERO EN LAS ORGANIZACIONES Y PRIMORDIALMENTE A LAS PYMES 272 – 286 págs.**

DR. RAFAEL CASAS CÁRDENAZ

Instituto Tecnológico de Lázaro Cárdenas

Lázaro Cárdenas, Michoacán México

PHD. JOSÉ VARGAS-HERNÁNDEZ

Universidad de Guadalajara, CUCEA

REBECA ALMANZA JIMÉNEZ

Instituto tecnológico de Lázaro Cárdenas

Lázaro Cárdenas, Michoacán México

**20. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA EN CUBA.
APUNTES PARA UNA REFORMA.....287 – 317 págs.**

AMED RAMÍREZ SÁNCHEZ

Profesor Asistente de Derecho Administrativo

Universidad de la Habana, Cuba

ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ

Profesor Auxiliar

Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma

**21. DERECHOS FORALES Y GOBERNANZA ECONÓMICA MULTINIVEL
.....318 – 328 págs.**

PROFESOR DOCTOR JOSÉ CARLOS CANO MONTEJANO

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho en la UCM

**22. EL MÉTODO DE ESTIMACIÓN OBJETIVA EN EL SECTOR AGRARIO:
FUNDAMENTACIÓN Y NECESIDAD DE REVISIÓN.....329 – 347 págs.**

ANA ISABEL BATANERO HERNÁN

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

**23. HOY TOCA HABLAR DE TRASVASES DE AGUAS ENTRE CUENCAS
HIDROLÓGICAS.....348 – 362 págs.**

LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

Dr. en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada

Máster Universitario en Seguridad

Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico

**24. ACCESO A COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y TRATAMIENTO DE DATOS
PERSONALES: NUEVO CRITERIO. COMENTARIO A LA STJUE (GRAN SALA) C-
207/16, DE 2 DE OCTUBRE DE 2018, SOBRE ACCESO DE LAS AUTORIDADES
NACIONALES A LOS DATOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE UN DELITO Y
UMBRAL DE GRAVEDAD DEL DELITO QUE PUEDE JUSTIFICAR EL ACCESO A
LOS DATOS.....363 – 367 págs.**

LAURA CABALLERO TRENADO

Doctora en Ciencias de la Comunicación

Graduada en Derecho

Profesora de la UNIR

III. RECENSIONES

1. **ASPECTOS JURÍDICO-CIENTÍFICOS DE LA CRIÓNICA EN SERES HUMANOS. El derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce...)**.....368 – 371 págs.

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil.

Director Departamento de Derecho privado

Facultad de Derecho

Universidad de Deusto

2. **EL PATRIMONIO RESERVABLE**.....372 – 373 págs.

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Doctoranda del Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada y

Miembro de Investigación de la Cátedra «Control del Fraude Fiscal y Prevención del Blanqueo de Capitales» Broseta-UGR

3. **ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA**.....374 – 376 págs.

BORJA SIMÓN DE LAS HERAS

Abogado en IURE LICET

RETOS DE NUESTRO TIEMPO: LA CRIÓNICA EN SERES HUMANOS. EL DEBATE DE LA PERSONA ELECTRÓNICA Y LA REVOLUCIÓN ROBÓTICA

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Han concluido con razón CORDEIRO Y WOOD que Los cambios tecnológicos avanzan exponencialmente. Durante la próxima década no vamos a ver cambios equivalentes a los de la última década. Varios especialistas están convencidos de que vamos a ver cambios enormes, quizás equivalentes a todo lo que vimos en medicina y biología durante el milenio pasado. Las tecnologías digitales avanzan a un ritmo exponencial, así que el mundo lineal del pasado no sirve mucho de referencia frente a la aceleración de los avances tecnológicos”. De acuerdo con estos mismos autores: “el envejecimiento es un rompecabezas a resolver. Este proceso es tradicionalmente estudiado en un par de modelos biológicos como en las moscas de la fruta, gusanos y ratones. Lo que todas estas especies tienen en común es su rápido envejecimiento. Esto es excelente para el presupuesto del laboratorio. Es una gran estrategia a corto plazo. ¿Quién tiene tiempo de estudiar especies que viven décadas? Pero las diferencias en la esperanza de vida entre las especies son magnitudes de un orden mayor a la de cualquier variación lograda en el laboratorio¹.

En línea con lo que exponemos se reflexiona en torno a la posibilidad de “generar células, tejidos, órganos de laboratorio” con el objetivo de alargar la vida; y se concluye con una frase lapidaria: “Podemos evitar a Darwin, cambiar la evolución en la especie humana”. El cuerpo humano trata de frenar el envejecimiento con el estudio de una enzima llamada telomerasa. Así, se habla de células regeneradas, ingeniería de tejidos “nanorobots en el interior del cuerpo”. Frenar el envejecimiento, hoy es una “utopía científica”².

Es un tema apasionante, y quizá es la antesala a la criopreservación, conseguir a través de la manipulación del genoma la “regeneración celular”, o en términos más descriptivos “retrasar el envejecimiento a través de esta intervención molecular”.

Antes hemos hablado de que no se trata sólo de una “disertación fantástica”. En el momento presente se están invirtiendo millones de dólares en estas investigaciones. Y ya existen empresas, como la estadounidense ALCOR, o la rusa CryoRus, que tienen “pacientes crioconservados” que han desembolsado importantes cantidades para financiar no sólo el proceso de criogenización, sino también su mantenimiento y la “recuperación vital”. En esta línea de reflexión, el número 9 de nuestra Revista, tuvimos ocasión de exponer unos comentarios descriptivos del tema de la criogenización y ahora, retomando al hilo conductor, con otras reflexiones sugerentes a un tema que suscita una atención social muy notable.

La expectación surgida en torno a la “criónica” ha desencadenado movimiento conocido como “transhumanistas”, que ven la humanidad como una fase de transición en el

¹ Vrg. CORDEIRO J.L.-WOOD. D La muerte de la muerte. La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral. Ed. Deusto 2018.

² Vrg. ABRIL. G. “Científicos en busca de la longevidad. El País, Domingo 17 sept. 2017).

desarrollo evolutivo de la inteligencia, y defienden el uso de la ciencia para acelerar el paso a una condición transhumana o posthumana.

Retomando el tema de la criogénica se habla de casos célebres de “criogenización” y entre los más conocidos se habla del productor director cinematográfico Walt Disney; si bien el primero fue el psicólogo James Bedford. Hoy en día no deja de ser una quimera, se habla de factibilidad a partir de 2080. Es un proceso incierto, lleno de interrogantes, de dudas y falta de evidencias científicas. Y, como explica el científico y cirujano Javier Cabo, hoy en día no es más que un “rito funerario” más unido al de enterramiento y/o cremación –o al embalsamamiento egipcio³–.

Y si bien debemos compartir estas reflexiones al hilo de los avances científicos actuales, lo que también es cierto es que resulta hoy más evidenciable avanzar y conquistar retos en el estudio de la “regeneración celular” o antienvjecimiento.

En opinión del investigador ISPIZUA BELMONTE “sabemos que ciertas marcas epigenéticas aumentan con la edad, otras disminuyen y otras cambian de lugar en el genoma o se modifican. Aunque conocemos muchos de estos cambios, en estos momentos desconocemos cuáles son causa o consecuencia del envejecimiento. Lo que sí sabemos es que la reprogramación celular es un proceso que actúa a través de cambios epigenéticos y que rejuvenece las células. Sabemos que los animales y células en nuestro estudio rejuvenecen por cambios epigenéticos, pero desconocemos exactamente cuáles son las marcas y los cambios que son responsables de este proceso”⁴.

Así las cosas, volviendo al tema de la criopreservación, los más escépticos critican la utópica esperanza pues lo trascendental no es solo ser capaces de llegar a colmar con éxito la técnica de la “descongelación”, sin intoxicación de células, sino conocer la causa de la muerte y ser capaces de operar científicamente frente a esa evidencia. En nuestra opinión, es más que utópico, imposible, no olvidemos que es un cuerpo fallecido, hay muerte biológica, quizá no celular al cien por cien.

Habría que garantizar no sólo la “descongelación” sino hacer que las células vuelvan a funcionar y regresen a la vida⁵.

Según CORDEIRO y WOOD: “Cuando comenzó la secuencia del genoma humano en 1990, los críticos señalaron que, dada la velocidad con la que el genoma podría ser secuenciado, terminar el proyecto llevaría miles de años. Sin embargo, el proyecto, que se calculaba terminaría en quince años, se completó un poco antes de lo previsto con la publicación de un primer borrador en 2003. La razón es muy sencilla. En 1997 solo se había secuenciado el 1 % del total, pero los resultados se duplicaban cada año, lo que implicaba que en 7 años más, es decir, con 7 duplicaciones más, se alcanzaría la secuencia del 100 % del genoma, como efectivamente ocurrió. La secuencia del genoma humano es un impresionante ejemplo de tecnología exponencial, tanto en tiempo como en coste”⁶.

Nunca el Derecho ha necesitado tanto y con tanta utilidad el recurso a otras ciencias como la Medicina, la Biología, las especialidades como la Nanotecnología, la reprogramación celular, la Epigenética, etc.

La era de la implementación cada vez más activa de la (IA) inteligencia artificial en nuestras vidas, supone que tenemos que llegar a comprender los nuevos retos sociales y/o éticos que comporta la posibilidad de la existencia por un lado de seres cada vez “biológicamente” con más edad, pero genéticamente jóvenes (clonación, reprogramación

³ PANIAGUA, E. Op. cit.

⁴ Vrg. Sobre todo GARCIA ABADILLO R. “Logran revertir el envejecimiento en <http://revistageneticamedica.com> 2016).

⁵ BENITO, M. Op. cit.

⁶ (Op.cit. “La muerte de la muerte”, especialmente pg. 139).

celular, ...) y otros que retando a la muerte quieren volver a la vida, “resucitar” en un futuro (tampoco debe ser incierto y prolongado en el tiempo, por el altísimo coste de su mantenimiento) acudiendo a las técnicas de la criopreservación. Es un auténtico “brindis al sol”. Nadie puede asegurar semejante logro científico. De hecho, todavía no ha funcionado y como decimos, el coste económico es tan cuantioso, que sólo unos pocos (como siempre se generará una nueva casta social de privilegiados de la vida criótica) podrán desembolsar tanto dinero, supeditados al cumplimiento de una condición suspensiva (vencer la muerte, matar a DARWIN, palabras de Aubrey De Grey): “resucitar a la vida”. Naturalmente, con otro entramado de relaciones y situaciones jurídicas que abordamos.

Como con razón nos explica la autora GARCÍA ALLER, MARTA (El fin del mundo tal como lo conocemos. Edit. Planeta 2018), la inteligencia artificial va a actuar de manera similar a como las máquinas de vapor y las fábricas inauguraron la revolución industrial cambiando cada aspecto de la vida cotidiana. En fin, como explica “todo lo que pueda hacer un algoritmo lo terminará haciendo...”

Curioso el planteamiento, nos podemos encontrar que en su proceso de “descongelación criónica” el sujeto “renacido...” tendría que convivir con seres biónicos y/o robóticos. Encontrarse con un mundo (como explicábamos antes) en donde la inteligencia artificial ha absorbido las relaciones sociales laborales. Es decir, el ser humano liberado de la actividad productiva (para eso están los robots...). En este punto, coincido con GARCÍA ALLER, MARTA, que en ese futuro tan “entusiasta...” “vivamos un shock brutal porque durante décadas la sociedad no sabría qué hacer con toda la gente que va a perder su empleo ...”.

En cuanto a la revolución robótica y la “persona electrónica” Deberíamos centrar el asunto en la Resolución del Parlamento europeo 2015/2013 INL punto f) de su recomendación, que indica la posibilidad de “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots; de forma que como mínimo los robots autónomos complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reponer los daños que puedan causar...”.

Traemos a colación este tema, porque participa de una evidente causalidad y coincidencia, con la materia a la que hemos aludido previamente. Es decir, en nuestro caso “alguien muerto” recupera su capacidad vital y revierte ex novo a la vida con “voluntad y conocimiento”. Se duda, sobre su nueva personalidad jurídica, descartamos la que tuvo y le reconocemos una nueva, pues “nueva” es la identidad personal. Y qué decir del ser “binario” recompuesto, más robot que persona. El impacto de la revolución aplicada de la Inteligencia artificial es todo un hecho que va a cambiar el mundo de las relaciones laborales, el ocio, las profesiones, en general las relaciones humanas y profesionales.

Como se ha concluido, la Robótica y/o la inteligencia artificial será capaz de procesar enormes cantidades de información, el llamado Big data. Porque se ha dicho con razón que el mundo va a cambiar enormemente. En poco tiempo la irrupción de los robots en la vida social, dejará de ser un hecho anecdótico, y se convertirá en una circunstancia de interés cotidiano. El desarrollo de la inteligencia artificial, y el proceso de composición de datos, cada vez es mayor, y de impacto más sofisticado. Estamos inmersos en el efecto y repercusión del llamado “big data”, en el desarrollo vital, familiar, profesional, personal (en todos los ámbitos) en el ocio, en la manera de vivir, cada vez más pendiente de la información algorítmica, que del conocimiento enciclopédico, que cada vez es más obsoleta.

En la pedagogía moderna se hablaba del axioma (ininteligible para los formados en el estudio de los clásicos y autores del ilusionismo ilustrado...) “aprender para desaprender”. Nunca un concepto tan criticable, encontró un sentido y acomodo tan útil y realista, como trasladar ese “referente pedagógico”, a la era de los big data....(el azar, el destino, la casualidad ha resultado ser, en este caso un conveniente aliado “algorítmico”).

Así se concluye que los expertos sitúan la explosión de los Robots en la industria, en la vida cotidiana y los servicios entre 2018-2023. Es un mercado que crece “exponencialmente” y sino que se lo digan a los norteamericanos o a los chinos, embelesados, en el momento presente en peleas arancelarias “pecata minuta” con el mercado robótico que cambiará por siempre la vida del ser humano. Ya no será tan importante el código genético, como el código binario, y todo ello en un floreciente mercado robótico de inmensas aplicaciones económicas.

Realmente en este mundo imaginado de algoritmos controladores de nuestra identidad y personalidad, big data, (información infinita), análisis genómico predictivos e infalible, clonación celular, el ser humano se encontrará imbuido en una nueva reorganización social. Y volviendo a la revolución de la “robótica en el mundo laboral” explica la autora (M^a José GARCÍA ALLER), que “no tendrá sentido vincular la formación a la juventud, como si lo aprendido entonces pudiera prepararnos para el resto de la vida”. En un mundo del fin de las cosas, y donde todo muta y se actualiza constantemente, estamos destinados a convertirnos en “novatos constantes”. Estudiar ya no será una fase sino un proceso vital.

A este respecto, como bien se ha argumentado la implosión, la irrupción en la sociedad de los “robots”, no hay que verlo como una etapa “destructiva”, sino como un motivo de transformación y adaptación a la nueva realidad social a la que poco a poco tenemos que adaptarnos, como ocurrió con el éxodo rural a la ciudad, en la “revolución industrial”.

Se nos recuerda en la propuesta de resolución del Parlamento europeo 2014-2019 (Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre Robótica 2015/2013 INL-) que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que los robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticados parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial –que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad-, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación.

El robot inteligente, se nos presenta como un aliado instrumental, que suplirá funciones hasta ahora encomendadas al sujeto humano en la vida laboral, doméstica, en el ocio. Todo ello conllevará un profundo análisis de la responsabilidad, parece que objetiva, y que se imputará al titular y/o titulares, dueño, de la “máquina” inteligente

En esta línea de pensamiento, el documento del Parlamento supra citado, en su recomendación AD, y en el epígrafe de Responsabilidad, concluye que los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causan daños a terceros; que las normas vigentes en materia de responsabilidad contemplan los casos en los que es posible atribuir la acción u omisión del robot a un agente humano concreto –como el fabricante, el operador, el propietario o el usuario-, y en los que dicho agente podía haber previsto y evitado el comportamiento del robot que ocasionó los daños; que, además, los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios podrían ser considerados objetivamente responsables de los actos u omisiones de un robot.

Asimismo, en la recomendación AF concluye el documento que en el supuesto de que un robot pueda tomar decisiones autónomas, las normas tradicionales no bastarán para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirán determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado.

Del mismo modo, el propio documento informe del Parlamento (consideración AB) es consciente de las deficiencias del marco jurídico vigente en el ámbito de la responsabilidad contractual, ya que dice “que la existencia de máquinas concebidas para elegir a sus

contrapartes, negociar cláusulas contractuales, celebrar contratos y decidir sobre su aplicación hace inaplicables las normas tradicionales, lo que pone de relieve la necesidad de adoptar nuevas normas eficientes y actualizadas, acordes con los avances tecnológicos y las innovaciones recientemente aparecidas y utilizadas en el mercado.

Y en la consideración (AI) reitera que el marco jurídico vigente no bastaría para cubrir los daños causados por la nueva generación de robots, en la medida en que se les puede dotar de capacidades de adaptación y aprendizaje que entrañan cierto grado de imprevisibilidad en su comportamiento, ya que un robot podría aprender de forma autónoma de sus experiencias concretas e interactuar con su entorno de un modo imprevisible y propio únicamente a ese robot.

Nos parece en este sentido muy acertadas las reflexiones de ERCILLA GARCÍA⁷ cuando concluye que en consecuencia, no hay un pronunciamiento expreso sobre la responsabilidad objetiva de los robots por los eventos consecuencia de la “culpa in singularitatem”, esto es, de la acción autónoma en sentido estricto, sino que en todo caso se deja su atribución para su futuro. Y ello por cuanto, aunque el avance tecnológico puede resultar acelerado, sin embargo, la meta de un ente dotado de autonomía, con Inteligencia Artificial general o Fuerte, aún está lejana. En todo caso hasta que se alcance y una vez alcanzada, hasta que se regule de manera específica la responsabilidad del robot, lo que precisa de un previo reconocimiento de personalidad jurídica (persona ciber-física, la responsabilidad por los supuestos de “culpa in singularitatem”, deberán de ser asumidos por “los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios” como fija la Recomendación AD, y en todo caso como prevé la Recomendación 56 al señalar que:

“(…) al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano, y no en un robot”.

En consecuencia, concluye que se debería optar, como se parece entrever de la Resolución (2015/2013 (INL), por una responsabilidad objetiva de los “los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios”, ante supuestos de caso fortuito como la “*la culpa in singularitatem*”. Así, el sistema de “rastreo en la fase de concepción del robot”, resulta por ende esencial a la hora de resolver las cuestiones que en torno a la responsabilidad civil pudieran darse en la interacción de los robots con los humanos⁸.

Y explica ERCILLA GARCÍA que en caso de producción de un evento dañoso a un tercero, la responsabilidad objetiva primera devendrá necesariamente en el dueño del robot. Sin embargo, una vez resuelto ese primer elemento, se hará precisa la necesidad de depuración de responsabilidades en función de las razones que operen tras el actuar dañoso. Para ello, son múltiples los elementos que pueden errar en la consecución de un daño y por ello, será a los que deban cargar con la previsibilidad de error, a quienes se deba exigir en última instancia la responsabilidad⁹.

En estos casos y ante estas lagunas (auténticos piélagos, como diría Dumoulin), la responsabilidad se imputaría al o los fabricantes, entendemos que el sistema pudiera ser similar a la responsabilidad solidaria en la Ley de ordenación de la edificación. Aunque como se explica desde la doctrina entendida por todos (LORIENTE), sería preciso determinar hasta donde llega la responsabilidad del fabricante, cuyo software y programación lo ha llevado a cabo un tercero. De hecho, resulta complicado, pues participamos de la opinión de la autora, cuando argumenta que aunque apliquemos la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los robots “inteligentes”

⁷ ERCILLA GARCÍA Normas de Derecho civil y Robótica, Thomson Reuters Aranzadi 2018, pg. 85.

⁸ (Op. Cit. Pg. 85).

⁹ (Op. Cit. 89 especialmente 86 y 87).

probablemente puedan ser personalizados por el usuario con funciones y aplicaciones que a priori no estaban incluidas en el software del robot¹⁰.

Breves notas a la persona electrónica. ¿personalidad jurídica?

Nos explica ERCILLA GARCÍA, que el propio Parlamento prevé en su Recomendación que “un Robot podría aprender de forma autónoma de sus experiencias concretas e interactuar con su entorno de un modo imprevisible y propio únicamente a ese Robot”. Resulta así conveniente la creación de dicha personalidad jurídica por razones de pura organización de entes no sometidos a la total voluntad humana, sino consecuencia del mundo que les rodea¹¹.

Ahora bien, creemos que si fuera así habría que delimitar a este peculiar “sujeto de derecho”, qué tipo de relaciones jurídicas activas y pasivas pudiera llevar a cabo... ¿Quién responde de sus decisiones? De ahí, el autor a quien seguimos en su razonamiento, explica la terminología de “ciberfísico...” la que más se aproxima como dice él, a la de Robot inteligencia y/o persona electro-física¹².

En esta creación *ex nova* de “derechos” consecuencia del reconocimiento de “personalidad jurídica”, se habla de Derecho a la “integridad”, que en su caso (si fuera física, sería la persona en todas sus situaciones jurídicas). Aquí sería el respeto a su *integridad material*. Si fuera así, cuáles son los límites de esa integridad. Es evidente, que habría que redefinir para este tipo de sujetos “ciber-físicos” un nuevo marco de derechos subjetivos; porque es evidente que la singularidad de estos Robots inteligentes, nada tiene que ver con las categorías jurídicas clásicas. Es absurdo la analogía con las relaciones jurídico familiares, con los alimentos, con el parentesco, con la nacionalidad, etc... Curiosamente, en este punto hace poco leíamos la noticia de un androide, SOPHIA, creado mediante inteligencia artificial, que conseguía un pasaporte, el saudí para ser exactos. El Reino de Arabia Saudita, aprovecho para mostrar al mundo su interés por la Robótica y las energías renovables, concediendo la ciudadanía a un ser artificial...

En esta inusual reflexión, (una más en estos fantasiosos -no fantásticos- razonamientos); sólo nos quedaría por ver que en el reconocimiento de los “derechos subjetivos” al sujeto ciber-físico pudiera ser adoptar, etc. Totalmente absurdo pero entiéndase por el lector inteligente de estas elucubraciones, que todo un Parlamento europeo (como explica ERCILLA GARCÍA) en su recomendación 3, Resolución 2015/2013 INL ¡Menos mal...! que palabras textuales “trataría de evitarse todo vínculo emocional de humanos con Robots, para eludir las graves consecuencias físicas y emocionales que ello podría causar a los seres humanos”. ¡Hombre, la lógica sería iniciar un procedimiento de incapacitación, por un distorsionado trastorno mental...!. Pero, seguro que de *lege ferenda* aún así surgirán voces “altisonantes”, postulando ataques a derechos fundamentales, como la igualdad, la discriminación, la dignidad. En fin, los derechos de la personalidad, y nos llevaron al absurdo de permitir este tipo de situaciones no ya rocambolescas, o de ciencia ficción, sino a un nuevo y desconcertante panorama de relaciones humanas expansivas¹³...

En fin, se nos hace difícil asimilar un Robot a una comunidad de bienes o a una herencia yacente. Es obvio, que correspondería al titular o dueño del Robot porque él

¹⁰ (Véase LORIENTE I. en <http://www.securityartwork.es/2018/11/28/> quien asume las responsabilidades ante errores cometidos por robots inteligentes).

¹¹ (Remitimos a su obra “Normas de Derecho Civil y Robótica Edit. Thomson Reuters Aranzadi

¹² (Op. Cit. Pg 45 y siguientes).

¹³ LLEDO YAGUE F/ Infantes Esteban, S, Aspectos jurídicos científicos de la críonica en seres humanos: el Derecho a vivir después de la muerte, Edit. Dykinson 2019 pgs. 120 y siguientes.

obtiene los beneficios y las ganancias...

En fin, continuando con este repaso analógico al derecho de obligaciones, (y en concreto en el ámbito de la responsabilidad), explica ERCILLA GARCÍA que la propia Resolución del Parlamento europeo en su recomendación 56, señala que una vez que las partes en las que incumba la responsabilidad última hayan sido identificadas, dicha responsabilidad debería ser proporcional al nivel real de instrucciones impartidas a los Robots y a su grado de autonomía, de forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía y cuanto más larga haya sido la “formación” del Robot, mayor debiera ser la responsabilidad de su formador¹⁴.

Se habla en la Recomendación 54 del Parlamento europeo de un sistema de responsabilidad objetiva. ¿pero sobre quién recae?. Como coparticipan los responsables en la formación del Robot de forma “mancomunada y/o solidaria, quizá aplicando la ley de los daños causados por los productos defectuosos, que se rige por las normas previstas en el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los consumidores y usuarios (que viene a complementar el régimen general de los arts 1902 y 1101rc) , la responsabilidad derivada sería la solidaria.

El perjudicado se puede dirigir (en el caso que nos ocupa, por *analogía legis*, también en el caso del “Robot inteligente -el subrayado es nuestro-) contra todos los responsables, que responderán solidariamente. Así se dice que si la Ley General de consumidores y usuarios protege a todo perjudicado frente a un producto defectuoso, centrando la responsabilidad en el fabricante real o productor y a las personas con responsabilidad equiparable.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa de los “Robots inteligentes”, la Recomendación 54 se refiere a la adopción de un sistema de responsabilidad objetiva, únicamente exige probar que se ha producido un daño y el establecimiento de un nexo casual entre el comportamiento perjudicial del Robot y los daños causados a la persona perjudicada. La complejidad en la determinación del “agente responsable”, así como la previsión de un régimen de seguros hablan en favor del régimen de responsabilidad objetiva.

¹⁴ (Video Op. Cit. Pg 37 especialmente).

EL BLANQUEO DEL TRIBUTO IMPAGADO

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal

Fecha de recepción: 25 de julio de 2018

Fecha de admisión: 4 de septiembre de 2018

RESUMEN: En los últimos tiempos se aprecia una “nueva tradición” acusadora, cual es la persecución del autoblanqueo como complemento de la específicamente dirigida a un delito principal, incluso cuando éste es un delito fiscal, que entra así a ser aceptado como precedente válido. La extensión de esta práctica conduce a una perversión de funciones entre el delito fiscal y el delito de blanqueo, especialmente cuando el delito fiscal ha prescrito.

ABSTRACT: In recent times there has been a "new tradition" accusing, which is the pursuit of self-laundering as a complement to that specifically aimed at a main crime, even when this is a fiscal offense, which thus enters to be accepted as a valid precedent. The extension of this practice leads to a perversion of functions between the fiscal offense and the crime of money laundering, especially when the fiscal offense has prescribed.

PALABRAS CLAVE: autoblanqueo, delito fiscal, delito de blanqueo.

KEYWORDS: self – laundering, fiscal offense, crime of money laundering.

SUMARIO: 1.Introducción: una “nueva tradición” acusadora. - 2.- La persecución indirecta de la corrupción a través del autoblanqueo.-3.- Corrupción y delito fiscal como problemas diferentes. - 3.- La tributación del “dinero negro”. - 3.1. El delito fiscal como delito antecedente. - A) La posición favorable a admitir el delito fiscal como antecedente. B) El rechazo a admitir el delito fiscal como antecedente. - C) La primera posición de la jurisprudencia. - D) El cambio de criterio. 4.- Delito fiscal y blanqueo: perversión de funciones.4.1. La prescripción del delito fiscal previo como óbice material a la persecución del blanqueo y del autoblanqueo.

1. INTRODUCCIÓN: UNA “NUEVA TRADICIÓN” ACUSADORA

En los últimos tiempos, en especial tras la reforma de 2015, raro es el escrito de acusación que, en relación con delitos en los que se haya producido un beneficio económico para sus autores, no incluya la imputación de blanqueo, normalmente referida a las modalidades de tenencia, posesión o utilización.

La reflexión sobre la infracción del principio *non bis in idem* se ha ido extendiendo doctrinalmente y en algunos fallos judiciales aparece el rechazo a la acumulación de calificaciones.

Pese a ello, se sigue sosteniendo por muchos que, en la lucha contra la corrupción no se puede prescindir de ese armamento, lo cual no es cierto.

En una línea similar, y en relación con la lucha contra el fraude fiscal – cuestión que nada tiene que ver con la corrupción – se considera que tampoco se puede prescindir de la vía de represión alternativa o complementaria que ofrece la regulación del autoblanqueo.

La admisibilidad del autoblanqueo ha de ser sometida a muchos condicionantes, y cuestionar severamente si ese supuesto concepto jurídico, que pudo tener una explicación histórica, no conlleva, al extenderse sin reserva alguna, insalvables contradicciones penales. El sub-problema del autoblanqueo que tiene como precedente el delito fiscal ofrece su propia problemática, aunque coincida en muchos puntos con la que tienen todos los casos de autoblanqueo.

En la misma línea crítica se han de incluir las extensiones de la imputación de blanqueo a terceras personas que, por la razón que sea, participan en la utilización por parte de los autores del delito de dinero procedente de ese delito, y, en su caso, “procedente” – ese es uno de los puntos álgidos - del delito fiscal.

2. LA PERSECUCIÓN INDIRECTA DE LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DEL AUTOBLANQUEO

Por supuesto que no pretendo criticar la incriminación del blanqueo, sin perjuicio de que su descripción técnica esté llena de problemas, como saben todos los muchos que se han acercado a su estudio. Mi objetivo es algo diferente y más modesto, como es la indicación de la perversión de su aplicación.

Antes de proseguir, debo aclarar lo que entiendo por perversión de uso. El delito de blanqueo nació para unas finalidades político-criminales concretas: atrapar al delincuente, al que no se ha podido descubrir o detener cuando cometió los delitos, posteriormente, cuando intente o consiga introducir en el mercado el beneficio de sus delitos. *Pero lo que no puede admitirse es que el delito de blanqueo sea una “sanción adicional” que se puede imponer en un sinnúmero de conductas delictivas.*

La regulación legal del blanqueo, y algunas de las interpretaciones que de ella se han hecho, hacen de esta figura uno de los mayores *riesgos para el Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la proporcionalidad y el principio non bis in idem*. Cualquier calificación acusatoria va acompañada, como si de un postre natural se tratase, *de la imputación de blanqueo*, que es utilizada como cajón de sastre en el que se puede incluir cualquier clase de relación con un bien procedente de delito o con la persona que lo tiene.

La fórmula legal propicia que eso suceda, pero *la causa profunda* no está en la existencia del delito de blanqueo, como es lógico, sino en la progresiva desvirtuación de su sentido, que comienza *cuando el blanqueo abandona la condición de infracción independiente*, que puede aparecer tras la comisión de delitos generadores de bienes, pero en la que *no han de intervenir los propios autores y partícipes de esos delitos.*

La experiencia enseña que, en ciertos tipos de *criminalidad organizada, especialmente la*

vinculada al narcotráfico, los beneficios entran en el circuito económico normal acompañados de falsedades de toda clase, de corrupciones de funcionarios o de gestores financieros, etc. En esos casos es fácil comprender que el «proceso de blanqueo» ha supuesto la comisión de *nuevos delitos*, en los que también ha intervenido el responsable de los delitos anteriores (los generadores del producto). Pero, incluso en estos casos, el criterio del TS no es tan “favorable” a la admisión del concurso de delitos¹.

Pero podría darse el supuesto de operaciones de blanqueo en las que la aparición de delito no fuera tan evidente, como, por ejemplo, la colocación *por parte del propio responsable criminal del delito*, de cantidades de dinero no «espectaculares», en multitud de cuentas corrientes o libretas de ahorro de diferentes entidades bancarias, o la compra de objetos valiosos en el mercado o en subastas, en España o en el extranjero –prescindiendo de las investigaciones sobre obligaciones tributarias emergentes o no satisfechas en otros Estados que pudieran conducir al descubrimiento del origen de ese dinero–.

En esos ejemplos, de acuerdo con lo que ahora dispone el art. 301 CP habría que afirmar que de cada una de esas acciones nace un delito de blanqueo (o un delito continuado, incluso) del que será responsable el mismo sujeto que, por ejemplo, había obtenido ganancias traficando con drogas o explotando la prostitución. La transformación de esas acciones en *delitos* adicionales puede resultar excesiva.

Así las cosas, puede entenderse que, a la vista de la aparente «libertad de decisión» que el mandato europeo confiere, el legislador español puede incriminar el autoblanqueo, como ha hecho, forzando gravemente la lógica interna de una figura que deriva de la receptación, y no de la coejecución o la complicidad, pero hubiera debido precisar mejor los *elementos del tipo que deben concurrir cuando el autor es el propio generador del «dinero sucio»*. La razón es fácil de captar: cuando es un tercero el que ayuda a esa tarea la *esencia de lo injusto* se centra en su conocimiento del origen y de que está *ayudando a un delincuente*. Es evidente que así no se pueden configurar los elementos del «autoblanqueo punible».

No se ha hecho así, y el legislador prefirió tomar una senda que conduce a una mala disyuntiva: apreciar blanqueo en un irracional elenco de supuestos o, para evitar esa conclusión, prescindir de aplicarlo en otra amplia gama de casos, con lo cual flaco favor se hace a la pretensión de luchar contra la criminalidad organizada, *que fue la causa de su nacimiento*.

El olvido de ese origen es la razón última del mal uso, a lo que nuestro derecho añade, para completar el escenario, la posibilidad de imputar por blanqueo a los autores del delito previo –cierto que se hace siguiendo directrices supranacionales– sin limitación alguna, además de que constituye blanqueo la mera posesión² y admite la comisión imprudente.

En lo que sigue intentaré exponer algunas de las desviaciones que se producen en la *persecución indirecta de la corrupción* a través de la aplicación de delitos que son diferentes de los propios de la corrupción, y no solo los delitos de blanqueo, sino también a través de otras figuras, como es, especialmente, el delito tributario. Tal vez el recuerdo de Al Capone, atrapado precisamente por delitos fiscales, hace tener una gran confianza en la vía del impago de impuestos.

¹ Concretamente, en STS de 19 de noviembre de 2013 se establece que «el delito de tráfico de drogas absorbe los posteriores hechos de aprovechamiento de los efectos del delito cuando el patrimonio que se transforma es el que directamente procede del delito contra la salud pública, pues este tipo penal comprende, en su total dimensión, la conducta y la penalidad de manera que afecta a la totalidad del patrimonio, ilícitamente generado por el delito objeto de la sanción. Cuestión distinta es que el patrimonio formado procediera de actos típicos distintos a los que son enjuiciados en el caso concreto en cuyo caso cabría la punición separada pues los objetos son distintos en uno y otro delito».

² Hay que tener en cuenta, sin que eso sea una excusa, que el legislador español estaba además presionado por las indicaciones de reformas necesarias para la lucha contra la corrupción y el blanqueo que había promovido la OCDE, y que exigían la incriminación directa de la tenencia injustificada de bienes. Como, con buen criterio, se estimó que eso no podía ser compatible con nuestro orden constitucional, se optó por vías indirectas como fue la de ampliar el tipo de blanqueo en la manera en que se hizo con la reforma operada a través de la Ley 5/2010.

3. CORRUPCIÓN Y DELITO FISCAL COMO PROBLEMAS DIFERENTES

La relación entre lucha contra la corrupción y persecución del *blanqueo del dinero* es de toda evidencia y no precisa de mayores explicaciones. Ello, no obstante, la persecución del blanqueo se inició en el campo de los delitos relacionados con el tráfico de drogas y la criminalidad organizada (los fenómenos mafiosos). Sin perjuicio de ello, hoy se asume que el instrumento “delito de blanqueo” es imprescindible en la lucha contra la corrupción, y, precisamente por eso, el blanqueo de dinero está previsto como *delito conexo* en los diferentes convenios internacionales sobre lucha contra la corrupción³.

Un primer problema, orillado pese a su evidencia, es la inconcreción misma del concepto de “corrupción”, que es un adjetivo común a muy diferentes modalidades delictivas, pero no privativa de un grupo preciso. Más aún: se hace continua referencia a los nuevos modos que tiene la corrupción para colarse en los más diferentes ámbitos, cual si se tratara de un gas tóxico, invisible e intangible.

Es verdad que las manifestaciones de la criminalidad que ha conocido nuestro tiempo eran inimaginables hasta hace no muchos años, y basta pensar, por ejemplo, en las “tramas” organizadas para burlar el IVA⁴. Pero el que las mutaciones sean muy frecuentes no quiere decir que los tipos de delito puedan ir variando sus interpretaciones posibles, hasta vaciarlos de sentido, haciendo que pierdan coherencia con la norma de la que proceden.

Está fuera de duda que algunos grupos de infracciones han pasado a ocupar el primer plano en la atención ciudadana, como sucede con los delitos relativos a la corrupción, cuyas configuraciones típicas no son capaces de acoger la multiplicidad de vías de aparición del problema, y eso exige revisiones de las figuras legales, que apenas se han acometido⁵.

También hay que reconocer que la tarea que tiene por delante el legislador no es fácil. Cristalizar en tipos penales todas las maniobras que se pueden hacer con el dinero procedente de delitos, es trabajo arduo, y si desde el dinero (inducción inversa) se quieren descubrir los casos de corrupción se caerá en el absurdo, pues es vana pretensión creer que retroactivamente “aparecerá” el rastro de un delito detectando los movimientos contables de personas físicas o jurídicas.

El primer peligro, que no es el único, es *confundir el dinero sucio, procedente de delitos, con el dinero negro*, esto es, aquel que se ha ganado sin luego cumplir con los procedimientos fiscales ortodoxos (declaración de ingresos en orden a la liquidación y pago de los impuestos), olvidando que ese dinero, que sin duda ha generado una obligación tributaria, *no procede de delito alguno*, prescindiendo de que dé lugar a un delito tributario. Por lo tanto, *cuando esa actividad se quiere reprimir a través de las normas que castigan el blanqueo se produce una desviación de función de esas normas, concebidas para perseguir ganancias procedentes de delitos, no de un trabajo no delictivo que, simplemente, no ha tributado*.

El fraude fiscal exige específicas formas de lucha, y la corrupción y la criminalidad organizada, también. Son luchas que, a buen seguro, tienen claramente muchos puntos en común, *pero no deben confundirse*, y eso es lo que sucede, y, como luego veremos, es una de las razones de la “sistemática” y “cautelar” calificación de blanqueo que se aplica a toda conducta en la que medie dinero, y eso se hace sin especiales reflexiones, como si se tratara de solicitar la imposición de las costas del proceso.

Del mismo modo, y en sentido contrario, tratar al dinero “sucio” con el mismo criterio que al dinero “negro” (el no declarado), tampoco conduce a conclusiones satisfactorias. Cuando se ideó la política de persecución del blanqueo, como he dicho antes, se contempló un escenario

³ Aplicándose los mismos criterios que se siguen, en orden a la persecución de la financiación del terrorismo, de tal modo que los documentos internacionales se refieren a la vez a ambas cuestiones (terrorismo y blanqueo).

⁴ Ilustrativo es el trabajo de Méndez Cortegano y Pujante Gil, “Estrategia de lucha contra las tramas organizadas de fraude en el IVA intracomunitario”, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

⁵ Por ejemplo: revisar la facilidad con la que, en España, pese a algunos correctivos de los últimos tiempos, se puede poner en funcionamiento una sociedad anónima totalmente carente de contenido, y que puede ser un buen instrumento para actividades corruptas.

en el que el delincuente o el grupo criminal tenía que reintroducir en el mercado el dinero obtenido criminalmente, pero no se partía de que fuera a “declarar sus ganancias”, idea que es, por raro que parezca, considerada como “normal”, cuando la cuestión de la tributación de las rentas de origen delictivo, encierra un cúmulo de graves problemas: llegar a la conclusión de que el ladrón que ha declarado sus “ganancias”, tributando por ellas, por más que haya dicho que son frutos de actividades “profesionales, artísticas o artesanales”, ha legalizado, en cierta medida, el dinero que tiene, que ha dejado de ser “negro”.

Precisamente eso es lo que parece repugnar a la sensibilidad jurídica, teniendo en cuenta la *garantía constitucional del derecho a no declarar contra uno mismo* y a no confesarse culpable, reconocido en el art. 24.2 CE. En efecto, en la medida en que la obligación de tributar por las rentas procedentes del delito supusiera la obligación de declarar su real procedencia, podría considerarse vulnerada esa garantía del art. 24 CE.

El lector dirá que, para eso, precisamente, se ha ampliado el campo de los delitos previos en el blanqueo, incluyendo al delito fiscal, pero, con independencia de las dificultades que entraña aceptar el delito fiscal como delito previo, tema al que luego volveré, no puede llevar a buen puerto utilizar un recurso técnico y político criminal ideado para los frutos de los delitos para castigar lo que se haga con dinero no declarado – *y no entro ahora en el problema del límite mínimo de la tipicidad del delito fiscal, que, como es lógico, condicionará la aplicabilidad del blanqueo, lo cual no deja de ser una conclusión absurda.*

3. TRIBUTACIÓN DEL “DINERO NEGRO”

La corrupción genera dinero, por supuesto, y sus protagonistas, autores de delitos como el cohecho, el fraude a la Administración, las negociaciones prohibidas, etc., tienen el correspondiente problema, que comienza – y ahí surge un nuevo tema debatido – con el dinero procedente de esas acciones, *dinero que pese a ser negro debe tributar*. La idea de que hay que apreciar delito fiscal por la falta de tributación por las rentas procedentes de delitos propios de la corrupción, puede *chocar con la existencia de unas consecuencias punitivas propias para esos delitos*, que se incrementaría con el delito fiscal y, ulteriormente, con el blanqueo.

Sin embargo, el TS ha afirmado la existencia de obligaciones tributarias derivadas de la obtención de rentas ilícitas y la consiguiente posibilidad de apreciar el delito fiscal por la falta de declaración y satisfacción de las mismas⁶, negando, además, que por ello se vulnera el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo⁷.

Esa tesis jurisprudencial, no obstante, ha de ser acogidas *sin desviarse de los supuestos enjuiciados*, pues, en los casos juzgados, *no era tanto el dinero directamente procedente de la actividad corrupta, cuantos frutos ulteriores obtenidos con ella*.

En cambio, desde STS 20/2001, sí se apreció el *concurso de leyes entre los delitos antecedentes y el delito fiscal*, pues el hecho base sobre el que se asientan es el mismo, “*cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo*

⁶ Ya en STS 649/1996, aceptada la procedencia ilícita del dinero, que deriva de los datos relativos a su volumen y clandestinidad con la que se gestionaba, no ve problema alguno en condenar por delito fiscal cometido con las ulteriores ganancias obtenidas con los rendimientos del dinero originariamente delictivo. El mismo criterio se aplica en STS 1493/1999: concurso de delitos entre las infracciones antecedentes (delitos continuados de cohecho, malversación, estafa y falsedades) y delitos fiscales.

⁷ En STS 1493/1999 rechaza también la alegación relativa a la vulneración de la interdicción constitucional a la compulsión a declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), en atención a que “las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.” De lo que deriva que “el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio»

*directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva”.*⁸

Expuesta así la cuestión parece convincente el razonamiento. Pero el observador no puede dejar de preguntarse si respecto de todos y cada uno de los sujetos condenados por delitos patrimoniales o económicos, se verifica si han incluido en su declaración de renta (en el supuesto de que la hayan presentado) las ganancias procedentes de delito, en orden a la derivación de responsabilidad administrativa o penal por impago del tributo.

3.1. El delito fiscal como delito antecedente

Este es un problema diferente del anterior, aunque muy ligado. Un problema es que el dinero procedente de delitos que no haya sido declarado pueda dar lugar a un delito fiscal, y otro, próximo, pero claramente diferente, es que un delito fiscal pueda ser el delito antecedente para poder apreciar delito de blanqueo, problema que ya antes he mencionado.

Hasta que el TS se pronunció en el caso llamado “ballena blanca” (STS 974/2012, de 5 de diciembre), las tesis eran básicamente dos⁹, respectivamente a favor y en contra de admitir que el delito fiscal pueda ser el delito antecedente del delito de blanqueo.

A) La posición favorable a admitir el delito fiscal como antecedente

Según sus partidarios, el delito fiscal es un delito como cualquier otro, que también “produce bienes”, que, por lo mismo, tendrán un “origen delictivo”, por lo que pueden ser objeto material del blanqueo. Por lo tanto, el delito fiscal es un delito previo tan apto como cualquiera otro.

Para evitar la censura a esa interpretación, los partidarios de esta posibilidad sostienen que no se refieren a los bienes que han de tributar, sino a la *cuota defraudada* que correspondería pagar por tener esos bienes, pues esa cuota pertenece “por destino” al erario público, aunque temporalmente esté en poder del deudor tributario, tesis que *se apoya en una evidente ficción*: el dueño de los bienes lo sería solo de una parte, en tanto que de la que corresponda a la cuota a pagar será solo depositario, a pesar de que durante un tiempo impreciso fue propietario, condición que cambió *retroactivamente* en el momento de nacimiento de la obligación de pago del tributo.

También pasan por alto el no pequeño problema de la *determinación o individualización de los bienes que constituyen la cuota defraudada*, esto es: siendo imposible sostener que la totalidad del patrimonio de una persona es calificable como “integrante de la cuota defraudada”, *preciso será determinar qué parte de ese patrimonio forma parte de esa cuota* y qué parte no, pues, de no realizarse ese deslinde, resultará que cualquier operación llevada a cabo con cualquier parte del patrimonio será una actuación calificable de blanqueo por haber afectado a dicha cuota.

Pretender que la totalidad del patrimonio está contagiado de la condición de cuota es inadmisibles e incompatible con el principio de legalidad¹⁰, amén de que lesionaría los derechos que al dueño reconoce el Código civil.

⁸ Lo cual no es óbice para reiterar que, en virtud del principio de igualdad tributaria no puede dispensarse un trato más favorable al infractor de la ley que ha conseguido ilícitamente el dinero, y rechaza la vulneración del art. 24 CE, si bien se introduce un matiz: si el hecho delictivo en el que se fundamentaría la condena por delito fiscal coincide con el mismo en que se funda la condena por cohecho: la percepción de dádivas, sobre las que ya se había decretado el comiso, no puede, además, condenarse por delito fiscal, cuyo castigo es absorbido por los delitos generadores del dinero (misma tesis, en STS 113/2005, y STS 23/2009).

⁹ Sobre esa Sentencia, C. Conde-Pumpido, “el delito antecedente en el blanqueo de capitales.”, Jornadas de especialistas en delitos económicos, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 26 de febrero de 2015. Ministerio de Justicia.

¹⁰ En este sentido, con otros argumentos en contra de la admisibilidad de que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, J. Adrada de la Torre, “El delito fiscal como actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales” en Noticias Jurídicas, 11/11/2016.

Algún autor, guiado por un encomiable deseo de encontrar el “término medio”, opta por afirmar que, formalmente, el delito fiscal puede ser delito antecedente del blanqueo – afirmación de partida que acepta la teoría de la cuota –pero que esa posibilidad no puede superar el inconveniente de infringir el *non bis in ídem*.

A fin de completar la argumentación, se añade la invocación de la importancia de esa interpretación en orden a la lucha contra la criminalidad organizada, lo cual es un modo tácito de *afirmar que la utilidad político criminal puede superponerse al principio de legalidad*.

B) El rechazo a admitir el delito fiscal como antecedente

Esa opinión, que he defendido por escrito¹¹ rechaza que el delito fiscal pueda ser aceptado como delito previo en orden a la construcción del blanqueo, por la sencilla razón de que el delito fiscal no “genera” el dinero que tiene el defraudador, dinero que, con independencia de su origen, estaba ya en su patrimonio.

Por lo tanto, si el art.301 CP exige que los bienes objetos de blanqueo procedan de un delito, ese requisito no se da, y, siendo así, es obligado, *por respeto al principio de legalidad*, rechazar su idoneidad para el blanqueo, subrayando, además, que hacer lo contrario supone una infracción de la regla *non bis in ídem*.

Tampoco es admisible el argumento de que la tenencia o utilización del dinero por parte de quien no ha pagado los tributos es algo que “no está incluido en la tipicidad del delito fiscal”, por lo que sería preciso acudir al blanqueo para castigar esa “parte del hecho”. No puede aceptarse, pues es absurdo, ya que está en la lógica de las cosas que el que no paga sus impuestos conserva o gasta su dinero como le viene en gana.

Es evidente que el delito de blanqueo no se concibió para luchar contra el fraude fiscal, y, además, la gota que colma la argumentación en contra de ello está en que solamente sería válida para defraudaciones tributarias superiores a 120.000 euros, siempre y cuando no se hubiera producido la *regularización*, que provocaría la desaparición del delito fiscal y del subsiguiente blanqueo...aunque la ley no lo diga.¹²

C) La primera posición de la jurisprudencia

La mencionada STS 974/2012, de 5 de diciembre, caso Ballena Blanca, fue la primera que abordó abiertamente la inclusión del delito fiscal entre los que podían ser antecedentes del blanqueo. En aquél fallo, el TS se inclinó por la última posición indicada, estimando, en esencia, *que la cuota defraudada es una ganancia obtenida de la actividad delictiva previa*. Esa cuota será, pues, un *producto* del delito antecedente (la defraudación tributaria). Ya me he referido antes a la gran dificultad de decidir qué parte del patrimonio “pertenece” al Tesoro. Pero veamos cuáles son los argumentos que se esgrimen a favor de esa tesis:

- a) *La fuerza del derecho extrapenal y supranacional*, puesto que la Directiva 60/2005, incluyó expresamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y por esa razón el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28 de abril, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo declaró que “se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito....*con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública*”. Con esa decisión legal parecía zanjada la cuestión, aunque no sería así, como veremos.
- b) *El derecho comparado*, pues en países tan próximos como Alemania, Francia o Portugal se admite que el delito fiscal puede ser el delito antecedente del blanqueo.
- c) *La concreción en la cuota tributaria*, pues del Código penal no se deriva ningún argumento que impida estimar que la *parte del patrimonio correspondiente a la cuota*

¹¹ Quintero, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 698, febrero 2006; Quintero, “Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio” en Crisis financiera y derecho penal económico, BdF-Edisofer, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014

¹² Cumpliendo con las condiciones que marca el art.305.4 CP se puede producir la exención de responsabilidad penal para los deudores que regularicen su situación. La descripción legal del blanqueo no contempla – ni podría hacerlo – la “desaparición del delito precedente por regularización, con lo que se produciría una extraña situación de persecución de un blanqueo de capitales sin delito previo.

*tiene una naturaleza jurídica diferente*¹³. Claro está que, para que esa afirmación sea operativa se tendrá que identificar la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria, pues, por definición, es imposible sostener *a priori* que todo el patrimonio del defraudador está destinado a ser cuota tributaria. Si la actuación –estima la Sentencia– alcanza a la totalidad del patrimonio (mejor, de la base liquidable), evidentemente la parte correspondiente a la cuota también estará inmersa.

Estas ideas merecen diferentes observaciones. La primera, y, en mi opinión, de mayor calado, es que se habla de actuaciones sobre todo o parte del patrimonio, olvidando que el delito de blanqueo se puede cometer *con la mera posesión o tenencia de los bienes*.

En cuanto a la invocación del derecho comparado, y a la supuesta obligación internacional, me remito a las agudas observaciones que hizo Antonio del Moral en su Voto Particular a la Sentencia¹⁴.

D) El cambio de criterio

Las tesis que sostuvo el TS en la sentencia de 2012 antes citada, fueron pronto revisadas. Solo una año después, en la STS 858/2013 el TS recordaba la importancia infranqueable del principio *non bis in idem*, regla que no se respeta si el patrimonio ilícitamente obtenido ya se ha contemplado en un proceso penal seguido por delito contra la salud pública (a ese

¹³ Ese argumento se utilizó durante un tiempo para calificar de apropiación indebida el impago de la cuota de la Seguridad social, en el entendimiento de que esa “parte” del dinero del empresario en realidad pertenecía al trabajador. Esa interpretación se sostuvo hasta la llegada del CP de 1995. A partir de entonces, como recordaba la Circular FGE 2/1996, la conducta del empresario, deudor tributario, responsable del impago de la cuota obrera de la Seguridad Social ha de ser calificada, en todo caso, a través del art. 307 del Código Penal de 1995, no como apropiación indebida, siempre que se cumplan los requisitos típicos de tal precepto.

¹⁴ Dos puntos merecen especial atención: el que se refiere a la obligación internacional y el que invoca el derecho comparado. En su Voto particular, que por su interés transcribo, Del Moral señala: “Los argumentos de derecho comparado han de ser acogidos con muchas cautelas pues obedecen muchas veces a la diferente tipificación. En Alemania se reconoce expresamente el fraude tributario como posible infracción subyacente al delito de blanqueo. Está expresamente citado en el parágrafo 261 StGB remitiéndose a los arts. 373 (contrabando profesional con violencia y en cuadrilla) y 374.2 (receptación tributaria de productos o mercancías de las que se hayan defraudado impuestos sobre el consumo o derechos aduaneros) de la Ordenanza tributaria, y al parágrafo 12.1 de la Ley sobre aplicación de las organizaciones comunes de mercado y pagos directos. Pero el propio parágrafo. 261 se ve obligado a referirse en tales casos a los gastos ahorrados a través de la defraudación tributaria (die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen), las compensaciones o devoluciones tributarias ilegítimas y, en su caso, a los bienes en relación con los cuales se hayan defraudado los impuestos. Y se excluye el autoblanqueo. En Francia el blanqueo (blanchiment de l'argent) se describe en el art. 324-1. Aunque se habla de bienes o ingresos del autor de un crimen o delito, la noción queda legalmente ampliada al mencionarse el segundo párrafo el producto directo o indirecto de un crimen o delito, en sintonía con la normativa internacional detalladamente expuesta en la sentencia mayoritaria. En la legislación especial aparece tipificado el blanqueo aduanero. Si la sentencia de la Corte de Casación de 12 de diciembre de 2010 condenó por un delito de blanqueo basado en una infracción tributaria lo hizo fundándose precisamente en esa previsión específica (blanqueo aduanero: arts. 415 y 426.3 del Código Aduanero Francés). En cada derecho nacional la tipicidad tiene unos perfiles singulares que no permite exportar soluciones sin antes comparar legislaciones, por mucho que todas ellas tengan claros reflejos y reminiscencias de la profusa normativa internacional convencional y supraestatal.

No nos enfrentamos a una obligación impuesta al Estado desde esas instancias internacionales, sino ante una recomendación....el legislador nacional no ha dado ese paso consistente en extender la represión penal por el blanqueo al aprovechamiento del “ahorro” obtenido por un delito contra la Hacienda Pública: ni lo dio al establecer la tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995; ni lo ha hecho en las sucesivas y no escasas reformas del art. 301; ni tampoco ha roto con la exégesis natural del art. 301 con ocasión de la reforma de la legislación extrapenal sobre prevención del blanqueo de capitales.

En mi opinión, la adscripción a esa legítima opción de política criminal preconizada por organismos internacionales habría de hacerse: a) por el legislador orgánico; b) con las debidas precisiones para no violentar la prohibición del bis in idem cuya dimensión constitucional desde sus más tempranos pronunciamientos (1981) ha sido resaltada por el TC; c) en un plano ya no de necesidad, sino de desideratum, con las debidas adaptaciones de las normas indirectamente afectadas -prescripción regularización fiscal, comiso...-, para no abandonar esa ineludible labor de armonización, que aquí se presenta especialmente tortuosa, a la praxis judicial con las consiguientes secuelas de inseguridad y posibles decisiones dispares especialmente perniciosas en un ámbito como es el de sentar los contornos de lo punible. El argumento basilar de ese entendimiento se funda en la interpretación literal y gramatical del art. 301 del Código Penal, de valor singular por venir ligada al principio de taxatividad. Las conclusiones de la interpretación gramatical del precepto son tan claras, que ni el elemento teleológico, ni argumentos de derecho comparado, ni la integración con normas extrapenales, ni la consulta de instrumentos internacionales, pueden dar al traste con ella: el precepto dice lo que dice; y castiga lo que castiga. La elusión del pago de tributos no genera un incremento patrimonial. Permite un ahorro, pero no aporta nada al patrimonio. No pueden blanquearse efectos o bienes procedentes de un delito que no los genera.

alude la sentencia, pero puede extenderse a otros como estafa, apropiación indebida, hurto, etc.) dando lugar a una condena, acompañada de comiso de los bienes e imposición de una multa proporcionada a la ganancia obtenida, castigar también el blanqueo supondría castigar el *mismo hecho dos veces*.

Algún tiempo después, en STS 29 de abril de 2015 declara expresamente que es *un exceso “considerar blanqueo la utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo”*, y no hacer eso supondría, también, violación de la regla *non bis in ídem*. Claro está que queda en la penumbra el significado de los gastos “ordinarios”. En todo caso es importante subrayar que esa Sentencia de 2015, menciona expresamente la posible *relación de consunción* a la que ya había aludido el propio TS en Sentencia de 20 de octubre de 2010.

Lo más importante de la STS de abril de 2015 no es que admita teóricamente la posibilidad de blanqueo subsiguiente a un delito fiscal, sino la importante restricción que establece: *no es posible calificar de blanqueo conductas que son, simplemente, actos ordinarios de administración y uso del propio patrimonio, en modo alguno guiados por deseo de ocultar*. Eso equivale a entender que el blanqueo es una conducta *subjetivamente caracterizada*, a lo que se añade una consecuencia adicional: que solo puede aparecer después de la comisión del delito fiscal, y, por lo tanto, fija un *tiempo apto para la comisión del delito*, que no puede ser anterior a ese momento

Trasladando esas ideas a la relación entre delito fiscal y blanqueo tendremos que solo cabrá el concurso de delitos cuando el autor *hubiese actuado con el propósito de ocultar que no había pagado sus tributos y lo haya hecho después de la consumación del delito fiscal*.

La idea no es desdeñable, pero es criticable porque tácitamente *insiste en admitir “como posibilidad”* la del concurso real de delitos, y la frontera entre el concurso de delitos y el de normas – recuerdo aquí que para muchos autores la cuestión se hade plantear en esa disyuntiva – no puede trazarse *principalmente* a través del tipo subjetivo del blanqueo de capitales¹⁵, acompañando la idea con la precisión del tiempo apto, pero siempre sin entrar en la cuestión esencial, que es la interpretación del concepto de “bien *producido por el delito*”

Sea como fuere, el resultado interpretativo obligado no puede ser otro que, como mínimo, aceptar una relación de consunción (concurso de normas) entre el aprovechamiento del dinero no tributado y el propio delito fiscal previo *que, ha de existir y ser perseguible*.

4. DELITO FISCAL Y BLANQUEO: PERVERSIÓN DE FUNCIONES

El delito fiscal puede construirse sobre dinero “negro” y sobre dinero “sucio”, y, por último, sabemos que el delito de blanqueo nació como arma indirecta de lucha contra la delincuencia, porque entra en juego cuando quieren introducir en el mercado los frutos de sus delitos. La inclusión del delito fiscal como antecedente, que indistintamente se puede producir con dinero “negro” o “sucio”, *no es coherente con el origen político-criminal de la persecución del blanqueo*.

Sin duda, y lo sabemos desde la histórica condena de Al Capone, el delito fiscal es un arma contra la criminalidad organizada, como también lo es el delito de blanqueo, pero no por eso hay que confundirlos. La persecución del fraude fiscal se produce sin necesidad de llegar a hablar de dinero procedente de corrupción, por lo tanto, mejor no mezclar lo que es

¹⁵ En este sentido, J. Sánchez Lambás, “Sobre la reciente jurisprudencia relativa al delito fiscal y blanqueo de dinero”, Revista El Derecho, septiembre 2016. La relegación a un segundo plano de los aspectos objetivos del problema no puede admitirse, pues, antes que un problema de concurso de normas debe resolverse el significado que tiene el principio de legalidad en relación con la interpretación de la tipicidad de blanqueo.

diferente. El dinero que genera la corrupción está abocado al blanqueo, como es lógico. Ese dinero no difiere del que procede de otras clases de delitos, y, por lo tanto, puede ir a la creación de empresas o, simplemente, quedar a buen recaudo en cualquier banco de los países llamados “paraísos”. Ese hecho puede ser descubierto directamente, por el éxito de la pesquisa policial o por otro motivo o ser detectado con ocasión de una inversión en España. Es entonces cuando entraría en juego el delito de blanqueo en concurso con los delitos de corrupción que se hubieran cometido.

A su vez, los hechos de blanqueo pueden ser los de “autoblanqueo” (el “corrupto” intenta invertir el dinero obtenido con la corrupción) o *blanqueo genuino*, que es el que comete quien *ayuda a otro a blanquear*. Ya dije antes que la regulación del blanqueo está condicionada por los acuerdos supranacionales (Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, y Convenio de Varsovia), y, por lo tanto, la redacción de la figura es una consecuencia directa de esos acuerdos

En opinión de muchos, se hubiera podido dar cumplimiento a todos esos compromisos internacionales sin necesidad de entrar en una casuística reiterativa de modalidades diferentes de blanqueo. Una *norma amplia, centrada en la ayuda a ocultar o diluir el origen delictivo de un dinero hubiera bastado*. Pero no fue ese el criterio del legislador español, que debió pensar que la única manera de alcanzar a todas las modalidades de blanqueo era la tipificación expresa de todas y cada una de ellas, sin reparar en que, de esa manera, se corría el riesgo de extender el delito hasta situaciones que nada tienen que ver con la lucha internacional contra el blanqueo.

Posiblemente, las decisiones más desafortunadas en la configuración del delito de blanqueo en el derecho español son, desde la Reforma operada por la LO 5/2010, la *incriminación de la posesión, tenencia o utilización de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por terceras personas*. De esa manera se introdujo la *posesión como situación típica de blanqueo*, y, se amplió la esfera de la autoría a los propios responsables del delito generador de los bienes. Así quedaba abierta la posibilidad de que cometa blanqueo el funcionario corrupto que aceptó, como precio del cohecho, entre otras cosas, una obra de arte, de lícita procedencia, al margen de que pudiera ser decomisada, que exhibe en su domicilio, razón por la cual *estará cometiendo un delito permanente de blanqueo durante todo el tiempo que esté en su poder* (dejemos de lado, por un momento, la cuestión de la prescripción), y lo mismo se puede decir del que roba una joya y la conserva, o el que guarda en el banco el producto de la estafa que ha cometido.

La consecuencia sería, inevitablemente, que a todos los delitos patrimoniales les tendría que seguir, casi necesariamente, la calificación adicional de blanqueo, lo cual solo serviría para aumentar la pena, violentando claramente la regla *non bis in ídem*. Trasladado el tema al “autoblanqueo” las consecuencias son aun más absurdas, y, para medir el tamaño del dislate, basta con *comparar la situación con la que se daría si la ley penal, siguiendo un criterio análogo, ampliara el ámbito de autores del delito de encubrimiento o favorecimiento personal del art.451 CP, incluyendo a los autores y partícipes en el delito cometido*. De ese modo resultaría tipificado el “auto-encubrimiento”, delito en que incurriría *todo responsable penal que huyera o se escondiera*, y no solo quien le ayudara a hacerlo.

A todo esto, debe añadirse que, además, las conductas de utilización, tenencia y posesión habrán de adaptarse a otras consecuencias¹⁶.

Si se llegara a admitir la permanencia penal de la situación de tenencia se llegaría a la enormidad de aceptar un delito que sería *imprescriptible*, como si se tratara del genocidio.

La jurisprudencia ya ha dicho que esa conclusión *no es admisible* y, así, en STS 707/2006 de 26 de junio (anterior a la Reforma de 2010) se dice que “...la conversión o transformación del capital para encubrir su origen, operación en que consiste básicamente el blanqueo de capitales, una vez verificada, por ejemplo, a través de la compra de un inmueble, *tendría*

¹⁶ Sin olvidar, otro aspecto de la cuestión, de menor importancia en apariencia, es que esos bienes pueden ser objeto de comiso, de tal manera que la condición de decomisible se añadiría a la de propiciar una calificación penal (consecuencia accesoria del art.127 CP) que se añadiría a la doble incriminación. A este punto volveré más adelante.

una vocación de permanencia difícilmente conciliable con el instituto de la prescripción. En el delito de blanqueo de capitales se toma para la prescripción la última transformación conocida del dinero procedente del narcotráfico pues no es un delito permanente...".

El problema es que la modalidad de tenencia o posesión no está marcada por un acto de adquisición o transmisión, y, así las cosas, la única solución es calcular el plazo prescriptivo del autoblanqueo a partir del día en que se entró en posesión/tenencia del bien, pues la otra interpretación – calcular el inicio del plazo prescriptivo *a partir del día en que prescribió el delito principal* – lleva a conclusiones inadmisibles si se compara con lo que ha declarado la jurisprudencia, como hemos visto en la sentencia antes citada. Además, cuando se trate de la prescripción del blanqueo cometido por tercero se aplicará el criterio jurisprudencial y, por lo tanto, el plazo correrá a partir del momento de la adquisición del bien, *aunque el delito principal no haya prescrito*. Aplicar un criterio diferente para el autoblanqueo no sería equitativo.

4.1. La prescripción del delito fiscal previo como óbice material a la persecución del blanqueo y del autoblanqueo

En algunos casos concretos (autoblanqueo con delito fiscal previo) *precisamente la tesis dominante es que el autoblanqueo se aprecia porque ha prescrito el delito fiscal*. Pero, por otra parte,

- seguir un criterio para el delito fiscal y otro para los demás delitos, no parece correcto,
- y, tampoco, la posibilidad de que el blanqueo cometido por terceros pueda prescribir con independencia de la prescripción del delito principal, pero no así el autoblanqueo, lo que no parece aceptable.

Me he referido repetidamente a la cuestión de la *prescripción del delito originario*, y si ésta determina la exclusión de la tipicidad del subsiguiente blanqueo. De la ley no puede extraerse ninguna solución clara, pero hay que tener en cuenta que el “espíritu de la ley” es *poder perseguir a los autores de delitos más allá, en tiempo y en concepto, de lo que permite la estricta figura del delito previo cometido*. Como acabo de decir, en cambio, la situación puede ser diferente para los “terceros blanqueadores”.

La idea de que la posible tipicidad del autoblanqueo presupone la prescripción del delito previo, ha sido, evidentemente, impuesta por influencia de lo que se quiere defender para el delito fiscal: el empeño en considerar que el delito fiscal puede ser el antecedente del delito de blanqueo cometido por el defraudador tributario obedece, aunque no se diga expresamente, para contar con un *armamento subsidiario* en el caso de que no hubiera sido posible castigar el delito fiscal *por prescripción*.

Por lo tanto, el “posicionamiento interpretativo” de partida tendría que ser favorable a separar la tipicidad y perseguibilidad del blanqueo por posesión, tenencia o uso de la prescripción del delito cometido por el propio tenedor, poseedor o usuario, o por otra persona. Pero, en tal caso, *no tiene sentido perseguir el autoblanqueo*, pues basta con perseguir el delito principal, con la sola excepción de que se dé la situación prevista en el art.127 ter 1-b) CP (rebeldía del acusado).

Sucede que, con esas ideas sobre la prescripción, podemos llegar a conclusiones absurdas:

- La primera: Quien obtuvo beneficios materiales como fruto de su corrupción *podrá ser perseguido por blanqueo mientras que en sus manos estén bienes derivados de aquellos hechos, aunque estén prescritos*.

Una conclusión” de ese estilo daría al tipo de blanqueo por posesión o tenencia una enorme importancia como arma en la lucha contra la corrupción y los corruptos. Pero antes de lanzar campanas al vuelo conviene advertir que en la práctica eso no sería tan fácil:

- a) En primer lugar, habría que demostrar que un bien concreto procede de una actividad delictiva asociada a la corrupción. La procedencia del bien puede ser directa o indirecta, lo cual sucederá cuando el bien se haya transformado, como, por ejemplo, cuando el dinero obtenido por corrupción ha sido utilizado para adquirir

una casa, en todo *o en parte*. Al confundirse, en el patrimonio del corrupto, bienes de diferentes procedencias, incluso, alguna, lícita, será difícil sostener que un concreto bien que posee es expresión de un delito de autoblanqueo en modalidad de posesión.

- b) En segundo lugar, la condición de *bien procedente de delito* pasa por una afirmación de carácter normativo: la existencia previa de un delito que generó aquella ganancia. Eso solo lo puede declarar un Tribunal en condiciones de juzgar el hecho, *por ser todavía perseguible*, pero, en cambio, no podría ser apreciada por otro tribunal, incapacitado para calificar un hecho ya prescrito. Nótese que no me estoy refiriendo a la “prescripción del blanqueo”, sino a la prescripción del delito que produjo el bien “blanqueado”.
- c) Precisamente por eso, es contradictorio que se diga que la inclusión del delito fiscal como delito antecedente del de blanqueo obedeció a la necesidad de evitar las consecuencias de la prescripción de la infracción penal tributaria prolongando la perseguibilidad a través del blanqueo¹⁷, tesis que implica la afirmación de que es posible, *en orden a apreciar blanqueo*, declarar la existencia de un delito fiscal *prescrito*, a los solos efectos de integrar normativamente un delito presente, dando por sentado que la apreciación de la existencia de un delito no requiere la previa celebración de un proceso penal.

Planteada así la cuestión es fácil llegar a la conclusión de que, en realidad, las modalidades de autoblanqueo presuponen, aunque no se diga en la ley, *la imposibilidad de perseguir el delito previo*, normalmente por prescripción, pues, si es posible perseguir el delito de corrupción, resulta mucho más lógico *y obligado*, perseguir ese delito, decomisando los bienes y ganancias que haya podido producir. Esa es una consecuencia lógica de la *posición secundaria del autoblanqueo*¹⁸, y la única alternativa interpretativa que se ofrece conduce al absurdo, esto es: que un mismo sujeto pueda ser acusado de un delito y de blanqueo de los bienes procedentes de ese delito, como, por ejemplo, el atracador de una joyería que, en cuanto ha consumado el delito llevándose las joyas, incurriría en un segundo delito de autoblanqueo por posesión de bienes procedentes de delito.

Por lo tanto, hay que aceptar que será precisa una “apreciación de existencia de delito” aunque ese delito no pueda perseguirse. Eso puede parecer lógico, y, como hemos visto, en relación con el delito fiscal, se ha dicho expresamente, pero no deja de ser *un planteamiento que tiene “agujeros negros”*. Declarar que hubo un delito, aunque no se pudo perseguir, exige afirmar que se cumplió íntegramente una tipicidad, sin causa alguna de justificación o exculpación, y eso se ha de hacer *sin un proceso penal* que sostenga la afirmación, en el que se haya llegado a una conclusión condenatoria respetando la presunción de inocencia. y que, por lo tanto, basta con una “tipicidad indiciaria”, afirmación que, como es lógico, podría dar lugar a un recurso, etc.etc.

Se dirá, claro es, que cuando se investigue un delito de autoblanqueo en la modalidad de tenencia, o posesión, o, incluso, *cualquiera otra*, la comprobación del elemento típico “delito previo”, se hará exclusivamente *a los efectos de apreciar el blanqueo*, pero esa limitación del objetivo no puede ocultar la realidad: *que se somete a valoración penal un hecho prescrito*¹⁹.

La jurisprudencia, ciertamente, ha declarado (STS 1704/2001 de 29 de septiembre) que para la apreciación del delito de blanqueo de capitales **no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se ocultan**. Tampoco es preciso que se concrete quiénes han sido los autores y los partícipes, bastando la existencia probada de una actividad delictiva (STS 145/2008, de 8 de abril), o, según otros fallos, la identificación de

¹⁷ Expresamente dice L. Sánchez Seco: “...la primera gran utilidad del blanqueo de capitales sería el de servir de instrumento para castigar conductas prescritas para el delito fiscal...”, en “Blanqueo de capitales. Motivos que justifican la existencia de la regulación de prevención del blanqueo de capitales”, Cuadernos de Formación, Instituto de Estudios Fiscales, Volumen 19/2015, p.193. Por demás, la afirmación está cargada de sentido práctico: si el delito fiscal no estuviera prescrito no haría falta echar mano del blanqueo.

¹⁸ Respecto de las modalidades genuinas de blanqueo de bienes de origen delictivo de otra persona no es posible sostener la misma crítica, pues es perfectamente imaginable una intervención post-consumación del delito, calificable de blanqueo, sin que el delito principal haya prescrito.

¹⁹ No se pueden compartir las reaccionarias tesis que ven en la prescripción una especie de vía para escapar de la justicia.

cuáles eran los delitos previos de los que proceden los bienes, incluyendo la prueba sobre su existencia. Pero todas esas condiciones solo pueden cumplirse en el marco de un proceso penal, que se debió producir y que no puede ser sustituido por una apreciación *retrospectiva*²⁰, que, referida a conductas de corrupción, requieren de una compleja labor de investigación, sin la cual es muy difícil afirmar que lo que posee una persona proviene de actos de corrupción.

Por otra parte, si se admite, y parece inevitable, que en el autoblanqueo se abre la puerta a que el delito generador de bienes esté prescrito, habrá que decidir también sobre *cuánto tiempo de prescrito puede ser admitido* sin lesionar elementales exigencias de seguridad jurídica. Pero lo cierto es que, admitido que no importa que el delito previo haya prescrito, *no hay modo técnico de establecer un término máximo para la persecución del autoblanqueo*.

Se puede esperar una “solución” inspirada en la proporcionalidad, pero, sea cual sea, será, sin duda, incompatible con la certeza del derecho, pero, si se estima que el autoblanqueo no puede ser un delito imprescriptible, y que, de acuerdo con la pena imponible, tendrá un plazo prescriptivo (diez años), habrá que señalar como día *a quo* para el cómputo de su propio plazo prescriptivo el día en que se produjo la prescripción del delito previo.

Es fácil, en suma, comprender por qué son muchas las opiniones críticas referentes al autoblanqueo y los criterios con los que puede ser aplicado. Frente a esas críticas se defiende que, en todo caso, eso es lo que se deriva de los mandatos supranacionales y que estos han de cumplirse, a lo cual cabe responder que los mandatos se pueden cumplir incorporando solo modalidades de autoblanqueo que no pugnen con la lógica interna del derecho penal.

²⁰ El problema va más allá del delito de blanqueo. El TS se ha pronunciado, por ejemplo, en relación con el delito de presentación en juicio de documentos falsos (así en S. 1009/2009, de 14 de octubre de 2009), acerca de la necesidad de que la falsedad previa sea perseguible. En el caso que analiza la citada sentencia, estima que no hubo falsedad sino auto-encubrimiento impune, pero no niega que sea posible exigir que el delito falsario previo no esté prescrito.

RIESGO, PROCEDIMIENTOS ACTUARIALES BASADOS EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIDAS DE SEGURIDAD*

Carlos María Romeo Casabona
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco/EHU

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: En el Derecho Penal español, y en general en el derecho comparado europeo continental, el presupuesto para aplicar cualquier medida de seguridad ha venido siendo hasta hace unos años la peligrosidad criminal, es decir, la comprobación de la probabilidad de que un delincuente *vuelva* a cometer un delito de cierta gravedad.

ABSTRACT: In Spanish criminal law, and in general in continental European comparative law, the budget for applying any security measure has been until a few years ago the criminal dangerousness, that is, the verification of the likelihood of an offender committing again a crime of some seriousness.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal español, Derecho comparado, peligrosidad criminal.

KEYWORDS: Spanish criminal law, comparative law, criminal dangerousness.

SUMARIO: 1. Planteamiento: de la peligrosidad criminal al riesgo. 2. Métodos estadísticos y actuariales. 3. El método actuarial sustentado en el procesamiento automatizado de algoritmos. 4. Un paso más hacia la objetivación: el método actuarial sustentado en el procesamiento automatizado de algoritmos para predecir el riesgo de recidiva criminal (sistemas de inteligencia artificial). 5. Algunas conclusiones para debate.

1. PLANTEAMIENTO: DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL AL RIESGO

En el Derecho Penal español, y en general en el derecho comparado europeo continental, el presupuesto para aplicar cualquier medida de seguridad ha venido siendo hasta hace unos años la peligrosidad criminal, es decir, la comprobación de la probabilidad de que un delincuente *vuelva* a cometer un delito de cierta gravedad. Aunque este concepto está siendo reemplazado en otros sistemas jurídicos europeos¹, la peligrosidad criminal continúa constituyendo todavía el presupuesto y también fundamento de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico²; Por lo que se refiere en particular a los delincuentes imputables peligrosos, su justificación se establece en que la pena no es suficiente para eliminar la peligrosidad que entraña esta persona para la sociedad³. Por consiguiente, la cuestión crucial en esta materia continúa siendo la emisión de un pronóstico criminal fiable y la verificabilidad empírica del mismo⁴.

Si nos referimos de forma más específica al delincuente peligroso imputable, es necesario asimismo que el delito o delitos cuya comisión se estima probable y se trata de prevenir hayan sido señalados previamente por la ley como tributarios de la aplicación de una medida de seguridad, en principio acompañando de algún modo a la pena impuesta por el delito ya cometido, si se comprueba en el proceso judicial el carácter peligroso del delincuente condenado a una pena (principio de legalidad de los estados peligrosos y a partir de ahí el juicio de peligrosidad criminal)⁵.

A gran distancia del último método mencionado, existe actualmente una tendencia en vías de expansión, en concreto en el Derecho Penal continental europeo, que en términos generales proviene del sistema jurídico-penal anglosajón, bien que sus inicios se retrotraen hacia mediados de la pasada centuria⁶.

Por medio de esta metodología se trata de sustituir la noción de peligrosidad criminal como característica psicológica (no necesariamente patológica), y por ello individual y subjetiva, del delincuente, en cuanto presupuesto necesario para poder imponer una medida de seguridad, por la del *riesgo de delinquir* que presenta la conducta de una persona de forma objetiva⁷. Mientras que el primer enfoque ha solido recurrir para determinar la probabilidad de recidiva a métodos en cierto modo intuitivos pero, sobre todo científicos, basados en informes de expertos o especialistas (informes periciales), el segundo se ha valido preferentemente de mediciones y procedimientos supuestamente objetivos que pueden reducir la subjetividad, en este caso, del juzgador, porque se valen en gran medida de procedimientos estadísticos o actuariales, lo que acentúa el automatismo y la despersonalización del análisis. Como se ve, son dos metodologías radicalmente diferentes,

¹ De lo cual es un síntoma evidente la Recommendation on Dangerous Offenders Rec(2014)3, del Consejo de Europa, de 19 de febrero de 2014, como se expondrá más abajo.

² V. C. M. Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1986, pp. 20 y s.; J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I, Tecnos, 6ª ed., Madrid 2004, p. 34; A. Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 65; E.J. Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 77 y ss.

³ V. C. Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, I (trad. al español por D.M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo y J de Vicente Remesal), 2ª ed, Civitas, Madrid, 1997, p. 104.

⁴ V. Á. Sanz Morán, *La peligrosidad criminal. Problemas actuales*, en J.M. Landa Gorostiza (Ed.), E. Garro Carrera (Coord.), *Delincuentes peligrosos*, Ed. Trotta, Madrid, 2014, p. 74.

⁵ La aplicación del principio de legalidad en este ámbito se suele reconocer que es limitada, pues el juicio de peligrosidad tiene un componente conjetural –intuitivo, dice Cerezo Mir–; y las tablas de pronósticos presentan un margen estadístico de error no muy amplio, pero no sirven al juez de seguro punto de apoyo al enjuiciar la peligrosidad de un sujeto *concreto*, añade Cerezo Mir. V. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I, p. 170.

⁶ C. M. Romeo Casabona, Prólogo, en Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. XVIII y s.

⁷ Aunque en este estudio tomemos como referencia exclusiva el juego que ambos conceptos en liza pueden desempeñar en relación con las medidas de seguridad, no debe olvidarse su implicación en diversos momentos vinculados con la ejecución de la pena. V., p. ej., en relación con el concepto de riesgo E. Blay Gil, *Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad*, en J.M. Landa Gorostiza (Ed.), E. Garro Carrera (Coord.), *Delincuentes peligrosos*, cit., pp. 81 y ss.

pero no necesariamente enfrentadas e incompatibles, que se adaptan mejor a presupuestos también distintos, como lo son los señalados de peligrosidad y de riesgo, respectivamente.

No se trata, por consiguiente, de diferencias meramente terminológicas o formales, sino de enfoques, como he señalado, muy diferentes, que pueden conducir a resultados también divergentes sobre la decisión de a qué delincuente habría que aplicarle o no medidas de seguridad.

No es irrelevante señalar que, además, este enfoque aporta un sustento metodológico inmejorable para las corrientes en expansión de las últimas décadas partidarias de un endurecimiento del Derecho Penal, también por la vía de las medidas de seguridad, que responden al pensamiento del Derecho Penal de la seguridad o de la peligrosidad, dispuesto a subordinar cualquier principio fundamentador o limitador del sistema punitivo (incluidas las medidas) al control de los delincuentes autores de los delitos más graves, amparados en la coartada de devolver la confianza de la sociedad en el Derecho Penal⁸.

Esta concepción, que en el fondo parte en ocasiones de ideas retribucionistas e incluso vindicativas encubiertas, ha allanado el camino a tratamientos inocuidadores del delincuente peligroso⁹, y en particular en los últimos años al que es imputable, a través de penas de larga duración, como la cadena perpetua o la prisión permanente revisable, y de medidas de seguridad de corte semejante (custodia de seguridad), que en el Derecho Penal del ámbito anglosajón se ha expresado en la eliminación del sistema de doble vía a cambio de un constructo que fusiona y confunde ambas con el fin prioritario de asegurar el internamiento por tiempo indefinido de estos delincuentes. Especialmente entre los penalistas españoles existe una gran preocupación sobre que este Derecho Penal más duro y poco proclive al principio de proporcionalidad¹⁰ pueda afectar a los principios esenciales del Estado –democrático– de Derecho, temor que comparto y no está exento de razón¹¹.

Algunos especialistas de nuestro país apuestan también por este cambio de perspectiva, pues rechazan la validez actual del concepto de peligrosidad por diversos motivos que lo han llevado a la obsolescencia¹². A la criticada escasa utilidad pronóstica de la peligrosidad criminal, entre otras censuras¹³, se contraponen por esta corriente una preferencia metodológica por la valoración del riesgo, a la que atribuyen una mayor eficacia predictiva, más objetividad y utilidad profesional¹⁴.

⁸ V. sobre esta cuestión en general, J. L. Díez Ripollés, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n° 7, 2005, pássim; A. Urruela Mora, *¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas*, en Cuadernos de Política Criminal, n° 115, 2015, pp. 119 y ss., a la luz de la reforma del CP producida por la LO 5/2010; y en particular respecto al sistema de la doble vía y su evolución más reciente en varios países europeos, M. Pelissero, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. la rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, en Diritto Penale Contemporaneo, pp. 1 y s.; consultado en www.penalecontemporaneo.it/.

⁹ F. G. Sánchez Lázaro, *Deconstruyendo las medidas de seguridad*, en InDret, 2/2010, pp. 5 y 21, menciona también esta tendencia hacia la inocuidación, que posterga en aras al mayor peso normativo que dispensan los principios de libertad y de dignidad.

¹⁰ El principio de proporcionalidad en relación con las medidas de seguridad concreta la justificación ética de las mismas, señala Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I, pp. 38 y s.: la medida debe guardar proporción con la peligrosidad revelada por el delito cometido y por la gravedad del delito o delitos cuya comisión se trata de prevenir. En este contexto el principio de proporcionalidad es entendido por Roxin de otro modo, atendiendo a la ponderación de bienes: Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, p. 106.

¹¹ García Rivas, La libertad vigilada y el Derecho Penal de la seguridad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer y Bdef, Madrid, 2013, pp. 602 y 620 y ss. En esta misma dirección y con semejante inquietud, v. diversas consideraciones críticas sobre las medidas de seguridad aplicadas a los delincuentes imputables peligrosos, en concreto la custodia de seguridad, L. Gracia Martín, *Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 975 y ss. (996 y ss.).

¹² En este sentido A. Andrés-Pueyo, “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer y Bdef, Madrid, 2013, pp. 483 y ss., quien introduce como sustituta la expresión de “riesgo de violencia”.

¹³ Andrés-Pueyo, “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, p. 496, apunta las siguientes: a) confusión conceptual; b) imprecisión operacional; baja capacidad predictiva, y d) estigmatización negativa.

¹⁴ Andrés-Pueyo, “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, p. 484.

Sí es cierto que el concepto de peligrosidad criminal ha venido adoleciendo desde su introducción en el Derecho Penal de diversos aspectos vulnerables. Esta vulnerabilidad se ha venido centrando en algunos factores de incerteza que le son casi consustanciales, y pueden debilitar a su vez la seguridad jurídica, pudiendo proyectarse de este modo sobre el principio de legalidad, como ya apunté hace años en otro lugar¹⁵: la fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación y comprobación de los síntomas de peligrosidad, así como la validez de los síntomas mismos; y la predicción relativa a la probabilidad de volver a delinquir, la cual, por su propia naturaleza, es incierta; es una mera hipótesis de trabajo, pues no puede haber una certeza matemática de que el individuo sometido a examen cometerá un delito en el futuro¹⁶.

Afortunadamente, la reconsideración de cuál deba ser el presupuesto de las medidas de seguridad no ha sido lineal. Los esfuerzos realizados a lo largo de los últimos años, sobre todo por parte de los especialistas en las ciencias sobre el comportamiento humano (Psicología y Psiquiatría, principalmente), se han dirigido a mejorar las técnicas periciales con el fin de reforzar la fiabilidad diagnóstica y predictiva de la peligrosidad, así como su validez y aceptabilidad como herramienta del Derecho Penal actual, de acuerdo con las necesidades político-criminales emergentes¹⁷⁻¹⁸. No obstante, también acabamos de comprobar que algunos especialistas prefieren orientarse a otros presupuestos, más operativos en su opinión, como es el concepto de riesgo, que legitimen la imposición de medidas de seguridad.

Por las repercusiones que puede tener en la práctica judicial de nuestro país (y en la de otros con construcciones legales semejantes), así como sobre todo para los justiciables, voy a dedicar una mayor atención a los métodos predictivos que suelen estar vinculados al concepto de riesgo, que de generalizarse en nuestro país se convertiría en una forma de evaluación novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Pero puedo adelantar ya que esta metodología presenta también graves inconvenientes, tal vez superiores a los que se vinculan con el concepto de peligrosidad criminal.

2. MÉTODOS ESTADÍSTICOS Y ACTUARIALES

En estos métodos descansa más confortablemente el concepto de riesgo. Trata de basar el pronóstico en la inserción del delincuente objeto de estudio y evaluación en un grupo prototípico de delincuentes en los que se aprecia unas ciertas características cuya frecuencia en el grupo apunta hacia una mayor reiteración delictiva, no tanto en su propia individualidad.

Como podremos comprobar, parte de una preocupación compartible, pero no bien enfocada. En efecto, en el recurso a este tipo de procedimientos preocupa eliminar los componentes subjetivos que el propio especialista evaluador del delincuente podría proyectar sobre su evaluación (por prejuicios, empatía o falta de empatía con el evaluado, estados de ánimo del evaluador); ésta ha de ser neutral, objetiva, libre de criterios subjetivos del especialista. La desviación de este propósito, que no merece en sí mismo objeción alguna, es concluir en que la evaluación ha de recaer en aspectos objetivos, despersonalizados del delincuente. El salto metodológico es evidente, pues lo correcto es lo contrario, sin perjuicio de las dificultades que pueda presentar: puesto que se pretende afinar lo más posible sobre la determinación del grado de probabilidad de que el delincuente sometido a evaluación cometa un delito, ese

¹⁵ Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, pp. 30 y s.

¹⁶ Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, p. 31.

¹⁷ V., p. ej., N.A. Farahany (ED.), *The impact of behavioral Sciences on Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 144 y ss. y 340 y ss., si bien hay que subrayar que esta obra colectiva no está centrada en el concepto de peligrosidad.

¹⁸ Sobre si se ha logrado realmente un avance sustancial no me puedo ocupar aquí, pero sí lo hago en otro trabajo, pendiente de publicación, que estructuralmente precede al presente estudio, y en él me ocupo de revisar los métodos que se han venido utilizando para el pronóstico de la peligrosidad criminal, como son el intuitivo y el científico o experimental y, dentro de éste, el llamado clínico: *A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal. Alternativas metodológicas*.

juicio ha de ser lo más individualizado posible, a lo que renuncian, sin embargo, los métodos actuariales. Veámoslo.

Los juicios de predicción del riesgo se sirven de diversas herramientas. El primero de ellos fue el estadístico, de base actuarial, que ha ido derivando a métodos actuariales más puros. Originariamente consiste en la elaboración o utilización de unas tablas de pronóstico o predicción. Su presupuesto metodológico asume que la conducta humana es comprensible a través de la causalidad, y que de los cursos causales pueden extraerse conclusiones y predicciones sobre la conducta que una persona seguirá en el futuro¹⁹; de este modo se reconoce la habitual correlación existente entre la conducta futura y pasada de un individuo²⁰. Las tablas están basadas en cuestionarios más o menos extensos, según los casos, a cuyas respuestas se les otorga una puntuación determinada específica según el valor relativo que se les ha adjudicado previamente. A partir de esas tablas se subsumen las características del sujeto individual en las variables que ofrece la tabla, sumando la puntuación obtenida en cada una de ellas; el resultado permite cuantificar y medir el nivel de riesgo delictivo²¹.

Este régimen se orienta, por consiguiente, al sistema actuarial, pues aplica *modelos estadísticos y matemáticos* para la evaluación del riesgo, en nuestro caso, el riesgo de comisión de un delito por un delincuente determinado, pero clasificándolo en ciertos grupos, no entrando tanto en su pronóstico conductivo psicológico concreto²². Como se verá más abajo, las variantes más recientes se valen de algoritmos para emitir el pronóstico, y se ha empezado a recurrir a sistemas inteligentes computerizados para su tratamiento.

No dejan de ser criterios próximos a la evaluación del riesgo que generan algunas actividades en otros sectores de la vida social (p. ej., la industria del seguro para la que el aseguramiento de ciertos riesgos es la base de su negocio; la industria biotecnológica, de la que se señalan sus riesgos para la vida y la salud de las personas y para el medio ambiente), la utilización de las energías, o el uso de ciertos instrumentos o aparatos, pues se valen de una metodología semejante.

Como decimos, se trata de la evaluación de un riesgo despersonalizado, pues para su declaración no interesa la causa u origen de ese riesgo, a saber, el sujeto delincuente, sino que se centra en la evaluación y en la gestión de aquél, que, no obstante, están relacionadas, como es obvio, con un delincuente determinado inmerso en un proceso penal. No se busca llegar a una individualización precisa del sujeto concreto examinado sobre el pronóstico de su reiteración delictiva personal, sino a clasificarlo e integrarlo en grupos prototípicos a los que se ha asignado un determinado nivel de riesgo²³, y a partir de ahí establecer previsiones sobre la intensidad y la naturaleza del riesgo de volver a delinquir.

De acuerdo con lo indicado más arriba, en la actualidad, en una línea de depuración del enfoque actuarial, frecuentemente se recurre a tablas de evaluación del riesgo. Así, un modelo al que se suele recurrir utiliza una tabla con siete técnicas de cuestionarios, que pueden ser dinámicas o estáticas; algunas de ellas no requieren una entrevista con el sujeto sometido a evaluación, pues basta con su cumplimentación personal, o bien puede requerirse la aportación de datos a los que puede acceder directamente el perito, al hallarse disponibles en el expediente judicial de aquél²⁴.

Un ejemplo de procedimiento actuarial lo podemos encontrar en el *HCR-20*, conocido como “Guía para la valoración de la peligrosidad criminal”.²⁵ Es un instrumento clínico

¹⁹ Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, p. 38.

²⁰ Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, pp. 74 y s.

²¹ Sanz Morán, *La peligrosidad criminal. Problemas actuales*, p. 75.

²² Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 101 y ss.

²³ Sanz Morán, *La peligrosidad criminal. Problemas actuales*, p. 75.

²⁴ D. P. Farrington / D. Jolliffe / L. Johnstone, *Assessing Violence Risk: a Framework for Practice. Final Report*, University of Cambridge, 2008. V. también, J. Bonta / D.A. Andrews, *Risk-Need-Responsivity. Model for Offender Assessment and Rehabilitation*, 2007.

²⁵ V. <http://crimina.es/crimipedia/topics/la-peligrosidad-criminal> (consultado el 23.05.2017). Existe edición en español adaptada al ordenamiento jurídico español: A. Hilterman, A. Andrés-Pueyo y Grup d'Estudis Avançats en Violència (GEAV) (Eds.), *HCR-20. Guia para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Edicions de la

estructurado cuyo objetivo principal es la valoración del riesgo de cometer un acto de violencia general; tiene en cuenta la biografía histórica (pasado), los aspectos clínicos (presente) y el afrontamiento del riesgo (futuro), con un total de 10, 5 y 5 respuestas para cada uno de estos campos, respectivamente. De amplio uso en Norteamérica y en varios países europeos, actualmente se ha convertido en un instrumento de uso para predecir el riesgo de comportamientos violentos en poblaciones penitenciarias y psiquiátricas. Se podrían citar otros muchos modelos actuariales, como el *static 99*, aplicado en los EEUU a los delincuentes sexuales²⁶.

Uno de los problemas que presentan estas tablas radica en que en el cuestionario se incluyen en ocasiones preguntas que guardan relación con el estilo de vida o con el entorno familiar, pero no de modo inmediato, ni siquiera mediato –entiendo–, con una proclividad al delito o que al menos puedan calificarse como factores criminógenos. A pesar de ello se computan en la evaluación final sobre el pronóstico criminal (así, si el sujeto concluyó o no sus estudios primarios, si sus padres se separaron o divorciaron, si es o ha sido consumidor de drogas, sin discriminar la mayor o menor intensidad de su potencialidad adictiva o no adictiva, etc.).

Estos criterios son más afines a categorías paradelictivas que suele manejar la Criminología norteamericana, la cual habitualmente incluye en su objeto de estudio conductas de desviación social no delictivas aunque puedan perseguir tan sólo meros objetivos comparativos. Sin embargo, este enfoque no ha solido tener cabida en los ordenamientos jurídicos ni en la Criminología de la Europa continental; en concreto, no la tiene en el español, una vez superado y eliminado el parámetro tan excesivo y pernicioso de la peligrosidad social como presupuesto para la aplicación de medidas de seguridad²⁷.

En cuanto a la llamada gestión del riesgo, que es el segundo componente de acotación, tratamiento y prevención de este último, se han elaborado diversos procedimientos²⁸. En este lugar sólo voy a referirme ahora a los trabajos emprendidos por el Consejo de Europa.

En efecto, en el ámbito europeo, en concreto en una Recomendación del Consejo de Europa de 2014²⁹, se mantiene la expresión de “dangerous offender”, delincuente peligroso, aludiendo a la peligrosidad de reincidir que presenta un delincuente determinado. Sin embargo, la noción de peligrosidad es sustituida por otra de riesgo próxima a la que nos venimos ocupando, y, como vamos a comprobar, más neutral, objetiva y aséptica, aunque veremos que de forma menos tajante que otras soluciones de derecho comparado de clara influencia anglosajona. Por la influencia que puede ejercer en el derecho interno de los Estados Miembros de este organismo internacional, voy a mencionar los aspectos más directamente relacionados con el riesgo que incluye esta Recomendación.

El *riesgo* se define como la alta probabilidad de realización de una ulterior infracción sexual o de otra con violencia contra las personas, teniendo que ser ambas muy graves³⁰.

La *evaluación del riesgo* es entendida como el proceso por el cual se analiza y comprende el riesgo. Con él se examina la naturaleza, la gravedad y el patrón de los delitos; se identifican las características de los delincuentes y las circunstancias que contribuyen a ello. Esta

Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, *passim*. Un traducción de la última versión del inglés: K. S. Douglas, S. D. Hart, C. D. Webster y H. Belfrage, K. Arbach-Lucioni y A. Andrés Pueyo, HCR-20v3: Valoración del riesgo de violencia. Guía del evaluador, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, *passim*.

²⁶ V. con mayor detalle y amplitud diversas tablas que estudia, Armaza Armaza, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, pp. 109 y ss.; más brevemente, también con consideraciones críticas, M. Salat Paisal, La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 106 y s.

²⁷ V. sobre este concepto, que se mantuvo en nuestra legislación hasta la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 por el CP de 1995, en Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, pp. 46 y ss.

²⁸ V. sobre este particular, Risk Management Authority, Standards and Guidelines for risk management, Paisley (Scotland, United Kingdom), 2012, *passim*.

²⁹ Recommendation on Dangerous Offenders Rec(2014)3, del Consejo de Europa, de 19 de febrero de 2014. Existe traducción no oficial al español de E. J. Armaza Armaza publicada en: www.catedraderechoygenomahumano.es. En realidad el ámbito de aplicación de esta Recomendación se circunscribe a los delincuentes imputables peligrosos, como se deduce de la definición que contiene sobre delincuente peligroso (punto 1, a).

³⁰ *Recommendation*, punto 1, c).

evaluación del riesgo contribuye a una toma de decisiones adecuada, así como a la determinación de las acciones apropiadas con el fin de reducir el riesgo³¹.

Y, finalmente, la *gestión del riesgo* es el proceso de selección y aplicación de una serie de medidas de tratamiento (medidas de seguridad) en un centro de custodia y en entornos comunitarios, así como en el período posterior a la liberación o en el contexto de la ejecución de una medida de control preventivo, con el objetivo de reducir el riesgo de comisión de un delito de naturaleza sexual u otro, muy grave, cometido con violencia contra las personas³².

El concepto de riesgo así entendido se presta en la actualidad a varias confusiones³³.

En primer lugar, existe la tendencia a identificarlo únicamente con el *delincuente violento*. Acotación conceptual y criterio metodológico restrictivos que me parecen incorrectos. Sin embargo, no me merece censura desde un punto de vista político-criminal; al contrario, debe propugnarse que se limite a este perfil de delincuentes, al implicar una limitación de la imposición de medidas de seguridad de especial rigurosidad únicamente a los delincuentes imputables responsables de delitos particularmente graves, como son los que incluye la Recomendación citada, es decir, delitos muy graves de naturaleza sexual violentos contra las personas³⁴⁻³⁵ y en general el derecho comparado europeo.

Hecha esta aclaración, la identificación del riesgo con la violencia o con un delito violento señalaba más arriba que no es correcta, porque no puede descartarse que una ley determinada pueda prever la imposición de medidas de seguridad a los autores de delitos no violentos que presenten a su vez una indiscutible gravedad, como podrían ser algunos delitos relacionados con la criminalidad organizada, con el tráfico de drogas, con la salud pública, la seguridad pública o, indudablemente también, contra el patrimonio o el orden socio-económico.

Por otro lado, suele aceptarse que los delitos de máxima gravedad presentan *tasas comisivas muy elevadas*. Al menos los datos sobre estos delitos en España revelan que su número no es muy elevado en comparación con otros países y que su incremento en los últimos años no es alarmante, no marca una tendencia sobre un previsible aumento significativo de algunos delitos graves³⁶.

Debe subrayarse asimismo la general aceptación de que el estado peligroso es una característica de la personalidad inmutable, no susceptible de influencias de diverso tipo. Esta creencia conduce a asumir que las reacciones penales, las consecuencias jurídicas, pueden ser de duración indefinida, para toda la vida del delincuente condenado y que sólo están indicadas medidas asegurativas, no rehabilitadoras, puesto que no se les reconoce ninguna operatividad para lograr la reinserción social, como es la segregación o inocuización del delincuente peligroso, recordando así la posición de los positivistas más conspicuos en los albores del siglo XX. Al contrario, puede apuntarse una cierta estabilidad

³¹ *Recommendation*, punto 1, d).

³² *Recommendation*, punto 1, e).

³³ Andrés-Pueyo, "Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico", pp. 497 y ss., apunta algunas de las confusiones que siguen al concepto de peligrosidad, pero las perspectivas político-criminales actuales inducen a trasladarlas más bien al concepto de riesgo, sin perjuicio de las que puedan compartir ambos.

³⁴ De la definición de delincuente peligroso que establece la citada Recomendación se desprende tanto la vinculación del riesgo con delitos violentos, como su limitación a dos grupos de ellos especialmente graves: "A dangerous offender is a person who has been convicted of a very serious sexual or very serious violent crime against persons and who presents a high likelihood of re-offending with further very serious sexual or very serious violent crimes against persons" (punto 1, a), lo que obliga a precisar qué se entiende por violencia: "Violence may be defined as the intentional use of physical force, either threatened or actual, against persons, that either results in, or has a high likelihood of resulting in, injury, psychological harm or death. This definition identifies four means by which violence may be inflicted: physical, sexual and psychological attack and deprivation of liberty".

³⁵ Las medidas previstas son: internamiento preventivo de seguridad o custodia de seguridad y control preventivo o medidas restrictivas de la libertad, principalmente *Recommendation*, puntos 16 a 22 y 23 a 25, respectivamente.

³⁶ V. Según revela una somera lectura de las estadísticas judiciales de los últimos años, así de 2012 a 2015 los datos indican oscilaciones no significativas que confirman un estancamiento en los delitos de asesinato, homicidio, lesiones y contra la libertad e indemnidad sexuales (véase <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>).

de la reincidencia en delitos muy graves, aunque con un incremento más elevado en relación con delitos no graves³⁷.

Finalmente, es usual también considerar que se trata de un fenómeno que puede ser identificado y acreditado exclusivamente de forma objetiva, despersonalizada, mientras que los especialistas apuntan que con procedimientos exclusivamente actuariales se escapan de control –del pronóstico de reincidencia– aquellos delincuentes que reinciden como consecuencia de arranques de violencia no pronosticados o por la concurrencia de otras circunstancias extraordinarias que puedan alterar el comportamiento del individuo.³⁸

El riesgo así entendido y amparado en procedimientos actuariales en realidad no establece la probabilidad de que un delincuente vuelva a delinquir, no llega a predecir de forma individual su comportamiento criminal, sino si pertenece a un grupo de delincuentes en el que el riesgo de recidiva es superior³⁹ (“grado de riesgo”).

A la vista de los diversos procedimientos que conoce la Criminología para evaluar el riesgo de volver a delinquir, los procedimientos actuariales, que han ganado con el tiempo en precisión y fiabilidad, podrían ser utilizados por el juez o tribunal en el proceso penal como elementos complementarios o confirmatorios de la predicción obtenida a partir de informes individuales de especialistas, pero no como fuente principal y prioritaria o exclusiva para la evaluación del riesgo, pues no es éste el objetivo final, sino anticipar de la forma más fiable posible la probabilidad de delinquir una persona concreta.

En resumen, aunque en ocasiones sea muy plausible la concurrencia de la “alta probabilidad” de que un delincuente vuelva a delinquir y pueda entrar por ello en la categoría de delincuente peligroso, en otras ocasiones no es tan fácil llegar a esta conclusión, aunque aparentemente pueda parecer muy claro en el caso concreto. No se olvide que al estar ocupándonos del comportamiento humano futuro, siempre deberá situarse, por su propia naturaleza, en el ámbito de lo conjetural, aunque pueda serlo en un grado mayor o menor. Este es el gran desafío que debe afrontar la calificación de un delincuente como peligroso o, si se prefiere, la evaluación del riesgo de recidiva delictiva que presente aquél.

Se suscitan, por otro lado, reflexiones de diferente naturaleza, más centradas ahora en las consecuencias jurídicas aplicables a esta clase de delincuentes, los imputables peligrosos. Las medidas de seguridad de internamiento por tiempo indeterminado, ¿no comportan una pérdida de su propia identidad en relación con la pena de prisión permanente? Puestos a imponer una privación de libertad a perpetuidad, ¿no resulta más garantista configurarla como pena que como medida de seguridad, dado que ésta se basa en el discutido concepto de peligrosidad criminal o del objetivado y automatizado de riesgo? A pesar de otras objeciones que podrían oponerse, la configuración del internamiento como pena nos sitúa, al menos como referente, en torno a un delito existente, el ya cometido, en el que se fundamenta su imposición y marca un límite de acuerdo con el principio de proporcionalidad, aunque en este caso se haya producido la quiebra del mismo, al ser permanente la privación de libertad.

No debe deducirse de estas reflexiones que estime aceptable penas como la de prisión permanente revisable, a la que ha dado acogida el CP en 2015, pues ésta a su vez plantea numerosos problemas de naturaleza muy diversa, pero muy relevantes, sobre los que no

³⁷ En este sentido, con apoyos en datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística en el período comprendido entre 1998 y 2011, Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 44 y s. Con un enfoque más criminológico y centrado en los “asesinos en serie” (“serial killers”) y en otros delitos cometidos con reiteración, también graves (sobre todo delitos de naturaleza sexual y otros violentos contra menores), A Dyjak, *Tueurs en série. L'invention d'une catégorie criminelle*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2016, pássim (en especial pp. 275 y ss.), quien en realidad va más allá, poniendo en duda el acierto de esta categorización, importada de los EEUU.

³⁸ Así lo subraya Urruela Mora, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, p. 75; en el mismo sentido, Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 97.

³⁹ Sanz Morán, *La peligrosidad criminal. Problemas actuales*, p. 75. También crítico, García Rivas, *La libertad vigilada y el Derecho Penal de la seguridad*, p. 615.

puedo ocuparme en este lugar, que me llevan a la conclusión favorable a su rechazo sin fisuras.

Sí aludiré a uno más relacionado con este estudio, pues otro problema continúa siendo la revisión de la pertinencia del mantenimiento de esta pena, es decir, que el condenado continúe o no privado de libertad. ¿Cuál será entonces el fundamento de la excarcelación a partir de la pena de prisión: la disminución o desaparición de la peligrosidad del delincuente, otro criterio o la combinación de varios? ¿Pues cuál es el sentido de que el tribunal acuerde la finalización o el mantenimiento de la pena de prisión si no es valorar, entre otros aspectos, el riesgo de que el recluso vuelva a delinquir una vez producida la excarcelación? Indudablemente, no será suficiente con la comprobación de la muy larga permanencia en prisión del condenado, aparte de que, salvo en casos especiales (v. art. 78 bis CP), el cambio al tercer grado en el cumplimiento de la pena de prisión sólo podrá hacerse a partir del cumplimiento efectivo de quince o veinte años (art. 36.1 CP)⁴⁰.

3. EL MÉTODO ACTUARIAL SUSTENTADO EN EL PROCESAMIENTO AUTOMATIZADO DE ALGORITMOS

Es un sistema que toma como punto de partida la metodología anterior, es decir, parte de una base actuarial, utilizando datos convertidos en algoritmos, en la que la evaluación de estos últimos disponibles se automatiza y se objetiva todavía más, si cabe, mediante su procesamiento por procedimientos informáticos de sistemas de inteligencia artificial.

En esencia no es, por consiguiente, un método diferente, sino una herramienta tecnológica nueva que trataría de forma “inteligente” los algoritmos que sirven de base al procedimiento actuarial. No obstante, por las novedades tecnológicas que comporta y el impacto que puede tener en las decisiones judiciales en un futuro, tiene interés tratarlo por separado. Por otro lado, no debería descartarse que con un desarrollo más perfeccionado y sofisticado de sistemas de inteligencia artificial éstos fueran capaces de predecir de forma objetiva -automatizada- el comportamiento criminal de un delincuente a la vista de su personalidad. Pero esto –afortunadamente, por lo que podría comportar para el conjunto de los ciudadanos-, no es previsible que pueda hacerse, ni siquiera es plausible que sea factible a medio plazo.

En derecho comparado contamos ya con la utilización de este método, respaldado por algunas sentencias judiciales (EEUU), en las que la cuestión que fue objeto de litigio, sorprendentemente, no fue única o principalmente la técnica en sí, que conduce a hacer descansar el proceso evaluador en sistemas informáticos no suficientemente contrastados, sino en la suficiencia o no de garantías procesales para el acusado (compatibilidad con el derecho al debido proceso en el Derecho estadounidense, o con nuestro derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE).

Por las dudas fundadas que suscita la fiabilidad de este procedimiento, al parecer todavía algo rudimentario, y por el cuestionamiento que puede comportar para otras garantías constitucionales, este método ha sido objeto de numerosas críticas, al menos a la vista de su implementación actual. De ello me ocuparé más abajo.

⁴⁰ El CP contempla dos aspectos fundamentales para acordar la excarcelación (art. 92 CP): el riesgo de reiteración delictiva y la reinserción social del penado.

4. UN PASO MÁS HACIA LA OBJETIVACIÓN: EL MÉTODO ACTUARIAL SUSTENTADO EN EL PROCESAMIENTO AUTOMATIZADO DE ALGORITMOS PARA PREDECIR EL RIESGO DE RECIDIVA CRIMINAL (SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL)

Las construcciones actuariales para la determinación de la peligrosidad o del riesgo, lejos de haber perdido interés, han ido ganando terreno, incluso recurriendo a las tecnologías de la información, y en fases próximas más desarrolladas, a sistemas de inteligencia artificial muy avanzados. Si bien es cierto que el recurso a estas tecnologías comporta una importante innovación para el Derecho Penal, pues en último extremo tratan de asistir al juez en la toma de decisiones sobre un delincuente procesado penalmente en función de su previsible comportamiento futuro, también se están abriendo camino estos recursos tecnológicos que se sirven de algoritmos en otras actividades de la vida social, como ocurre, por ejemplo, con las decisiones relacionadas con la concesión de un préstamo, el reconocimiento de un crédito, la contratación de un seguro privado de vida o de enfermedad o en el ámbito médico-asistencial (p. ej., no iniciar un tratamiento por parte de los médicos, sobre todo con medicamentos, pero también respecto a otro tipo de intervenciones, del que se sabe a partir de las características biológicas que presenta el paciente que no va a responder favorablemente al mismo, con las consecuencias que puedan acarrear a unos y a otros si no cuentan con soluciones alternativas).

En conclusión, y con las lógicas peculiaridades específicas, tenemos a las puertas un amplio panorama nuevo al que habrá que dar las respuestas que correspondan de forma global y sectorial, en todo caso pensando en las que puedan ser más favorables para los individuos afectados, pero teniendo a la vista también, siempre en su justa medida, los intereses de la colectividad.

Veamos un ejemplo de cómo se está introduciendo esta innovadora metodología en el ámbito particular del Derecho Penal sustantivo y procesal, tanto para otorgar la libertad condicional o la imposición de un programa de rehabilitación, como para fundamentar la condena a una pena de prisión de larga duración⁴¹ o la imposición de una medida de seguridad.

El Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin dictó una sentencia en la que se pronunció por primera vez sobre la constitucionalidad del uso de algoritmos procesados informáticamente (mediante un sistema de inteligencia artificial) como fundamento del fallo del tribunal de instancia inferior (caso *Wisconsin v. Loomis*)⁴².

En su fallo el Tribunal aceptó su utilización, argumentando que el derecho de los acusados al debido proceso⁴³ no fue violado por el mero hecho de que no pudieron acceder a una explicación adecuada sobre el tratamiento informático de los algoritmos⁴⁴. Para apoyar esta posición, el Tribunal señaló que la exactitud de los instrumentos utilizados y la capacidad de los jueces para entender su posible mal funcionamiento eran suficientes para asegurar los derechos de los acusados⁴⁵.

He aquí un breve resumen de los hechos en litigio: en febrero de 2013, Eric Loomis fue arrestado mientras conducía un automóvil que había sido utilizado durante un tiroteo. Poco

⁴¹ V. Katherine Freeman, *Algorithmic Injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, North Carolina Journal of Law and Technology (NCJL & Tech.), Vol. 18, 2016, pp. 75 y ss.

⁴² Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

⁴³ No es fácil encontrar un equivalente de este derecho en el ordenamiento jurídico español. Por derecho al debido proceso podríamos entender el desarrollo de procedimientos judiciales estrictamente acordes con los principios y procedimientos establecidos por la ley, de modo que se garantice un juicio justo para todos los acusados. Lo más cercano que podemos encontrar, en el marco de los derechos fundamentales, es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

⁴⁴ Definición de algoritmo: "Conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas".

⁴⁵ V. I. De Miguel Beriaín, *Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling*, *Law, Probability and Risk*, Vol. 17, 1, 2018, pp. 45-53.

después, se declaró culpable de haber eludido a un agente de policía y de haber utilizado un vehículo sin el consentimiento de su propietario⁴⁶. El procesado fue condenado como culpable de estos hechos a seis años de prisión. Lo que hizo que este fallo fuera especialmente relevante radica en que el tribunal de circuito que pronunció dicho fallo reconoció explícitamente que la duración de la sentencia había sido determinada en parte por el uso de una herramienta de evaluación de riesgo de cuarta generación denominada Perfiles de Gestión de Delincuentes Correccionales para Sanciones Alternativas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, COMPAS), un algoritmo desarrollado por Northpointe, Inc⁴⁷. La herramienta COMPAS pretende predecir el riesgo de reincidencia de un individuo sobre la base de un análisis complejo que implica el uso de la información obtenida de una encuesta de 137 preguntas dividida en varias secciones diferentes, así como de la información correspondiente a los antecedentes penales individuales. La utilización de COMPAS ha sido promovida por el Estado de Wisconsin.

El tribunal de instancia declaró a este respecto: "Usted ha sido identificado, a través de la evaluación de COMPAS, como un individuo de alto riesgo para la comunidad. Mediante la ponderación de diversos factores, hemos descartado la libertad condicional debido a la gravedad del crimen cometido y porque su historial personal, su historial de libertad bajo control y las herramientas de evaluación de riesgos que se han utilizado, sugieren que Ud. representa *un riesgo extremadamente elevado de volver a delinquir*".

Como se deduce de este párrafo y de la propia condena, no se trataba de imponer una medida de seguridad, sino de una pena de mayor duración y de no conceder la libertad condicional.

La defensa del Sr. Loomis no aceptó la sentencia y decidió apelarla, alegando que el uso del sistema COMPAS era inadecuado y violaba el derecho de su representado al debido proceso (*the right to a due process*). Apoyó su recurso en tres argumentos principales. Conforme al primero de ellos, declaró que no había podido conocer la manera exacta por la que se calculó su puntuación con COMPAS, debido a que esta técnica era de propiedad privada (y se determinó por el tribunal que había que proteger los derechos de propiedad intelectual de la empresa que lo construyó, al parecer recurriendo al llamado secreto de empresa). En segundo lugar, alegó que el uso de este software violaba su derecho a una sentencia individualizada, ya que el algoritmo únicamente generaba datos basados en estadísticas de grupo. Y, por último, argumentó que su uso constituía una discriminación por razón de género porque sus evaluaciones tenían en cuenta el género. Desde perspectivas diferentes, las tres objeciones en las que sustentó la defensa su recurso son de un gran calado, especialmente las dos primeras.

Debido a la importancia de la decisión, la apelación de Loomis fue rápidamente registrada de forma directa ante el Tribunal Supremo de Wisconsin. Poco tiempo después, el Tribunal publicó su fallo sobre las cuestiones que fueron objeto del recurso de apelación⁴⁸. Nos hallamos ante una decisión extraordinariamente importante, ya que fue la primera en abordar la constitucionalidad del uso de algoritmos en una sentencia judicial.

¿Cuál fue entonces el sentido del fallo del Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin?

El fallo de *Wisconsin v. Loomis* negó la validez de los argumentos del apelante. Como consecuencia, el Tribunal Supremo de Wisconsin creó un precedente relevante sobre la aceptación del uso del sistema inteligente COMPAS o de cualquier otro instrumento automatizado de evaluación de riesgos por medio de algoritmos, en la determinación de una sentencia, una práctica cuya extensión en el contexto judicial de los Estados Unidos es previsible a partir del camino abierto por esta sentencia.

Por otra parte, el Tribunal tomó una decisión extremadamente importante sobre el contenido del derecho al debido proceso, porque declaró que no se violaba este derecho del acusado, aunque él no pudiera obtener información precisa sobre los aspectos técnicos involucrados en el proceso de evaluación de riesgos. Al hacerlo, el Tribunal aplicó el

⁴⁶ State v. Loomis, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

⁴⁷ Véase: <http://www.northpointeinc.com/products/core>. Visitado el 5.03.2018.

⁴⁸ Por sentencia del 13 de julio de 2016. State vs. Loomis, 881 N.W.2d 749, 770-71 (Wis. 2016).

contenido concreto de los precedentes establecidos por la sentencia del caso *Gardner v. Florida*⁴⁹, al afirmar que los acusados no tienen un "derecho a la explicación", es decir, el derecho a un conocimiento detallado de la información incluida en su Informe de Investigación sobre la Pre-sentencia (IIP en adelante), sino un mero "derecho a la información" de los medios utilizados para producir el IIP.

Se utilizó también esta otra línea argumental acabada de mencionar contra la sentencia: el supuesto derecho a la información (*right to explanation*). En efecto, el recurso de apelación de Loomis incluía la afirmación de que *"la consideración por un tribunal de circuito de una evaluación del riesgo de COMPAS viola el derecho a un proceso debido del procesado a ser sentenciado basándose en una información exacta"*. El apelante sostuvo que este derecho fue violado porque la característica de propiedad privada de COMPAS impide que un procesado impugne la validez científica de la evaluación del riesgo. En otras palabras, el acusado alegó que no había podido refutar la evaluación de riesgos realizada por medio de COMPAS adjunta a su IIP porque se le había negado por completo el acceso al algoritmo como tal. Por lo tanto, no se le había garantizado el acceso a la información completa contenida en su IIP, hecho que violaba su derecho al debido proceso, como establecieron las sentencias *Gardner v. Florida*⁵⁰ y *State v. Skaff*⁵¹, decisiones en las que el tribunal *"dejó claro que el acusado debe tener los medios para examinar la adecuación de su sentencia y los factores que influyen en ella"*⁵². De este modo, la defensa de Loomis buscó un apoyo en el llamado "derecho a la explicación", es decir, el derecho a saber no sólo que un algoritmo de evaluación de riesgos sirvió de fundamento de una decisión judicial, sino también a cómo se produjo esa evaluación. Si se hubiera reconocido este derecho, el acusado habría podido acceder a la estructura funcional que rige a COMPAS. De hecho, la empresa desarrolladora de este sistema de inteligencia artificial debería haber revelado el secreto de empresa y haber explicado cómo funcionan los métodos y procesos automatizados de COMPAS en la práctica, incluyendo cómo se seleccionan las puntuaciones de riesgo o cómo se ponderan los factores concurrentes. Debería haber ofrecido también su código fuente para su análisis por parte del procesado.

Frente a estos argumentos de la defensa el Tribunal declaró que este derecho no era esencial para que el demandado disfrutase de su derecho a una defensa equitativa. Para refutarlo, se basó en dos líneas argumentales diferentes. Por un lado, reconoció que todos los acusados tienen el derecho de revisar y verificar la información contenida en el IIP sobre la cual el tribunal de circuito basó su decisión.

El Tribunal Supremo de Wisconsin consideró, sin embargo, que "la Guía del Usuario del COMPAS de 2015 de Northpointe explica que las puntuaciones de riesgo se basan principalmente en información estática (historial criminal), con uso limitado de algunas variables dinámicas (es decir, p. ej., asociación criminal, abuso de sustancias)". Sobre esta base, y en la medida en que la evaluación de riesgos de Loomis se basó en sus respuestas a las preguntas formuladas por COMPAS y en los datos disponibles públicamente sobre su historial delictivo, el tribunal juzgó que el acusado había tenido la oportunidad de verificar la exactitud de la información proporcionada por el mecanismo de evaluación de riesgos y, en consecuencia, dictaminó que su derecho a la defensa no había sido violado, incluso aunque el propio tribunal reconociera que no se le había dado la oportunidad de entender el funcionamiento interno del algoritmo. El Tribunal admitió también que las puntuaciones sobre riesgo que fueron mostradas a Loomis no explicaban cómo el algoritmo COMPAS utilizó la información para calcularlas, pero consideró que su derecho a obtener información exacta sobre su IIP fue suficientemente cumplido por su acceso a la información incluida en la guía Northpointe's 2015.

⁴⁹ *Gardner v. Fla.*, 430 US 349, 351-52 (1977)] y *State v. Skaff* [*State v. Skaff*, 447 NW.

⁵⁰ Declaró que "el demandado tiene un interés legítimo respecto al procedimiento que conduce a la imposición de la pena, incluso si no tiene derecho a oponerse a un determinado resultado del proceso que conduce a la sentencia (5 *Gardner v. Fla.*, 430 US (1977), en 358.

⁵¹ *State v. Skaff*, 447 NW2d 86 ff (Wis. Ct. App. 1989).

⁵² Freeman, *Algorithmic Injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, pp. 102 y s.

Y ya para terminar esta relación de razonamientos manejados por el tribunal norteamericano, veamos un segundo argumento, complementario del anterior. El Tribunal Supremo de Wisconsin reforzó su argumento principal añadiendo que, aun cuando las objeciones de Loomis fueran parcialmente correctas, la experiencia de los jueces compensaría la inexactitud de las herramientas, pero que los obstáculos para asegurar la confianza en la capacidad y/o voluntad de la empresa desarrolladora del programa podrían generar un serio problema. A este respecto, el tribunal pidió la implementación de un "puñado de etiquetas de advertencia para proteger a los acusados", como parte de una estrategia que aliente al personal de justicia a usar su juicio profesional y a anular el riesgo informáticamente obtenido si fuera oportuno. De hecho, el tribunal dictaminó que "cualquier Informe de Investigación de Pre-sentencia (IIP) que contenga una evaluación de riesgo efectuada por COMPAS y presentada ante el tribunal debe contener: i) un acta escrita que enumere las limitaciones; ii) una lista que incluya información sobre la naturaleza de propiedad privada de COMPAS; iii) el hecho de que se basa en datos grupales iv) las cuestiones relativas a los delincuentes pertenecientes a minorías; v) la composición nacional de las muestras involucradas.

Por último, la sentencia apoyó este segundo haz de argumentos subrayando que la naturaleza pura de la herramienta -una herramienta de apoyo destinada a mejorar la evaluación por parte de un juez- permite compararla con otras pruebas aportadas en el proceso. De hecho, se afirma explícitamente que "COMPAS es simplemente una herramienta disponible para un tribunal en el momento de pronunciar su sentencia y todo tribunal es libre de confiar en unas partes de la evaluación, pero rechazar otras". Por lo tanto, los jueces siempre pueden compensar cualquier posible rendimiento inferior o resultados sesgados de la herramienta.

Hasta aquí la sentencia. Resulta paradójico que al final el Tribunal Supremo de Wisconsin insista en la admisión de este medio de prueba, cuando reconoce en él tantas limitaciones, debilidades e inconvenientes, y que acabe reconduciendo su utilización al fundamental principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, lo que, sin embargo, no parece que se hiciera en la primera sentencia de instancia.

La cuestión procesal no terminó aquí, pues el caso fue llevado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con la petición de revisión de la sentencia dictada por la instancia inferior (el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin). Se volvió a impugnar el uso por parte del Estado de Wisconsin del software propietario y de código cerrado (no accesible al condenado) de evaluación de riesgos; se alegó asimismo que el uso de dicho software en la sentencia violaba el derecho del acusado al debido proceso porque impedía que el acusado cuestionase la validez científica y la exactitud de dicho medio de prueba; así como que el sistema en cuestión (COMPAS) violaba los derechos al debido proceso al tomar en cuenta el género y la etnia.

El TS de los EEUU denegó la admisión del recurso⁵³, lo que impidió que entrara en el fondo del caso, es decir, en la legitimidad de utilizar un sistema informático inteligente como soporte de una condena penal, y si se viola o no el derecho al debido proceso legal para condenar a alguien basándose en un instrumento de evaluación de riesgos cuyo funcionamiento está protegido como secreto comercial⁵⁴.

En otro caso judicial similar se utilizó el mismo sistema (COMPAS), pero se denegó también al condenado el acceso al software, que había señalado el riesgo de reincidencia si salía de prisión bajo palabra (libertad condicional), frente a los informes favorables de la oficina de rehabilitación. En una ulterior petición a la comisión sobre libertad condicional sucedió lo mismo, es decir, se mantuvo la disconfomidad de pronóstico entre los empleados y el sistema inteligente; pero en este caso el condenado, a la vista del fracaso de su intento

⁵³ Caso *Loomis v. Wisconsin*, Decisión de 26 de junio de 2017.

⁵⁴ V. R. Wexler, *When a Computer Program Keeps You in Jail*, The New York Times, 13 junio 2017.

anterior, había solicitado que a pesar de tal discordancia se le concediera la libertad, que es lo que finalmente se acordó por la comisión competente⁵⁵.

¿Qué valoración merece la sentencia sobre el caso Loomis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español? Es decir, planteando la hipótesis de que esta tecnología fuera importada al sistema judicial español o de otro país de nuestro entorno geográfico y cultural. En particular, debe subrayarse el efecto notablemente restrictivo que podría comportar para el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de nuestra Constitución y hasta posiblemente para la incolumidad de su contenido esencial, puesto que el tribunal estadounidense dejó sentado que no se vio afectado el derecho al debido proceso. Recordemos que el art. 24 de la CE dice sobre este particular:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener 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.”

En particular, ¿qué consecuencias podrían derivarse de la adopción de este instrumento informático o de otro similar utilizado como base para determinar el riesgo de recidiva de un delincuente ya condenado para nuestro sistema de medidas y para aplicación una medida de seguridad concreta, por ejemplo, privativa de libertad, de estar prevista en el CP? O, incluso, para imponer la libertad vigilada o para decidir los cambios de grado en el cumplimiento de una pena de prisión o el reconocimiento de otros beneficios en el cumplimiento de la pena.

Cuando menos, debe reconocerse:

1º Dada la información que se desprende de las sentencias, desde el punto de vista de la fiabilidad del sistema inteligente utilizado, parece precipitada su incorporación al proceso en la fase actual de su desarrollo, dado que se ha comprobado que puede obtener resultados contradictorios con otros informes de expertos o especialistas humanos. Es necesario un desarrollo más depurado y avanzado de esta clase de herramientas, basadas en la utilización de algoritmos a través de sistemas inteligentes, los cuales, probablemente no disponen todavía de recursos digitales más evolucionados y potentes en sentido cualitativo⁵⁶.

Se encuentra en juego aquí nada menos que un fallo judicial de carácter penal, apoyado en estas tecnologías, de lugar a la imposición de una consecuencia jurídica privativa de uno de los derechos más apreciados por el ser humano y más intensamente protegidos por el ordenamiento jurídico: la libertad ambulatoria, de la que privan tanto la pena como la medida de internamiento (custodia de seguridad).

2º Se anteponen al derecho al debido proceso del condenado (que se integraría en el Derecho español en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, según he apuntado más arriba) los intereses económicos privados de la empresa que construyó el sistema de inteligencia artificial. En efecto, así debe entenderse que sucede, al negar el acceso a la estructura de funcionamiento del mismo (en concreto, el código fuente), aunque tal acceso no fuera exhaustivo y pudiera ser sometido a deber de secreto a quienes tuvieran acceso al mismo para realizar su análisis pericial o el ejercicio de la defensa, con el fin de

⁵⁵ Wexler, *When a Computer Program Keeps You in Jail*, cit., menciona este caso. Otro proceso al que alude este autor está relacionado con un software preparado para cruzar perfiles de ADN (*TrueAllele*). En él se denegó al acusado la posibilidad de verificar el funcionamiento del mismo, incluso aunque su defensa aceptaba una medida protectora para salvaguardar el código fuente. Este último problema estaría resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, dado el reconocimiento y acreditación oficial del que goza el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, como organismo integrado en el Ministerio de Justicia.

⁵⁶ De Miguel Beriaín, *Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling*, p. 48.

proteger el secreto comercial y con ello impedir el acceso a la información resultante de este medio de prueba a otras empresas competidoras en el sector.

Surge entonces la duda respecto a en qué marco jurídico real se inscribe la protección legal frente al acceso del sistema inteligente, dada la amplitud que tiene la *Intellectual Property* en el Derecho norteamericano, pues en principio el efecto protector de la patente obliga a que se pueda acceder a los documentos registrados por el reivindicante en la oficina de patentes en los que consta su estructura pero impide legalmente el uso por terceros no autorizado por el titular.

Al parecer, se trata en realidad de un derecho de propiedad intelectual, que se pretende proteger, además, a través del secreto de empresa, pues en este entorno jurídico se mueven las alegaciones de la empresa desarrolladora del software. No encaja muy bien, sin embargo, esta preferencia del tribunal de proteger los derechos e intereses de la empresa privada frente a los derechos procesales del condenado, que se ven así postergados; en concreto, haciendo una traslación hipotética con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son el de proporcionalidad y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva frente a los derechos de carácter económico, que gozan de un rango constitucional inferior. Al parecer sí es más afín a la mentalidad jurídica estadounidense el criterio opuesto, pero no deja de constituir una inversión del rango de derechos en conflicto.

3º Incluso aunque en el futuro se desarrollen nuevos sistemas inteligentes más perfeccionados, lo que ciertamente es previsible, el principio de libre apreciación de la prueba debe continuar siendo el eje de la toma de la decisión por parte de los jueces y los tribunales, con el único límite, indudablemente, de no traspasar la frontera infranqueable de la arbitrariedad pues es el medio más contundente de asegurar, como parece irrenunciable, que una decisión de tanta trascendencia social quede en manos del ser humano y no en sistemas artificiales⁵⁷.

He aquí uno de los principales riesgos a los que tendrá que enfrentarse el sistema judicial (principalmente jueces y fiscales) y penitenciario en los próximos años: sobrevalorar la fiabilidad de las nuevas tecnologías y descansar en ellas ciegamente a la hora de tomar las posiciones y decisiones que corresponden a los diversos agentes. Al menos respecto al juez, significaría que éste renuncia a la posición insustituible que tiene encomendada de apreciar el conjunto de medios de prueba aportados en el proceso desde una visión y ponderación también de conjunto, posición singular que nunca llegan a adquirir los demás intervinientes en el proceso. Tal vez podría dejarse llevar por la comodidad que favorece la rutina de dar por bueno lo que viene respaldado por el humano experto o –en este caso– por las tecnologías “expertas”.

4º No es aceptable que un tribunal, formado por juristas, recabe para sí en exclusiva la tarea de detectar los posibles fallos o deficiencias del sistema inteligente en sustitución del acusado (de su defensa y de los peritos respecto a los cuales aquélla solicite su comparecencia), como medio de garantizar el derecho al debido proceso de aquél.

5º Aunque la sentencia de segunda instancia reconoce los posibles fallos del sistema y propone algunos medios para corregirlos o compensarlos, su decisión no es en realidad coherente con esta premisa. Así, p. ej.:

- Señala que los resultados de COMPAS (para el IIP) son sólo otro medio de prueba o de valoración junto a otros, pero la sentencia no menciona ninguno, aparte de los propios datos suministrados por el acusado en la encuesta.
- Reafirma lo que podríamos identificar como principio de la libre apreciación de la prueba que corresponde al Juez, pero no se explica en la sentencia si en el caso había indicios de que en primera instancia se hubiera procedido realmente de este modo.

⁵⁷ Así lo propugna el European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomous' Systems*, European Commission, Brussels, 2018, p. 9.

- Con la confirmación de la sentencia recurrida el tribunal da por bueno que el fundamento del fallo se haya basado en esencia en los resultados aportados por un sistema de inteligencia artificial.

6º En conclusión, este caso, al menos el modo en el que fue resuelto por el TS del Estado de Wisconsin, presenta serias dudas respecto a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico español, por el modo en que se ponderan los intereses –derechos– en conflicto y por el reconocimiento de la validez y fiabilidad, al menos en la actualidad, de un procedimiento tecnológico que necesita un desarrollo y perfeccionamiento muy superiores a los que ha logrado alcanzar.

Por otro lado, y de forma más cercana a los propósitos de este estudio, refuerza la metodología actuarial y de clasificación en grupos de delincuentes prototípicos como perspectiva dominante o exclusiva frente a otras más individualizadas y personalizadas, pudiendo contribuir a elevar su prestigio, al sustentarse en las más modernas tecnologías de la información.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA DEBATE

El concepto de peligrosidad criminal puede ser entendido como la probabilidad de que un delincuente vuelva a cometer un delito. Es una definición que sólo tiene relevancia e interés conceptual para el Derecho, pero con el apoyo de los estudios criminológicos puede profundizarse en el desarrollo de su contenido, incorporando para su mejor comprensión las perspectivas que ofrecen otras ciencias y disciplinas, como la Psicología y la Psiquiatría, pero no sólo éstas.

A su favor continúa teniendo la orientación individualizadora que le preside, esto es, su pretensión predictiva sobre el comportamiento delictivo futuro de una persona concreta, más allá del perfil grupal que encarna, pues es decisivo respecto a la aplicación de una medida de seguridad, a su naturaleza y a su duración, haciendo abstracción en este momento de lo que respecto a este último particular pueda establecer la ley.

El reto para la pervivencia de este concepto continúan siendo los procedimientos para elaborar un pronóstico criminal (previsión de la conducta futura del delincuente) fiables y certeros, reduciendo lo máximo posible el margen de error sobre el presunto comportamiento criminal futuro del sujeto, sobre todo, desenmascarando los falsos positivos; pero también los falsos negativos⁵⁸.

Me parece rechazable sustituir la peligrosidad criminal como presupuesto de las medidas de seguridad, a pesar de las limitaciones que pueda presentar (y por ello es necesario persistir en los estudios empírico-científicos), por otros instrumentos basados en la idea de riesgo, entendido éste como una fuente objetiva y despersonalizada -deshumanizada-, de modo semejante a como sucede con riesgos provenientes de fenómenos naturales, de actividades humanas, de objetos o instrumentos creados por el ser humano; y además, si es establecido exclusivamente a través de procedimientos actuariales, todavía más si lo es de forma automatizada por procedimientos tecnológicos de inteligencia artificial.

Los informes individuales basados en estudios de la personalidad y del entorno social del delincuente, realizados a cargo de profesionales especializados (criminólogos, asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras) pueden ser suficientemente eficientes para elaborar un pronóstico en los casos más extremos, pues son más fácilmente predecibles. Sin embargo, lo son bastante menos para los casos intermedios, que constituyen el bloque más extenso de delincuentes que deben ser sometidos a evaluación predictiva. Sin embargo, en no pocos de estos casos los dictámenes e informes periciales o expertos pueden confirmar una

⁵⁸ Respecto a la tendencia más acentuada a incurrir en falsos positivos, es decir, pronosticar un comportamiento criminal en una persona cuando realmente no existe, motivados por una excesiva sobrevaloración de la peligrosidad criminal, no están exentos ninguno de los métodos existentes, v. Sanz Morán, *La peligrosidad criminal. Problemas actuales*, p. 76; Armaza Armaza, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 97 y s.

personalidad patológica, que ha podido ser ya tomada en consideración por el juzgador en el momento de pronunciarse sobre la ausencia o disminución penalmente relevante de la capacidad de culpabilidad (inimputabilidad o semiimputabilidad) del procesado. Quedaría entonces abierta la conjetura para el delincuente imputable no extremo -como los casos de psicópatas declarados plenamente responsables penalmente; o de delincuentes multirreincidentes-, respecto al cual estos estudios periciales no garantizarán en ocasiones una fiabilidad altamente elevada. De ahí que haya que asumir el alcance limitado de estos procedimientos y que hay que recurrir a ellos con cierta cautela.

Determinadas tablas estadísticas y otros procedimientos actuariales podrían ser manejados por el juez como criterios complementarios o confirmatorios, centrados en la constatación de que un delincuente pertenece a un grupo de alto riesgo de delinquir en el futuro (grupo con perfil demostradamente reincidente), pero no como definitorio de una fuente de riesgo, como vuelvo a insistir más abajo.

Por razones semejantes me parecen también rechazables procedimientos de determinación o de evaluación del riesgo basados exclusivamente en criterios despersonalizados, manejo de algoritmos actuariales o automatizados, que lo son todavía más, incluidos los procedimientos informáticos y los sistemas de inteligencia artificial, como ha ocurrido en los casos recogidos en algunas sentencias de los EEUU.

En primer lugar, porque en la actualidad no ofrecen una fiabilidad razonable⁵⁹, por lo que es necesario esperar a su desarrollo y perfeccionamiento, debiendo previamente ser sometidos a diversas formas de supervisión y hasta de homologación por agencias independientes colaboradoras con la Administración de Justicia. Y, en segundo lugar, por entender que, utilizados de forma exclusiva y excluyente, comportan la vulneración de diversas garantías vinculadas al Estado de Derecho y en particular al principio de legalidad, tanto desde la perspectiva penal como procesal, y al derecho a la tutela judicial efectiva.

Si respecto a la segunda objeción entiendo que no es necesario ir más allá de lo que se indicó más arriba, por parecer evidente -al menos a mi así me lo parece-, por lo que se refiere a la primera el recurso a los procedimientos actuariales implica una renuncia a una máxima individualización personal del riesgo como presupuesto de la imposición de una medida de seguridad (o de la toma de decisiones relacionadas con la ejecución de la pena) que no es aceptable en materia penal.

No es en ningún caso admisible que en el marco de un proceso penal prevalezcan los intereses económicos privados, como son los intereses de propiedad intelectual de un fabricante privado, que también reconoce y garantiza la CE (art. 33), frente a los derechos constitucionales fundamentales de los procesados.

Es seguro que los procedimientos actuariales actuales como los automatizados mediante sistemas de inteligencia artificial que se desarrollen en el futuro cumplirán tareas auxiliares o complementarias, posiblemente incluso relevantes, pero deberían serlo en el entorno de premisas conceptuales individualizadoras como la peligrosidad criminal. Además, el ser humano deberá seguir siendo capaz de imponerse a los sistemas automatizados inteligentes, tomando autónomamente sus decisiones, teniendo a la vista todos los informes oportunos, dentro del marco de la libre apreciación de la prueba, a la que no debe renunciarse. Los sistemas judicial y procesal deberán garantizar que esto sea así.

⁵⁹ En este sentido, y muy crítica en general con el recurso a sistemas sustentados en algoritmos, Freeman, *Algorithmic Injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, p. 106. También, De Miguel Beriaín, *Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling*, p. 48.

PRIMERAS REFLEXIONES A VUELAPLUMA ACERCA DEL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DEL ARTÍCULO 382BIS CP. EL NUEVO DELITO “DE FUGA”

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 30 de julio de 2018
Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2018

RESUMEN: Se hacen unas reflexiones acerca de la hipotética recuperación del “delito de fuga” en el ámbito de la circulación. Sin embargo, se comprueba que en la legislación penal española nunca ha existido un delito de fuga en sentido estricto. Lo que tipificaban las leyes de 9 de mayo de 1950 y 122/1962 eran especiales omisiones de auxilio a la víctima del delito. El propuesto nuevo artículo 382 Bis CP, va a incorporar en 2019 un delito de fuga fundamentado en criterios morales tales como “la maldad intrínseca” del que abandona al lesionado o fallecido en el accidente, ajenos por completo incluso a aquellos ordenamientos jurídicos como el alemán que históricamente incluyen un delito de abandono del lugar del accidente sin víctima como un delito contra la administración encargada de investigar el accidente.

ABSTRACT: Reflections are made on the hypothetical recovery of the failing to stop offence in the field of traffic. However, in the Spanish Criminal Law there has never existed a failing to stop offence in a very real sense. What was included into Laws 9th of May 1950 and Law 122/1962 were special failure to rescue cases. The new proposed article 382 bis of the Penal Code is going to incorporate a failing to stop offence based on moral criteria such as the “intrinsic evil” of the person who leaves the one who becomes died or injured in the accident. These criteria are completely far-removed from even those legal systems, such as the German one, which historically include a failing to stop offence without a victim as an offence against the Administration which is in charge of investigating the road accident.

PALABRAS CLAVE: Auxilio, fuga, accidente, víctima, maldad, circulación.

KEYWORDS: Auxiliary, flight, accident, victim, evil, circulation.

SUMARIO: I. La reforma del Código Penal. Actividad parlamentaria; II. El abandono del lugar del accidente en la legislación penal histórica española; III. Breve referencia al tratamiento de la fuga del lugar del accidente en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano; 1. Alemania; 2. Italia; IV. Pero ¿existió alguna vez un delito de fuga en España?. Breve referencia a los artículos 5 y 7 de las Leyes de 5 de mayo de 1950 y 122/1962, respectivamente; V. La absoluta desvinculación del bien jurídico en el nuevo tipo del artículo 382 Bis CP. La Utilización de la moralidad como criterio político-criminal. VI. Conclusiones.

A Lorenzo Morillas, un ejemplo a seguir.

I. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA

El pasado 29 de noviembre de 2018 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, el texto por el que el Congreso de los Diputados aprobaba la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, en materia de “*imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente*”¹, con ello se continuaba una tramitación parlamentaria que se presume será rápida, en tanto que con fecha de 21 de diciembre ya se habían publicado las enmiendas del senado, dándose la circunstancia que el único grupo parlamentario que mantenía sus enmiendas en la Cámara baja era el único que había votado en contra del Proyecto en el Congreso de los Diputados².

En dicha propuesta se reestructura todo el sistema de responsabilidad por imprudencia en la circulación vial. Reforma que, como dispone la exposición de motivos de la Ley, se estructura en tres ejes:

1. La introducción de tres supuestos que siempre se van a considerar imprudencia grave por disposición de la Ley, así como una interpretación autentica de la imprudencia menos grave³.
2. El aumento de la punición de este tipo de conductas.
3. La introducción del delito de abandono del lugar del accidente.

En las páginas siguientes se analiza, a vuelapluma como señala el título de este trabajo, el tercer “eje” de la propuesta, es decir, la introducción “*del delito de abandono del lugar del accidente*”. Al respecto, la Exposición de motivos de la propuesta remitida al Senado dispone lo siguiente:

“En tercer lugar, se introduce el delito de abandono del lugar del accidente con una redacción autónoma, dentro del Capítulo IV del Código Penal, dedicado a los delitos contra la seguridad vial, por entender que se trata de una conducta diferente y, esta vez sí, dolosa e independiente de la conducta

¹ Anteriormente, el Grupo parlamentario mixto había presentado la proposición de Ley Orgánica de reforma del Código penal con el fin de posibilitar el enjuiciamiento de los casos de accidentes consecuencia de cualquier tipo de imprudencia y de evitar que el abandono de la víctima quede impune (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de diciembre de 2016).

Respecto del abandono del lugar del accidente, dicha proposición de Ley Orgánica disponía la creación de un nuevo artículo 195 bis CP, dentro de los delitos de omisión del deber de socorro, con la siguiente redacción:

“El que se de a la fuga o abandone el lugar de los hechos tras provocar un accidente, será castigado:

a) Si provocan daños materiales, con multa de seis a doce meses.

b) Si se provocan lesiones de las que se considerarían delito de mediar dolo, de seis a doce meses de prisión.

c) Si se produce fallecimiento, de 12 a 24 meses de prisión.”

La exposición de motivos, a respecto, señalaba lo siguiente: “se pretende con esta proposición que en lo que se refiere al delito de omisión del deber de socorro, se recupere y se castigue, al menos en grado de tentativa, a la persona que abandonare a otra, aunque hubiere muerto, pues el reproche de tan repugnante acción no puede quedar impune, con independencia del fallecimiento o no de la víctima”.

² El Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Senado, publicaba con fecha de 21 de diciembre de 2018 las 10 enmiendas al texto legislativo propuestas por el grupo parlamentario Unidos Podemos. La fecha prevista para la terminación de la tramitación parlamentaria es el 28 de febrero de 2019.

³ La referencia a la interpretación auténtica de la imprudencia menos grave ha sido introducida en la tramitación legislativa en el Congreso de los Diputados.

previa imprudente o fortuita⁴. Lo que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico⁵. Se busca evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del Código Penal para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto del aquel, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro”.

Finalmente el texto de la propuesta legislativa remitida al Senado, respecto del delito de abandono del lugar del accidente, queda como sigue:

Artículo 382 bis⁶.

“1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concorra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años”.

El texto de la ponencia que fue aprobado con 274 votos a favor, 65 en contra y 2 abstenciones en el Congreso de los Diputados carece por completo de una reflexión jurídico-penal técnicamente verificable de acuerdo a los principios más elementales del Derecho penal liberal.

Al respecto:

- a. La propia Exposición de Motivos de la Ley señala que lo que se quiere castigar es “*la maldad intrínseca*” de quien realiza la conducta típica.
- b. En el debate del pleno del Congreso de los Diputados los distintos grupos parlamentarios defendieron su posición ante la propuesta presentada por la Comisión con las siguientes motivaciones:

Sr^a. Rivera Andrés (Grupo Parlamentario Cs): “*mandamos un mensaje social muy potente, que la sociedad va a entender muy bien, y es que quien abandona una víctima, quien se fuga, lo paga*”⁷.

S^a. Cuiró i Buldó (Grupo Mixto, PDeCat): “*Se pretende sancionar así la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que puede estar lesionado o fallecido. Hoy en día si dejabas atrás a una persona que hubiese*

⁴ La incorporación del hecho precedente fortuito se incorpora en la tramitación parlamentaria de la propuesta legislativa en el Congreso de los Diputados.

⁵ La referencia a la falta de solidaridad con las víctimas y a las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo se incorpora en la tramitación parlamentaria de la propuesta legislativa en el Congreso de los Diputados.

⁶ La redacción original del precepto en la proposición de Ley original era la siguiente:
artículo 382:

“El conductor implicado en un accidente de tráfico que abandone el lugar de los hechos, será castigado con las siguientes penas:

1.º Si se abandonare a una persona que hubiera sufrido lesiones constitutivas de delito, con la pena de tres a seis meses de prisión o con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2.º Si se abandonare a una persona que falleciera a consecuencia del accidente, con la pena de seis meses a cuatro años de prisión.

En todo caso se impondrá la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a cuatro años, cuando previsiblemente existan víctimas de gravedad o fallecidos.”

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, página 28.

fallecido, como no se consideraba omisión el deber de socorro, esa persona quedaba impune”... “pero también lo es que el incremento de los accidentes de tráfico y la sensación de impunidad que había ante los casos extremadamente dolorosos hace necesario que modifiquemos el reproche penal... Seguramente es una reforma que no es perfecta o que puede tener algún tipo de deficiencia técnica....esperemos que si estos objetivos se cumplen las deficiencias técnicas puedan ir siendo solventadas, bien por la doctrina quizá de nuevo por esta Cámara”⁸.

Sr. Barrandiaran Benito (Grupo parlamentario Vasco): *“afronta una sentida demanda social ante el incremento de accidentes en los que resultan involucrados peatones y ciclistas con resultado de muerte o lesiones y en los que su causante, previa conducta imprudente, abandona el lugar del accidente”⁹.*

Sr.^a. Telechea I Lozano (Ezquerria Republicana): *“Esta proposición de Ley se ha tramitado con poco rigor técnico y jurídico, siendo muy probable que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional alguna de las reformas introducidas.... votaremos a favor...por responsabilidad con las víctimas por accidentes de vehículos a motor y con los ciclistas que juegan la vida cada día cuando salen a la carretera”¹⁰.*

Sr. Bellido Acevedo (Grupo socialista): *“abandonar a la víctima en España en los supuestos que no cubría la omisión del deber de socorro podía no tener castigo....”¹¹.*

Sr. Gamazo Micó (Grupo Popular): *“... respecto del delito de fuga, siempre ha sido el Grupo Popular el que lo ha defendido vehementemente porque creíamos que abandonar a una persona tras un accidente y fugarse era un acto despreciable y, por tanto, debería ser merecedor de un reproche penal y no de un mero reproche administrativo, como algunos defendían, porque se trataba de defender mejor la vida, la dignidad y los bienes jurídicos primarios. La fuga en un siniestro vial es un hecho intolerable, en el que se desprecia la dignidad de las víctimas y de sus familiares y que denota una falta de solidaridad. Aquellos que aún no han encontrado el bien jurídico protegido deberían hacérselo ver”¹².*

En la otra parte, sólo el grupo parlamentario de Unidos Podemos, el Sr, Moya Matas, exponía una visión diferente: *“técnicamente esta reforma es absolutamente deficiente”¹³. Manteniendo en el Senado una enmienda de supresión del artículo 382 bis, en tanto que el delito de fuga “expresa un desvalor puramente ético y desconectado de la misión esencial del Derecho penal que, bien es sabido, no es otra que la protección de los bienes jurídicos considerados más importantes. Desde el momento en que la Exposición de Motivos reconoce que lo que se pretende sancionar con el nuevo art. 382 bis es la <<maldad intrínseca>> o <<la falta de solidaridad con las víctimas>> -con independencia de que concurra o no el desamparo o el peligro en la víctima y renunciando por tanto, a valorar si existe o no lesión de un bien jurídico- se está caminando peligrosamente a la ya superada identificación entre delito y pecado”¹⁴.*

⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, páginas 30-31.

⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, página 31.

¹⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, páginas 31-32.

¹¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, página 33.

¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, página 34.

¹³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de noviembre de 2018, página 29.

¹⁴Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, 21 de diciembre de 2018, pág. 8.

II. EL ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL HISTÓRICA EN ESPAÑA

Se ha defendido que en la legislación histórica española ha existido el “delito de fuga” en el ámbito del tráfico de vehículos desde la entrada en vigor de la Ley de 9 de mayo de 1950 hasta la incorporación al Código penal de todas las conductas tipificada como delito por Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre uso y circulación de vehículos de motor¹⁵.

El artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950 de uso y circulación de vehículos de motor en su artículo quinto disponía lo siguiente: “*el conductor de un vehículo de motor que no auxiliare a la víctima por él causada, será castigado con la pena de prisión menor y multa de mil a cien mil pesetas*”.

Por su parte, el artículo 7 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, relativo a la “omisión del deber de socorro”, establecía que “*el conductor de un vehículo de motor que pudiendo hacerlo no socorriere a la víctima causada con ocasión de la circulación o que siendo solicitado para ello no lo hiciera, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas*”. “Se aplicará al conductor la pena de prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años en caso de que se tratara de víctima causada por él”. “*Las mismas penas de privación de libertad se impondrán al dueño o usuario del vehículo que no ordenase al conductor que le está subordinado la prestación de aquel socorro*”.

De forma paralela a la legislación penal especial en materia de circulación vial, de forma general, la Ley de 17 de julio de 1951 crea el delito de omisión del deber de socorro, incluyendo el artículo 489 bis del Código penal de 1944¹⁶, con la introducción de unas figuras delictivas que se asimilaban a las reguladas en el artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950 y en el artículo 7 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, si bien, estas últimas quedaban limitadas a los accidentes en materia de circulación, tipificadas en la legislación especial. Ello dio lugar a diferenciar la “omisión del deber de socorro” genérica del Código penal de la que pudiera denominarse “omisión especial de socorro”¹⁷, circunscrita exclusivamente al ámbito de los accidentes de circulación. Ambas regulaciones de la omisión del deber de socorro se diferenciaban:

- a. En el carácter genérico de la figura codificada frente al ámbito limitado al uso y circulación de vehículos motor de la legislación especial
- b. En relación al sujeto pasivo del delito, pudiendo ser cualquiera el autor de la omisión de socorro genérica, mientras que la especial quedaba limitada al conductor causante del accidente o a persona inmersa o implicada en el tránsito o la circulación¹⁸.
- c. Al mismo tiempo, en la descripción de la conducta típica, el tipo genérico del nuevo artículo 489 bis CP exigía expresamente la existencia de una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, junto la ausencia de riesgo del obligado a socorrer o de un tercero, respecto de lo cual, si bien la Ley de 1950 no hacía referencia alguna al obligado a socorrer, la Ley de 1962 simplemente hacía una referencia genérica a quien “pudiendo hacerlo”.

En cualquier caso, tanto en la regulación genérica del deber de actuar en socorro del necesitado, como en la omisión específica de auxilio a la víctima del accidente regulada en

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, la propia Fiscalía General del Estado. Memoria Fiscalía General del Estado 2018, página 655.

¹⁶ Se recogían las modalidades básicas del delito de omisión del deber de socorro: “*el que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero*” y quien, “*impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno*”.

¹⁷ Al respecto, TORIO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro (Art. 7, Ley 122-62)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1967, Tomo 20, fac. 1 y 2, páginas 581 y siguientes.

¹⁸ YAÑEZ ROMÁN, P.L., “jurisprudencia penal, 1974 (tercera parte)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1974, tomo 27, página 519.

la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor, se exigía la existencia de una víctima necesitada de auxilio (siendo discutible si en la omisión del deber de socorro especial bastaba para la comisión del tipo la existencia de daños materiales¹⁹).

La legislación penal especial en materia de tráfico de vehículos se mantiene vigente hasta su incorporación al Código penal por Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde desaparece la específica omisión del deber de socorro en materia de circulación de vehículos de motor, pasando dichas conductas al nuevo párrafo tercero del delito común de omisión del deber de socorro del entonces vigente artículo 489 bis CP²⁰: “*Si la víctima lo fuese por accidente ocasionado por el que omite el auxilio debido*”.

Realmente las conductas recogidas en el párrafo primero del artículo 7 de la Ley 122/1962 tenían perfecta cabida en los dos primeros apartados del artículo 489 bis CP, con los que convivían en una relación de legislación especial/general, respectivamente. Realmente podría considerarse que las omisiones a las víctimas tipificadas las leyes de 1950 y de 1962, relativas al uso y circulación de vehículos de motor, eran de aplicación para las omisiones de socorro a víctimas ocasionadas por el sujeto activo del delito, mientras que las genéricas del artículo 489 bis CP 1944 lo eran para las víctimas necesitadas de socorro que se encontrara el sujeto activo²¹.

La creación del tercer párrafo del artículo 489 bis CP 1944, era fruto de la incorporación de la legislación penal especial en materia de tráfico al Código penal, el cual daría cabida al tipo del párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 122/1962, si bien ésta tendría un ámbito de interpretación más extenso que el nuevo tipo común creado, pudiendo ser extendido –como hizo la jurisprudencia– aplicándolo a accidentes en los que sólo hubo daños materiales²² o a los casos en los que la víctima ya había fallecido, no existiendo, por tanto, necesidad de auxilio²³.

Con la nueva situación, derogados los tipos penales especiales, con la vigencia del nuevo párrafo tercero del artículo 489 bis CP se planteó si realmente el tipo de este párrafo tercero era un tipo autónomo heredero del antiguo artículo 7 de la derogada Ley de uso y circulación de vehículos de motor, o si –por el contrario– realmente era un tipo dependiente de los dos primeros párrafos del precepto, lo que exigiría expresamente la existencia de un sujeto desamparado y en peligro manifiesto y grave y la no existencia de peligro para el causante del accidente ni para terceros²⁴.

Las primeras resoluciones del Tribunal Supremo debatieron acerca de si este novedoso tercer párrafo venía a construir un tipo autónomo, derivado de la traslación del artículo 7

¹⁹ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1966; también REYES MONTESREAL *Comentarios a la ley de uso y circulación de vehículos de motor*, Barcelona, 1963, página 101; CONDE PUMPIDO, C., “La nueva estructura del delito de omisión de socorro a las víctimas de accidente de circulación”, *Revista de Derecho de la Circulación*, septiembre-octubre 1968, página 437.

En contra, CUELLO CALÓN, E., *La Ley penal del Automóvil*, Barcelona 1950, página 53; PERA VERDAGUERS, F. *La Ley del Automóvil*, Barcelona, 1963, página 100; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “el delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, vol. 3, página 501.

²⁰ Los dos primeros párrafos recogían al “que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero” y al “que impedido de prestar socorro no demandare con urgencia auxilio ajeno”.

²¹ En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “el delito de omisión de auxilio a la víctima...”, ob. cit., página 504.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1966.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1966.

²⁴ La Jurisprudencia ya había acuñado los dos requisitos esenciales para aplicar el tipo del párrafo segundo del artículo 7 de la Ley 122/1962: Consciencia de haber cometido un atropello y posibilidad de actuar en auxilio de la víctima sin riesgo propio o de tercero (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1963).

de la Ley 122/1962 que se incorporaba al Código penal²⁵, o si bien era un tipo agravado dependiente de los anteriores²⁶.

La cuestión no era baladí, pues como afirmaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1974, *“de tomarse férreamente y de manera inflexible el prohijamiento o dependencia del tercer párrafo respecto de los demás, podría quedar aquel sin contenido válido y sin posibilidad práctica de aplicación toda vez que, en el interior de las poblaciones y hasta en la mayoría de las carreteras, difícilmente las víctimas de la circulación quedarán “desamparadas”, pues siempre habrá viandantes o automovilistas distintos al causante el accidente que puedan auxiliarlas”*. Si bien esta tendencia acerca de la consideración del párrafo tercero del artículo 489 bis CP 1944 como tipo agravado se fue consolidando, otras resoluciones del Tribunal Supremo, como por ejemplo las Sentencias de 19 de noviembre de 1971 o de 18 de junio e 1974, sin separarse totalmente de los párrafos primero y segundo del artículo 489 bis CP 1944, consideraron que la similitud con el párrafo tercero no era total, pues, en este, además *“del quebrantamiento de los deberes de solidaridad humana impuestos por la caridad cristiana y por el hecho de vivir los hombres en sociedad y hallarse necesitados de mutuo auxilio, lo que al fin y al cabo es común a todas las figuras hermanas en el artículo 489 bis, se constata el deseo reprehensible del agente de sustraerse a la acción de la Justicia y de rehuir su responsabilidad, impidiendo con su fuga la identificación del vehículo y la de su conductor, es decir, que no socorre porque sea hombre protervo, egoísta, despreocupado y nada caritativo, sino porque teme responsabilizarse de las consecuencias penales y civiles de sus actos”*.

Finalmente, para salvar la situación de desamparo y no utilizar una interpretación extensiva del mismo, la STS de 26 de septiembre de 1974, proponía una interpretación “racional y finalista”, considerando que *“una persona herida o lesionada está desamparada mientras no recibe auxilio sanitario o facultativo y que, por tanto, sólo la constancia cierta de que ya lo está recibiendo, exoneraría al agente de la obligación de socorrer a la víctima por él causada, y que, desde luego, no queda exento porque a dicha víctima le rodean, ordenada o gregariamente, otras personas, deseosas de ayudar, pero imperitas o incapaces de proporcionar remedios eficaces y lenitivos adecuados”*. Interpretación que se mantiene hasta la actualidad²⁷. Ahora bien, cuando tras la provocación del accidente la víctima había fallecido, faltaba el elemento del tipo consistente en la existencia de una víctima desamparada en peligro manifiesto y grave. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1976 disponía lo siguiente: *“El delito de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 489 bis del CP, constituye una infracción dolosa de comisión por omisión teniendo su razón de ser en el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante que lo precisa por solidaridad humana, y cuando la omisión de tal deber se contrae a la propia víctima causada, se acrecienta la especial antijuridicidad de la conducta del agente, dado que la exigencia de actuación y auxilio es superior en su entidad que cuando se trata de víctima no propia, bastando en aquel supuesto que el culpable capte y se aperciba del peligro originado por él al darse cuenta de que existe una persona lesionada a la que deja desamparada y en contingencia grave e inminente de su integridad física, sin hacer nada por remediar la situación tras producir y conocer el accidente, optando por la conveniencia interesada y egoísta de la huida”*—en un caso en el que la víctima fallece y el conductor que provoca el accidente huye a su casa—, considerando la sentencia citada que *“el adjetivo <<inmediata>> respecto de la muerte provocada por el accidente- utilizado en el <<factum>>, sólo refleja proximidad, prontitud o cercanía, pero en forma alguna que fiera instantánea, súbita, repentina o fulminante”*. En todo caso, cuando se tenía la certeza de que la víctima había fallecido, la Jurisprudencia consideraba que no era posible el auxilio,

²⁵ Así lo afirmaba expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1969, atendiendo a los antecedentes legislativos de la reforma penal de 8 de abril de 1967 y de los propósitos del legislador al recogerlo expresamente en su preámbulo.

²⁶ Así, definitivamente las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1970, de 21 de mayo y 17 de diciembre de 1971 y 30 de Mayo de 1973.

²⁷ Al respecto, vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 706/2012, de 24 de septiembre.

desviando al castigo del delito imposible del artículo 52 párrafo segundo CP 1944²⁸ (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1955 y de 30 de septiembre de 1965)²⁹

El problema era otro, pues la omisión de socorro común y la omisión de socorro especial presentaban una estructura típica distinta y respondían a finalidades político-criminales diferentes³⁰, que hacía más amplio el tipo de la omisión especial y más restrictivo el general. De esta forma, se consolidó la consideración de que el párrafo tercero del artículo 489 bis CP 1944 no era más que un tipo agravado dependiente del tipo básico de la omisión del deber de socorro, que requería todos los elementos típicos del tipo básico, es decir, la existencia de una víctima desamparada y en peligro manifiesto y grave.

Posteriormente, el Código penal de 1995 deslinda dos formas de respuesta a la omisión del auxilio cuando el accidente fue provocado por el omitente: cuando el accidente fue causado por éste fortuitamente y cuando el accidente fue causado de forma imprudente por el que posteriormente omitía el socorro debido: “*Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años*”. De esta forma se consolidada un mayor contenido de injusto en las omisiones del socorro cuando el peligro para la víctima que se dejó desamparada y en peligro manifiesto y grave tras el abandono había sido provocado por una conducta imprudente del omitente, consolidándose la doctrina de la injerencia.

Por su parte el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su artículo 51 (*Obligaciones en caso de accidente o avería*) dispone lo siguiente: “*1. El usuario de la vía que se vea implicado en un accidente de tráfico, lo presencie o tenga conocimiento de él está obligado a auxiliar o solicitar auxilio para atender a las víctimas que pueda haber, prestar su colaboración, evitar mayores peligros o daños, restablecer, en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación y esclarecer los hechos*”. Sin embargo, a la hora de determinar el alcance de la infracción de dichas obligaciones no se recogía una conducta infractora específica. Así, sólo podrá ser aplicable la infracción grave del Artículo 76q) consistente en “*no facilitar al agente de la autoridad encargado de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tenga encomendadas su identidad, ni los datos del vehículo solicitados por los afectados en un accidente de circulación, estando implicado en el mismo*”; o, en su caso, como regla general, la infracción administrativa leve del apartado c) del artículo 75 del real Decreto 6/2015, “*incumplir las normas contenidas en esta ley que no se califiquen expresamente como infracciones graves o muy graves en los artículos siguientes*”. Para el caso de la consideración como infracción leve la sanción prevista es multa de 100 €, y para las graves de 200 €. Por esta razón, en la tramitación parlamentaria del nuevo artículo 382 bis CP el grupo parlamentario podemos presentaba una enmienda para la supresión del nuevo tipo penal, incorporando otra con la incorporación de un nuevo apartado al final de artículo 77 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial con el siguiente redactado: “*s) Abandonar el lugar de un accidente que se haya ocasionado.*”, elevando la fuga del lugar del accidente fuera de los casos incluidos como omisión del deber de socorro del artículo 195 párrafo tercero CP a categoría de infracción administrativa muy grave, con la sanción de 500 € de multa.

²⁸ Figura hoy desaparecida. Disponía el artículo 52 CP 1944 lo siguiente:

- “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno do dos grados, según arbitrio del tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.
- La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.
- Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir”.

²⁹ En contra de esta interpretación, por entender que el auxilio puede ser necesario para la circulación inculso después de muerta la víctima, REYES MONREAL, Comentarios al la Ley de Uso y Utilización de Vehículos de motor, 1965, páginas 99 y siguientes.

³⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El delito de omisión de auxilio...”, ob. cit., página 502.

III. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA FUGA DEL LUGAR DEL ACCIDENTE EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ALEMÁN E ITALIANO

Alemania e Italia son dos de esos Estado occidentales en los que tradicionalmente el legislador optó por la tipificación de un delito de abandono del lugar del accidente, es decir, un “delito de fuga”. Si bien, en ambos casos se legisla de forma diferente.

El Ordenamiento Jurídico alemán incorpora un “delito de fuga” en sentido estricto en la legislación codificada, en el párrafo 142 StGB. Por su parte, el Ordenamiento italiano utiliza la Ley penal especial, el Código della Strada, en cuyos apartados 6 y 7 de su artículo 189, en relación al apartado 1, tipifican un delito mixto de abandono del lugar del accidente y de omisión del auxilio debido a las víctimas.

En cualquier caso, la característica principal del delito de abandono del lugar del accidente, o “delito de fuga” se centra en que el núcleo del delito se centra en la violación del deber de detención del delito que impide la identificación del conductor y del vehículo implicado en el accidente y obstruye la investigación del mismo.

1. Alemania

“Alejamiento no permitido del sitio del accidente (párrafo 142 StGB)

(1) Un partícipe en un accidente de tráfico que luego de un accidente se aleje del sitio del accidente, antes de que él,

1. haya facilitado a favor de los otros partícipes y de los damnificados la identificación de su persona, de su automóvil y la manera de su participación por medio de su presencia y de la manifestación de que él ha participado en el accidente, o

2. haya esperado un tiempo adecuado según las circunstancias, sin que nadie haya estado dispuesto a efectuar las identificaciones será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De acuerdo con el inciso 1 también será castigado un partícipe en el accidente que se haya alejado del sitio del accidente y no facilite inmediatamente las identificaciones posteriormente

1. después de haber vencido el plazo de espera (inciso 1, numeral 2) o lo haga

2. con justificación o con excusa

(3) La obligación de facilitar posteriormente la identificación la cumple el partícipe del accidente al manifestarle al beneficiario (§ inciso 1 numeral 1) o a una inspección de policía cercana, que él ha estado involucrado en el accidente y si él indica su dirección, su residencia así como las placas y la localización de su vehículo y que él se mantiene a disposición por un tiempo razonable para él para la identificación sin demora. Esto no tiene validez cuando él con su comportamiento intencionalmente impida las identificaciones.

(4) El tribunal atenúa el castigo en los casos de los incisos 1 y 2 (§ 49 inciso 1) o puede prescindir de una pena según estos preceptos cuando el partícipe en el accidente facilite voluntaria y posteriormente (inciso 3) la identificación dentro de las 24 horas después de un accidente fuera del tráfico rodado, que tiene como consecuencia exclusivamente daño material insignificante

(5) Partícipe en un accidente es toda persona cuyo comportamiento según las circunstancias pueda haber contribuido a la causación del accidente”.

El tipo alemán de alejamiento no permitido del párrafo 142 StGB, se configura como un auténtico delito de fuga, en el que ni se tutela la solidaridad para con la víctima del accidente de tráfico, ni la propia seguridad vial, sino que su objetivo es exclusivamente el interés privado de los participantes en el accidente en la realización de sus pretensiones

civiles³¹. Se trata de una infracción del deber de identificar a los participantes en el accidente, debiendo esperar si no hay quien identifique al conductor y al vehículo implicado en el accidente.

2. Italia

El caso italiano se halla en una línea más cercana a la omisión del deber de socorro o al menos, se estructura de una forma mixta, alcanzando la calificación de delito cuando el abandono del lugar del accidente se realiza existiendo víctimas con daños personales, si bien, recoge un tipo agravado para la denegación del deber de asistencia a las víctimas, más propio de la omisión del deber de socorro. Así, el artículo 189 del “Código della Strada” dispone lo siguiente:

Art. 189. Comportamiento en caso de accidente.

“1. El usuario de la carretera, en el caso de un accidente, relacionado de cualquier manera con su comportamiento, tiene la obligación de detenerse y brindar asistencia a quienes hayan sufrido daños a la persona.

...

5. Cualquier persona, en las condiciones mencionadas en el párrafo 1, no cumple con la obligación de detenerse en caso de accidente, solo con daños a las cosas, está sujeta a la sanción administrativa de pago de una suma de € 294 a € 1,174. En este caso, si el evento causa daños graves a los vehículos involucrados en la determinación de la aplicación de la revisión a que se refiere el Artículo 80, párrafo 7, se aplicará la sanción administrativa de la suspensión del permiso de conducir de quince días a dos meses. De acuerdo con el Capítulo I, Sección II, del Título VI.

6. Toda persona que, en las condiciones mencionadas en el párrafo 1, en el caso de un accidente con lesiones personales, no cumpla con la obligación de detener, será castigada con prisión de seis meses a tres años. La sanción administrativa de la suspensión del permiso de conducir de uno a tres años se aplicará, de conformidad con el Capítulo II, Sección II, del Título VI. En los casos mencionados en este párrafo, las medidas previstas en los artículos 281, 282, 283 y 284 del código de procedimiento penal son aplicables, incluso fuera de los límites establecidos por el artículo 280 del mismo código, y es posible proceder a la detención; de conformidad con el artículo 381 del código de procedimiento penal, incluso fuera de los límites de penalización establecidos en el mismo.

7. Cualquier persona que, en las condiciones mencionadas en el párrafo 1, no cumpla con la obligación de proporcionar la asistencia necesaria a las personas lesionadas, será castigada con prisión de uno a tres años. La sanción administrativa de la suspensión del permiso de conducir se aplicará por un período no inferior a un año y seis meses y no más de cinco años, de conformidad con el Capítulo II, Sección II, del Título VI”.

Sistemáticamente se advierte como el Código della strada italiano distingue de un lado las infracciones del deber de detención del vehículo en caso de accidente (infracciones de fuga, apartados 5 y 6 del artículo 189) de la omisión del deber de asistencia a las víctimas del mismo (omisión del deber de socorro, apartado 7 del artículo 189). Ahora bien, las infracciones de fuga que no requieren asistencia a la víctima por parte del que abandona el lugar del accidente, pueden ser constitutivas de una infracción administrativa, en aquellos casos de accidentes sin víctimas personales (apartado 5 del artículo 189), mientras que la infracciones de fuga en casos de abandono del lugar del accidente con víctimas personales se convierten en delito de fuga (apartado 6 del artículo 189).

Así, la intervención penal se limita a aquellos accidentes con víctimas personales, distinguiendo el simple delito de fuga del delito de omisión del deber de socorro, en tanto en cuanto sea necesario el auxilio del omitente a la víctima del accidente. Al respecto, la

³¹ KUHLEN, L., “Características, problemas dogmáticos e importancia práctica del derecho penal alemán de circulación vial”, *InDret*, Barcelona, Marzo de 2013, página 16 (versión online).

Sentencia de la Corte de Cassazione de 15 de septiembre de 2017 (n. 42308) consideraba necesario distinguir entre la fuga que se produce después del accidente de la ausencia de prestación de la asistencia necesaria, de los apartados 6 y 7 del Código della strada, respectivamente. Así señala como en el caso del apartado 6 (delito de fuga) tiene la finalidad de identificar a todas las personas implicadas en el accidente, mientras que el tipo del apartado 7 (omisión de socorro) está dirigido a garantizar que las personas heridas en el accidente no estarán privadas de la asistencia requerida por la Ley³². Para ello, afirma la sentencia citada, que mientras en el delito de “fuga” previsto en el artículo 189.6 del Código della strada es suficiente que se verifique un accidente reconducible al propio comportamiento y que sea concretamente idóneo para producir eventos lesivos, sin que deba confirmarse la existencia de un efectivo daño personal, para el delito de omisión de asistencia, del apartado 7 del mismo artículo, se requiere la necesidad efectiva del accidentado, efectividad que se reputa inexistente en el caso de ausencia de lesiones o de muerte, así como en aquellos caso en los que otros hayan ya asistido a la víctima y no resulte necesaria la intervención el obligado³³.

En definitiva, como señala la Corte de Cassazione italiana, el delito de fuga se perfecciona cuando el conductor se aleja o para sólo por pocos instantes, sin prestar socorro ni consentir las primeras investigaciones del accidente. En caso de atropello de un peatón se perfecciona instantáneamente en el momento en el que el conductor del vehículo viola la obligación de pararse, en tanto que, con el simple alejamiento del lugar en el que se produce el accidente, se verifica la conducta contraria al precepto legal. Basta un dolo eventual, no se requiere una intencionalidad específica, es suficiente el elemento subjetivo por el cual el sujeto es consciente de que se ha verificado el accidente y que el mismo es concretamente idóneo para producir eventos lesivos³⁴. En este sentido se expresa la Sentencia de la Corte de Cassazione d e15 de junio de 2018, cuando el siniestro viario se ha verificado con la atropello del peatón, que queda tirado en la calzada, siendo esto suficiente para afirmar la idoneidad para provocar daño en la persona, manteniendo la marcha del vehículo y alejándose del lugar, aún cuando al poco tiempo retornaba al lugar del siniestro mientras los operarios efectuaban las primeras atenciones a la víctima. Igual ocurre cuando en un accidente por él provocado con daños a la persona se para momentáneamente, sin consentir su identificación ni la del vehículo³⁵.

IV. PERO ¿EXISTIÓ ALGUNA VEZ UN DELITO DE FUGA EN ESPAÑA?. BREVE REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 DE LAS LEYES DE 5 DE MAYO DE 1950 Y 122/1962, RESPECTIVAMENTE

Señala la Fiscalía General del Estado que con la legislación penal de tráfico (Art. 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950 y 7 de la ley de 24 de diciembre de 1962), se creó un delito formal, sólo para la circulación, llamado de fuga, basado en el abandono del lugar, hubiera o no peligro, y que desapareció en la ley de 8 de abril de 1967³⁶. Si bien, como se ha señalado en el breve análisis anterior, dichos tipos penales específicos de la circulación no eran tan formales como se indica por la fiscalía, pues en ambas leyes se exigía la existencia de una víctima en el accidente de circulación, la diferencia con el delito común de omisión de socorro radicaba exclusivamente en que la misma se encontrara desamparada y en peligro manifiesto y grave en el momento del abandono³⁷.

Es muy discutible afirmar que el artículo 5 de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 1950 o el artículo 7 de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor de 1962 incluyeran un auténtico delito de abandono del lugar del accidente, tal y como se recogía en otros países que sí habían optado –y lo mantienen– por la tipificación de un delito de fuga en

³² en este sentido se cita la Sentencia n. 6306 del 15/01/2008 de la Corte de Cassazione.

³³ En este sentido también la Sentencia de la Corte de Cassazione n. 32.114 del 4 de julio de 2017.

³⁴ Sentencia de la Corte de Cassazione n. 3568, de 10 de diciembre de 2009.

³⁵ Sentencia de la Corte de Cassazione 18.406/2018.

³⁶ Memoria Fiscalía General del Estado 2018, página 655.

³⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El delito de omisión de auxilio..., ob. cit., página 504.

el ámbito de la circulación. Al respecto, partiendo del hecho real de que una conexión incluso ocasional con un accidente de tráfico obliga a los participantes en la circulación al cumplimiento de especiales deberes³⁸, la legislación penal especial en materia de circulación previa a su codificación en 1967, siempre se atuvo al criterio de la omisión de socorro, distanciándose del tipo de legislaciones que acentúan el tipo en el pensamiento de la fuga del participante en un accidente de tráfico³⁹.

El punto de partida de ambas figuras delictivas históricas era la existencia de una víctima, es decir, una persona necesitada de auxilio tras el accidente.

Obviamente fuga y omisión de socorro están íntimamente unidas, pues la fuga suele ser el elemento fáctico que fundamenta la omisión del socorro exigida en la norma. Quien, estando obligado a socorrer a la víctima, abandona el lugar del accidente está realizando el tipo de omisión del deber de socorro⁴⁰. O, desde otro punto de vista, tanto en el delito de omisión del deber de socorro como en el delito de abandono del lugar del accidente (delito de fuga) existe un deber de detención del vehículo común el cual se ha infringido, si bien los objetos de tutela son diferentes. En el delito de abandono del lugar del accidente (delito de fuga) lo que se incumple es con el deber de identificación de los implicados en el accidente dificultando, de este modo, las tareas de investigación del mismo. Sin embargo, desde la perspectiva del delito de omisión del deber de socorro, con la omisión de auxilio se está violando el deber de solidaridad respecto de la vida y la salud de las personas implicadas en el accidente. Estas diferentes perspectivas hacen también diferentes las modalidades comisivas de ambos delitos. Así, el no detenerse desde la perspectiva del delito de abandono del lugar del accidente, es decir, desde el castigo de la simple fuga, se concibe como un delito doloso de acción contra la Administración de Justicia o contra la administración encargada de investigar el accidente, en tanto que se desobedece el deber de detener el vehículo para proceder a las primeras diligencias de investigación del accidente. De otro lado, desde la perspectiva del delito de omisión del deber de socorrer a la víctima el delito se concibe como un delito doloso de omisión pura, en tanto se omite un acción debida, el deber de auxiliar a la víctima⁴¹.

El abandono del lugar del accidente y la omisión del deber de socorro, de otro lado, también tienen que ponerse en conexión con el problema del autoencubrimiento. Si se parte que el autoencubrimiento, incluso en los delitos dolosos, es impune, se da la circunstancia –en sentido contrario– que en los delitos de omisión del deber de detenerse en el lugar del accidente cuando el peligro al bien jurídico ha sido creado por el omitente, ya sean delitos de fuga o sean delitos de omisión de socorro, ambos son supuestos de autoencubrimiento elevados a categoría de delito independiente⁴².

Tanto el parágrafo 142 del Código penal alemán, al imponer la prohibición de alejarse del lugar del accidente, como el artículo 195 párrafo tercero del Código penal español vigente, al imponer la obligación de socorrer al que como consecuencia del accidente causado por el omitente se haya desamparado y en peligro manifiesto y grave, están tipificando expresamente conductas relativas al autoencubrimiento que –de no existir estos tipos– resultarían impunes. Si bien, la justificación de la exención de la atipicidad de la conducta de quien se sustrae a la acción de la justicia es diferente. En el caso del delito de fuga se hace desde la perspectiva de la investigación de las causas y circunstancias del accidente de circulación, mientras que para la omisión de auxilio a la víctima del accidente, se hace desde la perspectiva de la solidaridad humana para con la vida y la salud de las personas en general.

En esta línea, ni el artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950, ni el artículo 7 de la Ley 122/1962 tipificaron en ningún momento un “delito de fuga” o “de abandono del lugar del

³⁸ En este sentido, TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 581.

³⁹ TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 581, quien cita en el mismo sentido a QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Derecho penal de la Culpa*, Barcelona, 1958, páginas 579 y siguientes.

⁴⁰ En este sentido TORÍO LÓPEZ, A., cita las sentencias de 23 de marzo de 1962 (no detener el vehículo) y de 7 de diciembre de 1962 (parar el vehículo y auxiliar a las víctimas, como deberes), en TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 581.

⁴¹ Al respecto vid. TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 585.

⁴² TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 582.

accidente” en sentido estricto, teniendo en ambos textos legislativos la estructura del delito de omisión del deber de socorro, siendo concebidos en todo caso como modalidades específicas de omisión del deber de socorro con un ámbito de aplicación más extenso que el tipo genérico del delito de omisión de socorro, si bien, exigiendo en todos los casos la existencia de una víctima.

Fue la Jurisprudencia la que, en una línea de interpretación laxa, había ido asimilando el tipo de omisión de socorro a las víctimas de la circulación a un delito de fuga⁴³. En este sentido, la interpretación extensiva del concepto típico de víctima permitió a la Jurisprudencia, mantener “una interpretación lata que, más allá de la expresa denominación legal de <<omisión de socorro>>, aproximó esta figura a la propia del delito de fuga”⁴⁴. Así, aplican el tipo especial de omisión de socorro las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1966, a un accidente sin víctimas personales, de 21 de febrero de 1962, cuando el auxilio puede ser prestado por terceros, de 10 de mayo de 1963, cuando el auxilio es superfluo, de 26 de diciembre de 1966, cuando se ha materializado el riesgo y la víctima ha fallecido⁴⁵.

En definitiva, afirmar que con el nuevo artículo 382bis CP se está recuperando el antiguo delito de fuga en España como, por ejemplo, hace la Fiscalía General del Estado⁴⁶ es una afirmación que falta a la realidad, pues, como se ha expuesto, nunca existió el delito de abandono del lugar del accidente en España en el sentido del delito fuga alemán (ni tan siquiera, en la fórmula más laxa del Código de la strada italiano). El abandono de la víctima ya fallecida, habiendo constatando fehacientemente el fallecimiento, con la vigencia de las leyes de 1950 y de 1962 era tan atípica como lo ha sido con la vigencia del delito común de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis CP de 1944 o lo es con el artículo 195 del CP vigente⁴⁷.

El simple abandono del lugar del accidente, violando la obligación de detener el vehículo recogida en el artículo 51 del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, sin la existencia de una víctima desamparada y en peligro manifiesto y grave, sólo tiene cabida dentro de la infracción administrativa leve o, en su caso, grave, del Texto refundido de la Ley de Seguridad Vial en los términos señalados con anterioridad.

V. LA ABSOLUTA DESVINCULACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL NUEVO TIPO DEL ARTÍCULO 382 BIS CP. LA UTILIZACIÓN DE LA MORALIDAD COMO CRITERIO POLÍTICO-CRIMINAL

Antes de concluir estas primeras reflexiones realizadas a vuelapluma cuando se dan los últimos coletazos de los trámites parlamentarios para que el nuevo artículo 382 bis CP sea vigente, debe advertirse algo que no se ha dicho hasta el momento. Las dos opciones de tipificación penal que se han propuesto respecto del abandono del lugar del accidente, han sido las siguientes:

- a. Desde una perspectiva tutela –aún indirecta- de la vida y la salud de la víctima del accidente, tutelando la solidaridad humana respecto de estos dos valores esenciales para la sociedad y el individuo a través de la omisión del deber de socorro. Los requisitos concretos con los que se tipifica en cada momento y lugar esa omisión de

⁴³ CONDE PUMPIDO, C., “La nueva estructura del delito de omisión de socorro a las víctimas de accidente de circulación”, Revista de Derecho de la Circulación, septiembre-octubre 1968, página 426.

⁴⁴ RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El delito de omisión de auxilio...”, ob. cit., página 502.

⁴⁵ Sentencias citadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1973; también por CONDE PUMPIDO, C., “La nueva estructura del delito de... ob. cit., página 426; y por RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El delito de omisión de auxilio...”, ob. cit., páginas 502-503.

⁴⁶ Memoria Fiscalía General del Estado 2018, página 655: “en esencia el tipo es el mismo que el de las leyes penales especiales de 1950 y 1962”.

⁴⁷ Así, TORÍO LÓPEZ, A., “Aspectos de la omisión especial de socorro...”, ob. cit., página 586.

auxilio a la víctima del accidente de circulación pueden variar, coincidiendo o no con la omisión del deber de socorro genérica.

- b. Desde una perspectiva de facilitar la investigación del accidente, sus causas y sus responsables, como un simple delito de fuga, esto es, de abandono del lugar del accidente sin proceder a la obligatoria identificación del conductor y del vehículo en el mismo involucrado.

Sin embargo, desde otra perspectiva incompatible con los postulados básicos de un Derecho penal garantista, se plantea la tipificación del abandono del lugar del accidente simplemente como un reproche moral, es decir, una falta de respeto a la dignidad de las personas involucradas en el accidente por parte del que se aleja del mismo, al margen de que con su obligada detención pudiera atender o no a las víctimas. Esta situación, poco afortunada, acerca cada vez más el delito al pecado, con criterios de distinción entre el bien y el mal en atención a criterios morales o éticos. Esta parece ser la decisión político-criminal utilizada por el legislador español en esta reforma penal, cuando delimita el ámbito del nuevo delito de fuga a aquellos casos en los que no es aplicable el tipo de omisión del deber de socorro del artículo 195 CP y en los que ya se ha materializado en peligro bien en lesiones del artículo 152 CP, bien en el fallecimiento del 142 CP, todo ello al margen de que el omitente y el vehículo hayan quedado identificados o no por otras vías. Por ello, el nuevo tipo penal no tutela ni la solidaridad respecto de la vida y la salud de las víctimas, ni la labor de investigación del accidente que debe desarrollar la administración a la que el conductor se encuentra vinculado.

El tipo se introduce en el inconstitucional ámbito del castigo del mal intrínseco del sujeto que se fuga dejando malheridos o fallecidos tras el accidente, aun cuando en el primero de los casos –con heridos en el accidente– el fugado se ha cerciorado de que el lesionado está siendo atendido por profesionales sanitarios. Un sinsentido dogmático que sólo responde a un criterio político-criminal populista que viola los más mínimos ítem de racionalidad del sistema penal liberal. El tipo se producirá incluso cuando el omitente ofrezca todos los datos identificativos suyos y del vehículo y la víctima esté siendo atendida por profesionales o se haya constatado su fallecimiento.

La propia Fiscalía General del Estado plantea objeciones a la incorporación del delito de fuga, “*sin hacer una rigurosa depuración de la respuesta penal a la luz del principio de intervención mínima*”⁴⁸, debiendo “*alcanzar en todo caso los supuestos de abandono del lugar cuando hay fallecimiento inmediato, excluidos del artículo 195*”⁴⁹, debiendo quedar el resto de casos en el ámbito sancionador administrativo.

VI. CONCLUSIONES

1. La legislación penal española nunca optó por un delito de fuga del lugar del accidente, en el que se tutela exclusivamente el deber de identificar al conductor y al vehículo involucrados en el mismo.
2. Los artículos 5 de 9 de mayo de 1950 y 7 de la Ley 122/1962, de uso y circulación de vehículos de motor, tipificaban unas formas especiales de omisión del deber de socorro. En ellos se exigía la existencia de una víctima, si bien no era requisito típico ni la situación de desamparo, ni el peligro manifiesto y grave.
3. No se corresponden con la realidad las referencias que se hacen respecto a la supuesta recuperación del delito de fuga de las leyes de 1950 y 1962, pues éstos textos legislativos nunca tipificaron un delito de fuga como tal.
4. Las legislaciones que, como el parágrafo 142 StGB alemán, tipifican el delito de fuga, lo hacen como un delito contra la Administración de Justicia, tipificando la

⁴⁸ Memoria Fiscalía General del Estado 2018, página 656.

⁴⁹ Memoria Fiscalía General del Estado 2018, página 656.

huida del lugar del accidente impidiendo la identificación personal y/o la del vehículo implicado, perjudicando de este modo las primeras labores de investigación del accidente.

5. Ambas formas de afrontar la tipificación del lugar del accidente, bien desde un prisma omisivo, como omisión del deber de socorrer a las víctimas causadas por el omitente, bien desde el prisma activo como la conducta de abandonar el lugar del accidente perjudicando las labores de investigación del mismo, parten de que el sujeto que abandona el lugar del accidente lo hace ante el miedo de verse sometido a un proceso judicial penal, como forma de auto encubrimiento que –de modo excepcional- es punible.
6. Ninguna legislación comparada plantea estos delitos desde el prisma de la “maldad intrínseca”, esto es, de la maldad del que actúa dolosamente tras la provocación de un daño personal a un tercero por un accidente ocasionado de forma fortuita o imprudente. La fundamentación utilizada por el legislador de 2018 es rechazable en un estado social y democrático de derecho sobre postulados penales liberales laicos.

LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA PARA VALORAR LA EFICACIA RESOCIALIZADORA DE LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

María José Cruz Blanca
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2018
Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2018

RESUMEN: Hace ya prácticamente veinte años que bajo la dirección del Prof. Lorenzo Morillas Cueva defendí la Tesis Doctoral titulada *El menor como sujeto activo del delito*¹. Pese a que en aquel momento (finales de los años noventa) la temática elegida no era comúnmente abordada por la doctrina penal española, el Prof. Morillas apoyó y dirigió la elaboración de la Tesis lo cual, junto a su constante aliento y ayuda, quiero agradecer con esta contribución.

ABSTRACT: Almost twenty years ago, under the direction of Prof. Lorenzo Morillas Cueva, I defended the Doctoral Thesis entitled *The Minor as an active subject of crime*. Although at that time (the late nineties) the chosen theme was not commonly addressed by the Spanish criminal doctrine, Prof. Morillas supported and directed the elaboration of the Thesis which, together with his constant encouragement and help, I want thank with this contribution.

PALABRAS CLAVE: justicia penal juvenil, investigación criminológica.

KEYWORDS: juvenile criminal justice, criminological investigation.

SUMARIO: I. La Justicia penal juvenil. II. La importancia de la investigación criminológica en el análisis de la delincuencia juvenil. III. La reiteración y la reincidencia delictivas de los menores infractores y su incidencia en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. III. Conclusiones.

I. LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

La delincuencia juvenil constituye una realidad de extraordinario interés social que ha sido objeto de observación y análisis a partir, principalmente, de la última década del siglo XX. A partir de los años noventa, desde distintas instancias internacionales se impulsaría la progresiva transformación de los modelos tutelares imperantes hasta entonces en la justicia penal juvenil hacia modelos de naturaleza sancionadora-educativa¹. La legislación europea igualmente ha contribuido al mencionado cambio de modelo conformando, y en gran medida unificando, las legislaciones internas sobre justicia penal juvenil de los estados de la Unión Europea².

En nuestro país, el proceso de transformación hacia el modelo sancionador-educativo se iniciaría igualmente en los años noventa³ culminando con la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de junio, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. La LORPM articula la intervención penal sobre los infractores siempre que, en el momento de cometer el delito, sean mayores de catorce años y menores de dieciocho. La declaración judicial de responsabilidad penal de estos menores determina la imposición de una o varias de las medidas señaladas en el art. 7.1 LORPM aunque también cabe la posibilidad de aplicar las modalidades de mediación *intra* y *extrajudicial* en los supuestos señalados en los arts. 18 y 19 del mismo texto legal.

El gran impulso que la aprobación de la LORPM supondría para lograr una intervención de naturaleza sancionadora-educativa ha debido enfrentarse en los últimos años a una serie de circunstancias sociales⁴ que han derivado progresivamente en planteamientos político-criminales de endurecimiento del sistema español de justicia de menores. En esta línea de endurecimiento de la legislación penal juvenil se han acometido una serie de reformas en la LORPM⁵ -no siempre acertadas y casi siempre precipitadas⁶- que, desde su aprobación, ha

¹ En el ámbito internacional destacan los siguientes instrumentos normativos: *Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985* (Reglas Beijing); *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989; *Directrices para la prevención de la Delincuencia juvenil* de 1990 (Directrices de Riad); *Reglas para la Protección de menores privados de libertad* de 1990 y la *Convención de los Derechos del niño, Observación general n. 10 (2007): Los derechos del Niño en la Justicia de menores*.

² Cabe destacar la siguiente normativa dictada por diversas instituciones europeas: Recomendación No R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 17 de septiembre de 1987, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*; Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 24 de septiembre de 2003, *sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil*; Recomendación Rec (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 5 de noviembre de 2008, *sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas*; Recomendación (88) 6, de 18 de abril, *sobre reacciones sociales ante el comportamiento delictivo de los jóvenes procedentes de familias de emigrantes*; Recomendación (2000) 20, de 6 de octubre de 2000, *sobre el papel de una intervención psicosocial temprana para prevenir la criminalidad*; Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia juvenil*; Recomendación CM/Rec (2008) 11, con las *Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*; Decisión 2001/427/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, *creó la Red europea de prevención de la delincuencia (REPD)*; Decisión del Consejo 2009/902/JAI, de 30 de noviembre de 2009; Dictamen del Consejo Económico Social Europeo *sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea*, de 15 de marzo de 2006; Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 *sobre la delincuencia juvenil*.

³ Tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la *Ley de Tribunales Tutelares de Menores* de 1948 (STC 36/1991).

⁴ Al respecto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea* de 2006 señala que: "la relevancia pública de los nuevos fenómenos que han ido apareciendo especialmente en las grandes urbes europeas (delincuencia organizada, pandillas juveniles, vandalismo callejero, violencia en el deporte, matonismo en las escuelas, violencia ejercida sobre los padres, conductas xenófobas y de grupos extremistas, asociación entre nuevas formas de delincuencia e inmigración, drogadicción, etc.) ha dado lugar a que en los últimos años se pueda apreciar en algunos países europeos una tendencia al endurecimiento del derecho penal de menores".

⁵ Las reformas operadas hasta el momento en la LORPM son las siguientes: LO 8/2012, de 27 de diciembre; LO 8/2006, de 4 de diciembre; LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 9/2002, de 10 de diciembre; LO 9/2000, de 22 de diciembre y LO 7/2000, de 22 de diciembre.

⁶ De manera muy clara, la precipitación de las reformas puede verse con la primera de ellas que se produciría antes de la entrada en vigor de la LO 5/2000 periodo durante el cual, obviamente, no había datos referidos a su

sido tildada como demasiado “blanda”. Posiblemente la línea político-criminal seguida por las sucesivas reformas de la LORPM también pueda ser explicada por una confusión, cuando no por un mal o interesado uso, de los datos estadísticos relativos al volumen de la delincuencia juvenil; claramente puede apreciarse en la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley que daría lugar a la reforma operada por la LO 8/2006 durante la cual los diferentes grupos parlamentarios utilizarían e interpretarían de manera muy distinta los datos relativos al volumen de la delincuencia juvenil⁷. Veamos:

De un lado, el entonces Ministro de Justicia presentaría el proyecto de ley justificando su necesidad en la constatación de un incremento cuantitativo muy impactante de la delincuencia juvenil: hacía referencia a que durante el año 2002 se incoaron 11.000 causas y en el año 2004 fueron 22.000 lo que, afirmaba el Ministro, constituía un crecimiento cuantitativo muy impactante que requería de una reflexión⁸. Es evidente que si el gobierno quería endurecer la LORPM, se debían que presentar unos datos de aumento de la delincuencia que avalara tal dirección legislativa siendo a estos efectos el mejor índice para sostenerla el número de causas incoadas dado que arrojarán siempre un índice de delincuencia juvenil mayor que, el que arrojaría, por ejemplo, el número de sentencias condenatorias.

De otro lado, otros grupos parlamentarios refutarían el presupuesto justificador ofrecido por el Ministro de Justicia para agravar el régimen punitivo de la LORPM alegando que las cifras no se adecuaban a la realidad criminológica de aquellos momentos. Sería el caso por ejemplo del Grupo Parlamentario Vasco que, recordando el voto particular recogido en el informe que emitió el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley, sostenía que desde la entrada en vigor de la LORPM más bien habría una tendencia a la baja de la delincuencia juvenil. En efecto, el voto particular emitido al anteproyecto por algunos miembros del Consejo General del Poder judicial señalaba que:

“Tiene el proyecto de ley graves errores al intentar justificar la reforma en su exposición de motivos. Así, se habla de un aumento considerable de delitos cometidos por menores. No dice nada el informe al respecto, pero lo cierto es que el Consejo, a través de su servicio de inspección, tiene datos que desmienten esa afirmación, y así en el siguiente cuadro, podemos ver que la evolución del número de expedientes incoados en todos los juzgados de menores, en el periodo 2001-2004 no avalan, ni mucho menos, esa afirmación”.

■ ASUNTOS	2001	2002	2003	2004
Registrados	54.922	36.605	33.120	32.574
Resueltos	38.953	31.986	36.089	35.611
Pendientes	26.079	31.034	26.665	24.280

En parecida línea de argumentación se situaba el grupo parlamentario de IU-IC al afirmar que en realidad se había producido desde el año 2002 una reducción del 33% en el volumen de condenas y una reducción del 18% en el volumen de ejecución de las medidas. Abundando en ello, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana añadiría que la justificación de la reforma de la LORPM sobre la base de un hipotético incremento de la criminalidad juvenil no se conciliaba con los datos ofrecidos por el Secretario de Estado de Seguridad en su informe ante el Congreso sobre los indicadores de la evaluación de la

aplicación que justificara la reforma más allá de la alarma social generada por algunos sucesos que tuvieron una amplia repercusión mediática.

⁷ Estos debates pueden ser consultados en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 163 de 23-3-2006, pp. 8144-8161. Las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios a las que me referiré se contienen en el citado Diario de Sesiones.

(Disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>).

⁸ Abundando en el incremento cuantitativo de la delincuencia juvenil, el Grupo Parlamentario Socialista especificó que las sentencias condenatorias de los Juzgados de menores inscritas en el Registro de menores del Ministerio de Justicia ponían de manifiesto que los datos del ministro implicaban un incremento del 80% de las sentencias condenatorias.

seguridad pública (enero a diciembre de 2005) del que, por el contrario, se desprendía un importante descenso de la criminalidad juvenil (un 5,2%). Por su parte, el Grupo Parlamentario de CIU tras preguntarse “¿por qué hay una sensación de incremento de la delincuencia en estos años?”, consideraría que tal sensación “viene motivada por algunos casos importantes, muy mediáticos, muy graves en la aplicación de la Ley 5/2000 (...) que han emitido una luz de alerta sobre algunos aspectos de la ley, pero sobre todo algunas interpretaciones que se ha hecho de la misma. Puede que ustedes se hayan dejado llevar por ese efectismo, por esa luz de alarma que existe y quizás hemos fallado en el diagnóstico”.

Es evidente por tanto la importancia de realizar investigaciones criminológicas que evalúen la eficacia de la LORPM para coadyuvar al logro de una adecuada política criminal y legislativa en la materia lo que hace plenamente vigente la afirmación que haría uno de los grupos parlamentarios anteriormente mencionados alegando que se había echado “en falta una evaluación en serio de la aplicación de la ley y un estudio criminológico a fondo”.

II. LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA EN EL ANÁLISIS DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Tradicionalmente las investigaciones criminológicas se han interesado por el estudio del inicio y, en su caso, permanencia de las conductas delictivas a lo largo de la vida de los menores de edad. Para ello se han analizado y evaluado los posibles factores criminógenos, personales y sociales, que aumentan las probabilidades de inicio o permanencia de los menores en la carrera delictiva⁹. Indudablemente, la identificación de estos factores puede contribuir, en la medida de lo posible dado que el ser humano no es una máquina, a pronosticar las eventuales conductas reiterantes de los menores infractores asociadas a un conjunto de circunstancias de riesgo. Una lectura adecuada de los datos arrojados por la investigación puede resultar de gran utilidad para acometer políticas de prevención e intervención sobre la delincuencia juvenil.

En relación a los factores asociados a la reincidencia juvenil el ya mencionado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2006 concluye que, aunque no existe consenso entre los expertos sobre las circunstancias que pueden originar este comportamiento, sí puede hablarse de motivaciones basadas en diversos factores económicos y socio-ambientales: pertenencia a familias desestructuradas (*broken homes*) o entornos donde resulta difícil conciliar la vida familiar y laboral; el absentismo y el fracaso escolar; el desempleo; la transmisión de imágenes y actitudes violentas por parte de ciertos programas en algunos medios de comunicación social o en videojuegos destinados a los menores; el consumo de drogas y sustancias tóxicas; la marginación socioeconómica y la pobreza; los trastornos de la personalidad y del comportamiento, unidos a otros factores sociales o ambientales; o la carencia a la hora de transmitir valores cívicos.

En similar al anterior Dictamen de 2006 sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo¹⁰ advirtiendo sobre aquellos factores que considera importantes para el inicio y la reiteración delictiva en menores infractores: falta de elementos de referencia; ausencia de comunicación y promoción de los modelos adecuados en el seno de la familia (frecuentemente, por la ausencia de los progenitores); problemas psicopatológicos vinculados con situaciones de malos tratos o de acoso sexual por parte de personas de su mismo entorno (familia, escuela, amistades y, en términos generales, el ámbito socioeconómico en el que vive); deficiencias de los sistemas educativos en lo que concierne a la transmisión de valores sociales; situaciones como la pobreza, el desempleo, la exclusión social o el racismo; especial tendencia al mimetismo que desarrollan los jóvenes durante la fase de formación de su personalidad; trastornos de la personalidad relacionados con el consumo de alcohol y drogas; y finalmente la promoción de modelos de violencia gratuita,

⁹ Se distinguen entre factores estáticos -aquellos no modificables como, por ejemplo, la edad del primer hecho delictivo cometido- y factores dinámicos -los que se consideran modificables, por ejemplo, el contacto del menor con circunstancias criminógenas como habitar en un ambiente con padres dedicados al tráfico de drogas-.

¹⁰ Vid. La Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 *sobre la delincuencia juvenil*.

excesiva e injustificada por parte de los medios de comunicación, determinados sitios de internet y los videojuegos, que propagan una imagen que “banaliza” la violencia.

Los estudios llevados a cabo hasta el momento en nuestro país a fin de determinar qué variables o factores y en qué medida afectan a la reincidencia juvenil se han elaborado principalmente desde el ámbito de las ciencias de la conducta¹¹, sin olvidar aquellos otros elaborados en el ámbito de las ciencias jurídicas¹². Entre los primeros cabe destacar el publicado en el año 2014¹³, que estima la reincidencia delictiva juvenil¹⁴ tras haber analizado un total de 27 estudios (de los publicados en España hasta el año 2012). El citado estudio identifica las variables que se relacionan con una mayor probabilidad de reiteración delictiva concluyendo que “la reincidencia de los menores se encuentra entre uno de cada tres a uno de cada cuatro menores que pasa por el sistema de justicia juvenil en España”. En relación con los factores asociados a la reiteración delictiva juvenil se concluye que “las variables personales del menor más relacionadas con la reincidencia y que coinciden con la bibliografía revisada son que el menor tenga entre su grupo de amigos a menores considerados disociales, antecedentes penales del menor o de los familiares. Los aspectos relacionados con la violencia ejercida (violencia en el delito base), la violencia padecida (haber sufrido maltrato físico) y el entorno familiar de riesgo (familiares que presenten consumo de tóxicos, familiares con problemas mentales) son otros aspectos que se resaltan en este trabajo”.

Estudios posteriores sobre los factores de tipo criminógeno asociados a los menores infractores reiterantes alcanzan parecidas conclusiones identificando, entre los más comunes, una mayor tendencia al locus de control externo, búsqueda de sensaciones, impulsividad y conductas violentas, así como déficit en habilidades sociales y menor tolerancia a la frustración consumo de sustancias, relación con grupos de iguales antisociales, el inadecuado uso del tiempo libre, ausencia de supervisión parental con un estilo educativo permisivo, la desestructuración familiar, baja economía y algunas otras variables relativas a los propios padres, como la presencia de antecedentes delictivos y el consumo de drogas. Respecto del factor *género* los datos señalan que los chicos presentan mayor nivel de reincidencia frente a las chicas¹⁵.

¹¹ Vid. los siguientes estudios: Bravo Arteaga, Amaia (y otros), “Evaluación de resultados de la Ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados”, *Psicothema*, Vol. 21, n.º 4, 2009, pp. 615-621. Fernández Molina, Esther (y otros), “Evolución y tendencias de la delincuencia juvenil en España”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 2009, pp. 1-30. García García, Juan (y otros), *Justicia juvenil en Andalucía. Diez años de funcionamiento de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, 2012. García España, Elisa (y otros), “Menores reincidentes y no reincidentes en el sistema de justicia juvenil andaluz”, *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 2011, pp. 35- 56. Garrido Genovés, Vicente, *La predicción y la intervención con los menores infractores: Un estudio en Cantabria. (Estadísticas, instrumentos, protocolos y evaluación)*, Dirección General de Políticas Sociales. Gobierno de Cantabria, 2009. Graña Gómez, José Luis, (y otros), “Evaluación de las características delictivas de menores infractores en la comunidad de Madrid y su influencia en la planificación del tratamiento”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 7, 2007, pp. 7-18. Menéndez García, Belén, *Menores y actividad delictiva en el Principado de Asturias: Análisis de las variables psicosociales diferenciales en el comportamiento reincidente*, Oviedo, 2007. Núñez Izquierdo, Felipe, “Tasa de reincidencia de la delincuencia juvenil de Extremadura. Medidas privativas de libertad”, *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, 2, 2012, pp. 37-67. San Juan Guillén, Cesar (y otro), *Perfil psicosocial, análisis del delito y evaluación de la intervención educativa en menores con medidas judiciales en la Comunidad autónoma del País Vasco*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2010.

¹² Morillas Fernández, David Lorenzo, “La delincuencia juvenil en Andalucía”, *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, Madrid, 2010, pp. 941-978. Del mismo autor: “Análisis de las principales variables de la delincuencia juvenil en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 3, 2013, pp. 173-210. Carrasco Montoro, María Teresa, “Perfil criminológico del menor infractor y de los ilícitos cometidos. Aproximación al tema desde la perspectiva práctica”, *El Derecho penal de menores a debate*, Madrid, 2010, pp. 215-223. Padilla Alba, Herminio Ramón (y otros), “Estudio criminológico de la delincuencia juvenil en Córdoba”, *Revista General de Derecho Penal*, 2, 2004, pp.1-38. Pérez Jiménez, Fátima (y otros), “Cómo perciben los menores infractores la justicia que se les aplica: un acercamiento desde la justicia procedimental”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n. 16, 2018, pp. 1-26.

¹³ Ortega Campos, Elena (y otros), “Meta-análisis de la reincidencia criminal en menores: Estudio de la investigación española”, *Revista Mexicana de Psicología*, 31, 2014, pp. 111-123.

¹⁴ En este estudio se entiende por *reincidencia* “una nueva entrada del menor en el sistema de justicia juvenil, una vez que previamente ha sido juzgado en una causa anterior”, *Ibidem*, p. 114. En realidad, este estudio no utiliza el concepto legal de *reincidencia* (art. 22.8ª del Código penal) sino el de *reiteración*, como es común advertir en todos los estudios elaborados en el ámbito de las ciencias de la conducta.

¹⁵ Vid. Capdevila Capdevila, Manuel (y otros), *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Colección Justicia y Sociedad. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2017. Cuervo Gómez, Keren (y otros), “Riesgo de reincidencia y evolución, a través del Inventario IGI-J en una población de menores

III. LA REITERACIÓN Y LA REINCIDENCIA DELICTIVAS DE LOS MENORES INFRACTORES Y SU INCIDENCIA EN LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

La reiteración y la reincidencia delictivas constituyen dos datos de extraordinario valor para evaluar y medir la eficacia de la LORPM así como para adoptar decisiones político criminales que ayuden a la prevención e intervención sobre los menores infractores. Es preciso no olvidar que ambas variables, aunque afines, no son idénticas pues la *reiteración delictiva* es la multiplicidad de delitos –no necesariamente de la misma naturaleza cometidos por un mismo sujeto–, mientras que la *reincidencia* es un concepto legal previsto en el art. 22.8ª del Código penal¹⁶ que exige que la comisión de un nuevo delito vaya precedida de una condena ejecutoria previa por un delito igual o de la misma naturaleza que el delito cometido anteriormente. Esta circunstancia lleva aparejada necesariamente una agravación de la pena en el Derecho penal de adultos mientras que la reiteración delictiva, salvo al caso expresamente previsto al que *infra* haré referencia, no tiene ninguna repercusión penal.

La importancia que tiene analizar la reincidencia juvenil ha sido destacada por la Unión Europea que ha alertado sobre la necesidad de llevar a cabo estudios que propicien el desarrollo de una política comunitaria común sobre la justicia del menor. En este sentido, el ya mencionado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2006 considera muy oportuno analizar y evaluar la reincidencia juvenil, no sólo “porque afecta a una parte especialmente sensible de su población (los menores y jóvenes y, con frecuencia, dentro de éstos, los pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social), sino porque prevenir e intervenir hoy con los menores y jóvenes infractores implica ya de por sí, además de intentar reinsertarlos socialmente, prevenir la delincuencia adulta de mañana”. En esta línea, el citado Dictamen, para trazar una adecuada política europea de justicia juvenil, considera imprescindible “contar con datos cuantitativos actualizados y comparables sobre el estado de la delincuencia juvenil en los veinticinco países de la Unión Europea, que permitan conocer de un modo fiable con qué nos enfrentamos, cuál es la verdadera dimensión del problema y las diferentes maneras de afrontarlo, teniendo presente -entre otras variables- las diferencias que pudieran darse entre hombres y mujeres infractores”.

De especial interés al respecto resultan las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁷ que partiendo de que “las sanciones o medidas que puedan imponerse a menores, así como la forma de ejecución, deberá estar especificada por la Ley y basada en los principios de integración social y educación y en la prevención de la reincidencia”, destaca la importancia de que todas las decisiones que se adopten en el ámbito de la justicia juvenil estén basadas en análisis científicos (haciendo mención expresa a la necesidad de investigar sobre la reincidencia juvenil)¹⁸.

infractores”, *Revista Internacional de Sociología*, 75, 2017, pp.1-11. García García, Juan, “Predicción del riesgo de reincidencia en una muestra de menores infractores españoles. Evidencias de validez del SAVRY”. *PSICUMEX*, 6 (1), 2016, pp. 83-95. Garrido Genovés, Vicente (y otros), “Predicción de la reincidencia con delinquentes juveniles: Adaptación del IGI-J”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 12, 2017, pp. 30-41. Montero Hernanz, Tomás, “La criminalidad juvenil en España (2007-2012)”, *Revista Criminalidad*, 56 (2), 2014, pp. 247-261. Villanueva Lidón, Arantxa (y otros), “Reincidencia delictiva juvenil en la medida de conciliación víctima infractor”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 12, abril, 2017, pp. 51-63.

¹⁶ El art. 22 dispone que: “*Son circunstancias agravantes: (...) 8ª. Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español*”.

¹⁷ Vid. en particular la Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas*.

¹⁸ La Parte VII de la citada Recomendación (2008)11 rubricada *Evaluación, investigación, trabajo con los medios de comunicación y con el público*, recoge algunas disposiciones de interés: la norma 135 dispone que: “Las medidas y sanciones diseñadas para los menores deben desarrollarse sobre la base de la investigación y la evaluación científica”. La norma 136.1 señala que: “A tales efectos, deberán recabarse datos comparativos que permitan evaluar el éxito o el fracaso de las medidas y sanciones comunitarias y de internamiento. Tal evaluación deberá prestar atención a las tasas de *recidivismo* y a sus causas.” La norma 136.2 dispone que: “También deberán

Pese a que la LORPM no hace mención expresa al efecto que la apreciación de circunstancias agravantes y atenuantes puedan tener en la determinación y duración de las medidas, sí menciona explícita o implícitamente la reiteración y/o reincidencia delictivas en algunos de sus artículos.

Entre los artículos que exigen la concurrencia efectiva de la circunstancia de *reincidencia* se encuentran las siguientes disposiciones: art. 10.1.b) que obliga al juez de menores a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de 1 a 6 años cuando el menor, mayor de 16 años, haya cometido alguno de los delitos previstos en el art. 9.2 LORPM (delitos graves; delitos menos graves cometidos con violencia o intimidación; delitos cometidos en banda, organización o asociación), y además el hecho revista extrema gravedad “entendiendo como tal siempre la reincidencia”. El art. 28.2 que recoge como uno de los criterios para adoptar medidas cautelares “que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza”. El art. 18, párrafo segundo, permite en ciertos casos desistir de la incoación del expediente por corrección del menor en el ámbito educativo y familiar; no obstante el expediente deberá ser incoado “cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”. Finalmente el párrafo 1º del art. 39.1 que señala cuál ha de ser el contenido de la sentencia dictada por el juez de menores que deberá contener, entre otros datos, “la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”.

De otro lado, el art. 28.1 LORPM atiende a la *reiteración delictiva* como pronóstico de reincidencia cuando se refiere al “riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima” como uno de los criterios para acordar la adopción de medidas cautelares no exigiendo, en este último caso, que la nueva conducta delictiva que eventualmente pueda cometer el menor sea de la misma naturaleza que el delito que puede llevar a la imposición de la medida cautelar.

IV. CONCLUSIONES

El debate político criminal y criminológico sobre la delincuencia juvenil se ha visto ligado principalmente a un hipotético incremento de los delitos cometidos por los menores de edad penal. Las frías cifras, una mala utilización de los datos o una interesada interpretación de aquellos, ha sido alguna de las notas características que han acompañado a las reformas operadas en la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores.

Siendo la reincidencia un extraordinario indicador, sino el único, del efecto que sobre el menor infractor ha tenido su paso por la justicia juvenil, es oportuno de llevar a cabo investigaciones criminológicas que, de un lado, analicen e interpreten adecuadamente los índices de incremento/ descenso de la delincuencia juvenil y, de otro lado, que identifiquen los factores personales y sociales que pueden contribuir a la reiteración de conductas delictivas en los menores infractores.

La información aportada desde el ámbito de la Criminología pues facilita a los operadores (jurídicos y no jurídicos) que participan en la administración de la justicia juvenil una valiosa información para el desempeño de su trabajo con los menores infractores, orientando los programas educativos. Al mismo tiempo, un adecuado análisis cuantitativo y cualitativo de la delincuencia juvenil podrá contribuir para que el legislador acometa, en su caso, cuantas reformas sean precisas para dar respuesta a la realidad criminológica juvenil de cada momento.

recabarse datos sobre las circunstancias personales y sociales de los menores y sobre las condiciones en los centros en los que los menores pueden ser ingresados”.

VALORACIÓN DEL GRADO DE IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD¹

David Lorenzo Morillas Fernández
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2018

RESUMEN: El TDAH es un problema de salud pública, calificado como un trastorno del neurodesarrollo, en la edad adulta esto puede tener efectos en la esfera criminal.

ABSTRACT: ADHD is a public health problem, classified as a neurodevelopmental disorder, in adulthood this can have effects in the criminal sphere.

PALABRAS CLAVE: TDAH, criminalidad.

KEYWORDS: ADHD, criminality.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL TRASTORNO Y VINCULACIÓN CON LA ESFERA CRIMINAL. II. TRATAMIENTO DEL TDAH DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IMPUTABILIDAD. III. ÚLTIMAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: AÑO 2018.

¹ Investigación enmarcada dentro del Proyecto de Investigación “La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad” (DER 2016-80604-P).

I. DELIMITACIÓN DEL TRASTORNO Y VINCULACIÓN CON LA ESFERA CRIMINAL

El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) ha sido calificado por López Soler, Alcántara López y Castro Sáez como un problema de salud mental y salud pública debido al funcionamiento ineficaz en varias actividades importantes de la vida, el riesgo elevado de deterioro en algunos dominios y el aumento de riesgo en problemas de salud².

El DSM-5 lo ha identificado como un trastorno del neurodesarrollo; esto es, una afección iniciada en el período de desarrollo de la persona, por lo que se manifiesta de manera precoz antes de que el niño empiece la escuela primaria, caracterizándose por un déficit del desarrollo que produce deficiencias del funcionamiento personal, social, académico u ocupacional. En concreto, en niveles problemáticos de inatención, desorganización y/o hiperactividad/impulsividad. Por ello, mientras las primeras comportan una incapacidad para seguir tareas, pareciendo, por ejemplo, que no escuchan, y que pierden los materiales a unos niveles incomprensibles con su edad o nivel de desarrollo; las últimas conllevan una actividad excesiva, movimientos nerviosos, incapacidad de permanecer sentado, intromisión en las actividades de otra persona e incapacidad para esperar a niveles excesivos. Así, mientras en la infancia el TDAH se solapa con los denominados trastornos exteriorizadores, como el negativista desafiante o el de conducta, su persistencia abarca hasta la edad adulta con los consiguientes deterioros a nivel social, académico y ocupacional³.

La doctrina se ha mostrado en términos muy parecidos a los descritos y así, a modo de ejemplo, ha señalado que: i) la inatención, siguiendo a López Soler, Castro Sáez, Isabel Belchí y Romero Medina, se relaciona con la dificultad para realizar una misma tarea en un período largo de tiempo, no siendo de extrañar que el sujeto se aburra al instante o “se le vaya el santo al cielo” y empiece a pensar en otras cosas; ii) la hiperactividad se vincula a una movilidad excesiva y la rigidez y falta de coordinación en sus movimientos, lo que incide en frecuentes caídas, si bien el constante movimiento en situaciones en las que no tendría que producirse constituye uno de los principales indicadores para su sospecha —al igual que hablar sin parar, dar golpes (...)»⁴, aunque, conforme avanzan en edad, la hiperactividad tiende a disminuir aparentemente aunque dirán sentirse inquietos o nerviosos por dentro⁵; y iii) la impulsividad debe asociarse, siguiendo a Gratch, con una incapacidad no premeditada del sujeto para controlar sus actos, llegando a exteriorizarse como agresividad; esto es, el incremento de la tensión se descarga impulsivamente con el objeto de hacer daño o defenderse, si bien se manifiesta de manera distinta según el grado evolutivo del individuo y así, por ejemplo, en la edad escolar es muy frecuente apreciar dificultades en el aprendizaje, en la adolescencia peleas con pares, robos, etc y en la adultez con inestabilidad emocional, fácil irascibilidad y toma rápida de decisiones que requerirían mayor reflexividad⁶.

Las explicaciones científicas en torno a su origen se aproximan, en la actualidad, hacia una perspectiva biológica con un elevado riesgo genético⁷. En este sentido, la opinión

² LÓPEZ SOLER, C., ALCÁNTARA LÓPEZ, M. y CASTRO SÁEZ, M., «El TDAH a lo largo de la vida», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Madrid, 2017, pág. 130.

³ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5)*, Madrid, 2014, págs 31-32.

⁴ En este sentido, creo que resulta muy ilustrativa la referencia hecha por San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana cuando afirman que «los padres advierten que el niño actúa como si “estuviera activado por un motor” o como “si nunca se le acabaran las pilas”» (SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Soutullo Esperón y Mardomingo Sanz (Coord.), *Manual de Psiquiatría del Niño y del Adolescente*, Madrid, 2010, pág. 57).

⁵ LÓPEZ SOLER, C., CASTRO SÁEZ, M., ISABEL BELCHÍ, A. y ROMERO MEDINA, A., «Descripción clínica: El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y los trastornos de comportamiento perturbador», en López Soler y Romero Medina, *Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad y Trastornos Del Comportamiento en la infancia y en la adolescencia: Clínica, Diagnóstico, Evaluación y Tratamiento*, Madrid, 2013, págs. 14 y 15.

⁶ GRATCH, L., *El trastorno por déficit de atención (DD-ADHD). Clínica, diagnóstico y tratamiento en la infancia, la adolescencia y la adultez*, Buenos Aires, pág.13.

⁷ Vid., más ampliamente, ISORNA FOLGAR, M., *Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH)*, 2015, págs. 35-58; AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). Aspectos jurídico-penales, psicológicos y criminológicos*, Madrid, 2014, págs. 141-236; MOLANO-BILBAO, A.;

mayoritaria gira sobre la premisa de problemas localizados en determinados neurotransmisores existentes en ciertas partes del cerebro, lo cual origina una inhibición de los impulsos y una ausencia de capacidad para controlar la atención. Gratch prefiere utilizar la terminología “trastorno neuroquímico” como motivadores, especificando la absoluta relevancia presentada por los neurotransmisores, incluyendo la dopamina, noradrenalina, acetilcolina y serotonina⁸. El sistema límbico y el lóbulo frontal constituyen las principales localizaciones anatómicas del sistema encargado de la atención, función muy importante del Sistema Nervioso Central, cuya participación es imprescindible para el adecuado desarrollo de los procesos de aprendizaje ya que, desde allí, las células nerviosas envían sus proyecciones a diferentes partes del cerebro por lo que la vinculación con las tareas de atención y aprendizaje es un hecho⁹. Así pues, la interrelación de esos grupos neuronales es mediatizada por la intervención de los neurotransmisores con lo que la actividad de la atención requiere una estimulación o inhibición de diferentes áreas del cerebro, no siendo un proceso común o similar en todos los casos sino que variará según la intensidad del proceso a realizar con lo que se exigirá diferentes tipos de atención según la actividad y el comportamiento. Ante ello, una persona modula su capacidad de atención y movimiento a la necesidad de la situación concreta pero una con TDAH posee dificultades específicas que exceden a su voluntad, llegando a impedirle poder cumplir ciertas funciones con la eficacia requerida¹⁰. No obstante, como afirman San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, aún no están del todo claras las causas que lo motivan, pese a tener un origen fundamentalmente biológico, aunque hay una evidente influencia de factores etiológicos genéticos y ambientales que contribuyen a su aparición, llegando a cifrar en un 77% la incidencia de los primeros¹¹.

La presencia de TDAH en la persona conlleva además unas características propias que pueden apreciarse en el individuo. En este sentido, desde el prisma de las relaciones sociales hasta las connotaciones del mismo en la esfera delincriminal presentan unas pautas claras y precisas. Así, respecto a las primeras, el trastorno conlleva la aparición de determinados comportamientos que quedan perfectamente justificados en su contexto, sobre todo en niveles externos al ámbito doméstico, motivado por la aparición de estímulos que favorecen la ausencia de capacidad de contención. Por ello, con el propósito de simplificar y conocer las principales manifestaciones somáticas apreciables en el adulto, pueden referirse, siguiendo a Gratch y a San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, las siguientes:

- Rendimiento por debajo de las capacidades a nivel laboral o profesional.
- Inestabilidad para conservar trabajos.
- Falta de capacidad para mantener la concentración por un largo período de tiempo.
- Falta de organización y caos.
- Escasa capacidad para cumplir con lo acordado.
- Incapacidad para establecer una rutina y poder cumplirla.
- Olvidos, pérdidas y descuidos importantes.
- Depresión, daño crónico a la autoestima.
- Confusión, dificultades para pensar y expresarse con claridad.

OLANO-MARTÍN, E.; TEJEDOR HERNÁNDEZ, E.; y FERRER ALCÓN, M., «Genética del trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Quintero Gutiérrez del Álamo, Correas Laufer y Quintero Lumbreras (Dir.), *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) a lo largo de la vida*, Barcelona, 2009, págs. 27-52.

⁸ Las variaciones en la concentración de los citados neurotransmisores producen diferentes trastornos como, por ejemplo el Parkinson.

⁹ De acuerdo con ello, tanto vías aferentes como eferentes influirían en el resultado o manifestación de la sintomatología como reflejo de la responsabilidad del lóbulo frontal en la propia función ejecutiva.

¹⁰ GRATCH, L., *El trastorno...* cit., pág. 24.

¹¹ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., pág. 55.

- Frecuentes discusiones y peleas motivadas por la fuerte impulsividad presentada.
- Inestabilidad afectiva, lo cual puede conllevar múltiples separaciones.
- Tendencia a actuaciones impulsivas.
- Tendencia a interrumpir a otros, dificultades para escuchar y esperar su turno.
- Frecuentes choques automovilísticos a causa de la tendencia a estar distraídos y a una conducción impulsiva, frecuentes multas por exceso de velocidad y conducciones temerarias.
- Frecuente consumo de alcohol y abuso de sustancias¹².

Respecto a las segundas; esto es, la vinculación entre TDAH y comportamiento criminal, conviene advertir que no se trata de dos variables que necesariamente tengan que concurrir, todo lo contrario, más bien lo que acontece es que esas especiales características exteriorizadas por parte del sujeto activo se encuentran muy próximas al desarrollo de conductas ilícitas o, cuanto menos, antisociales. Es más, como muy bien apuntó Aguilar Cárceles, la citada correlación solamente se producirá en un número muy reducido de personas y, en particular, en aquéllas en las que concurren características como el atrevimiento, la búsqueda de sensaciones o la concurrencia de otros trastornos como el opositor desafiante, de conducta, trastorno antisocial de la personalidad, relacionado con sustancias (...) ¹³. Ahora bien, en caso de ocurrir, como apuntó Muñoz Ruiz, puede derivar en auténticas carreras criminales¹⁴, algo a lo que puede coadyuvar sobremanera la presencia de comorbilidades. En este sentido, Pintado Alcázar ha cuantificado empíricamente la mayor frecuencia de comorbilidades concurrentes con el TDAH destacando los trastornos relacionados con sustancias y los trastornos adictivos (47%); seguido del de personalidad antisocial y límite (25%) y de los disruptivos del control de los impulsos y la conducta (11%)¹⁵, como más relevantes.

Ejemplificando lo anterior, el riesgo de comisión de actos delictivos obviamente aumenta en casos de constantes discusiones y peleas, actuaciones impulsivas, dificultad para escuchar y respetar turno, la conducción de vehículos a motor y el consumo de tóxicos ya que, debido a la impulsividad, motivada o no por la falta de atención, va a generar conductas ilícitas que el individuo, por la esencia del trastorno, no va a ser capaz de controlar en el momento de los hechos; esto es, un accidente de circulación motivado por su propia falta de atención – conducta muy habitual y característica del trastorno- puede derivar en una agresión por la propia impulsividad del sujeto ante el impropio del conductor que sufre el daño o incluso recibir la agresión por no prestar atención a los requerimientos del accidentado, situaciones producidas, como se ha referido, de manera completamente involuntaria pero sin destrezas para actuar de otra forma debido al TDAH. Es más, tal y como puso de relieve originariamente Barkley, las personas que presentan TDAH tienen una mayor probabilidad de cometer conductas ilícitas vinculadas con la conducción ilegal¹⁶ –principalmente, conducción sin permiso de conducir-, así como una mayor incidencia en su suspensión o revocación una vez obtenida la licencia¹⁷. Del mismo modo que, una vez conseguido, resultan más habituales y frecuentes las multas y citaciones judiciales por exceso de

¹² GRATCH, L., *El trastorno...* cit., págs. 150 y 151; SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., págs. 63 y ss.

¹³ AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Análisis...* cit., págs. 502 y 503.

¹⁴ MUÑOZ RUIZ, J., «TDAH y delitos contra la seguridad vial», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 206.

¹⁵ PINTADO ALCÁZAR, A., «Análisis criminológico de la relación TDAH/delinuencia en España», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., págs. 178-181.

¹⁶ Aunque Barkley vincula la conducción ilegal hacia, sobre todo, la conducción sin permiso de conducir, este extremo no encuentra reflejo en la realidad criminal española vinculada a menores de edad, donde la comisión del citado tipo delictivo no encuentra una representatividad suficiente conforme al estudio empírico realizado sobre una muestra de cien menores condenados por la comisión del delito del artículo 384 del Código Penal en las provincias de Almería, Granada, Jaén y Murcia en el año 2017 (vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «El menor como sujeto activo del delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin licencia administrativa», en Morillas Fernández (Dir.), *El delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin licencia administrativa cometido por menores de edad*, Madrid, 2018, en prensa.

¹⁷ Un completo estudio de la relación entre TDAH y delitos contra la seguridad vial en España puede encontrarse en MUÑOZ RUIZ, J., «TDAH...» cit., págs. 185-208.

velocidad, llegando a incrementarse por cuatro la probabilidad de tener un accidente de tráfico cuando son ellos quienes conducen el vehículo¹⁸.

No obstante lo anterior, hay una dificultad adicional vinculada a la esfera criminal que subsiste detrás del TDAH y que debe tenerse muy presente: su diagnóstico. López Soler, Alcántara López y Castro Sáez han comprobado que la estabilidad de la sintomatología grave no diagnosticada en la infancia en personas con problemas legales es muy frecuente y que el sistema judicial no siempre lo detecta, ni realiza el diagnóstico ni aplica el tratamiento adecuado para el TDAH. Eso hace que cuando la conducta antisocial y delictiva ocurre en la adolescencia y no se actúa respecto al TDAH se compromete el resto de la vida del sujeto, aumentando la probabilidad de comisión de delitos. Buena prueba de ello es la alta proporción de personas privadas de libertad con TDAH¹⁹. En este sentido, la investigación sobre internos en tratamiento psiquiátrico llevada a cabo por Sanz García, Dueñas y Muro ha resultado muy reveladora al respecto al concluir que aquellos que presentan TDAH delinquen a edades más tempranas que el resto de reclusos con otras patologías, cometen más delitos y se inician a edades más tempranas en el consumo de droga e ingieren dosis mayores²⁰.

En definitiva, ¿qué hay detrás del comportamiento criminal desarrollado por una persona que presenta TDAH? o mejor dicho, ¿qué motiva la realización de un delito en un individuo que actúa bajo la influencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad? En mi opinión, la respuesta la han dado perfectamente San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana al señalar que una alteración de la función ejecutiva; esto es, una modificación de las capacidades necesarias para atender a un estímulo, planificar y organizar una acción, reflexionar sobre las posibles consecuencias de las acciones e inhibir la primera respuesta automática cambiándola por otra más apropiada²¹.

Conforme a ello, si bien reitero que no puede ni deben establecerse automatismos entre TDAH y criminalidad, sí que puede afirmarse la mayor probabilidad de riesgo de comisión de ilícitos de las personas que presentan TDAH por las propias manifestaciones del trastorno en los términos descritos anteriormente. Piénsese, nuevamente, en el individuo que no posee la capacidad para contener la primera respuesta automática generada ante un hecho, en no pocos casos de naturaleza violenta o, cuanto menos, de rechazo externo, o la no verificación o evaluación de las consecuencias de un acto, actuando a través de impulsos. Es más, de las distintas subcategorías, la que presentaría una mayor asociación con el hipotético desarrollo de comportamientos ilícitos, principalmente de naturaleza violenta, sería el subtipo impulsivo, debiendo especificar, siguiendo a Álvarez y Ollendick, que no sería tanto la consideración del trastorno en sí mismo como la repercusión de sus características del en otras esferas, pudiendo afirmar que el déficit en las habilidades ejecutivas concretas constituye la razón más evidente para predecir el inicio de trastorno de conducta o, lo que es lo mismo, quedaría vinculada parte de la naturaleza multidimensional del TDAH, pudiendo afirmar que sería la impulsividad la predictora de posteriores conductas problemáticas, por encima de otros elementos como, por ejemplo, la hiperactividad²².

Dicho lo anterior y atendiendo específicamente a la realidad criminal española, desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, Pintado Alcázar procedió a estudiar las variables personales, penales y criminológicas de personas con TDAH condenadas por la comisión de delitos o faltas, procediendo a analizar cuarenta sentencias emanadas de diversas

¹⁸ BARKLEY, R.A., «Driving impairments in teens and adults with attention-deficit/hyperactivity disorder», *Psychiatric Clinics of North America* 27, 2004, pág.235.

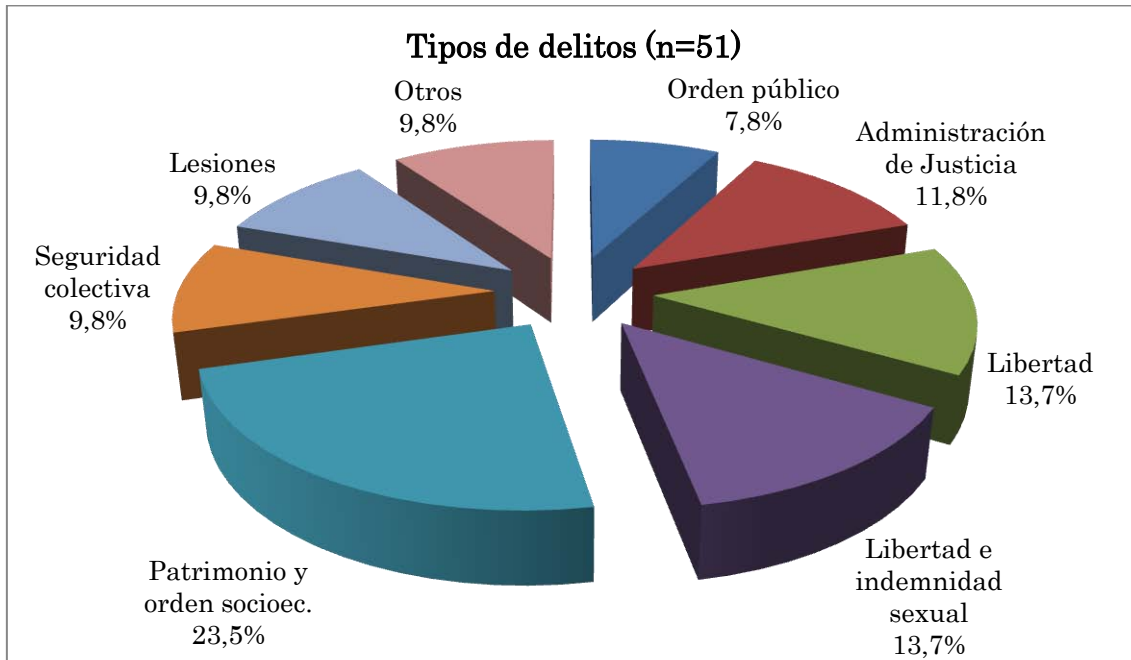
¹⁹ LÓPEZ SOLER, C., ALCÁNTARA LÓPEZ, M. y CASTRO SÁEZ, M., «El TDAH...» cit., pág. 131.

²⁰ SANZ GARCÍA, O., DUEÑAS, R. M. y MURO, A., «Consecuencias del TDAH no tratado: estudios en una población penitenciaria psiquiátrica», en *Psiquiatría.com*, 2010. Recurso electrónico disponible en: <https://psiquiatria.com/tdah/consecuencias-del-tdah-no-tratado-estudio-en-una-poblacion-penitenciaria-psiquiatrica/>

²¹ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., pág. 55.

²² ÁLVAREZ, H.K. and OLLENDICK, T.H., «Individual and Psychosocial Risk Factors», in Cecilia A. Essau, *Conduct and Oppositional Defiant Disorders. Epidemiology, Risk Factors, and Treatment*, New Jersey, 2003, pág.108.

Audiencias Provinciales, determinando que la mayor representatividad de comportamientos ilícitos recaería sobre el robo con violencia o intimidación (21,5%), delitos sexuales y contra la libertad (13,7%), contra la Administración de Justicia (11,8%) (...), tal y como puede apreciarse en el siguiente gráfico²³:



II. TRATAMIENTO DEL TDAH DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IMPUTABILIDAD

Una vez delimitado, siquiera de manera muy somera, el contenido y efectos del trastorno por déficit de atención e hiperactividad y concretadas las modalidades delictivas más concurrentes en la práctica, conviene a continuación centrar el análisis en las respuestas dadas por la doctrina y los Tribunales de Justicia con el propósito de delimitar si la presencia del citado trastorno presenta o no efectos en la imputabilidad del sujeto.

Para ubicar y entender correctamente la problemática planteada conviene realizar una serie de matizaciones previas:

- i) Como ya he referido en más de una ocasión²⁴, el TDAH constituye uno de los grandes desconocidos para los profesionales del Derecho, tanto teóricos como prácticos, pese a que cada vez aparecen más casos y mejores resoluciones judiciales que abordan de una forma correcta su verdadera simbiosis. No obstante, aún sigue habiendo un gran desconocimiento al respecto.
- ii) La mera presencia o diagnóstico del TDAH no conlleva una hipotética afectación a la esfera cognitiva y/o volitiva de la persona sino que, como cualquier trastorno, debe presentar una incidencia directa en el comportamiento criminal. En este sentido, Aguilar Cárceles ha sido muy clara al afirmar que determinados cuadros psicológicos pueden ser controlados o remitir ante ciertos factores externos y aparecer ante la presencia de otros, tal y como acontecería con la remisión por tratamiento farmacológico. Por ello, si en el momento de llevarse a cabo la conducta

²³ PINTADO ALCÁZAR, A., «Análisis...» cit., págs. 173-175.

²⁴ Vid, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH desde una perspectiva práctica», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 81.

típica no se demostrara nexo causal alguno entre la patología y el desarrollo comportamental, no se le debería aplicar al sujeto beneficio alguno ya que se trataría de un supuesto controlado. Ahora bien, en caso contrario; esto es, la persona padece un brote en un momento determinado o que, aún por factores externos que pudieran ser efectivos para controlar la conducta, no fuese capaz de reprimir deliberadamente su actuación, debiera aplicarse alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal²⁵. Así, como ya he referido en el pasado²⁶, la afectación en la imputabilidad de la persona que presenta TDAH debe realizarse a través de un juicio valorativo, caso por caso, vinculado al instante de comisión del delito, valorando el cuadro clínico correspondiente que presente la persona toda vez que el TDAH está ligado a diversas comorbilidades, con el propósito de verificar si existe algún tipo de merma en las facultades psíquicas mínimas requeridas para, o bien valorar y comprender la ilicitud del hecho y actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico, o poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos, reiterando que semejante afectación debe provenir exclusivamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad y no por otros concurrentes.

Dicho lo anterior, el tratamiento otorgado a la imputabilidad de las personas que presentan TDAH ha sido dispar, pudiendo resumir los planteamientos existentes en los siguientes:

A) Desde una perspectiva doctrinal no existen grandes referencias ni reflexiones al respecto. En mi opinión, y así lo he defendido en los últimos años²⁷, el citado trastorno no conlleva deterioro cognitivo alguno sino modificaciones o alteraciones funcionales o de la capacidad ejecutiva, debiendo negar, de manera rotunda, afectación alguna en este primer sentido.

Por el contrario, donde creo que existen mayores dudas y el debate se torna más prolijo, constituyendo el elemento nuclear de la cuestión, es en la afectación de la facultad volitiva ya que, a mi juicio, representa la única opción posible para plantear una modificación en la imputabilidad del autor del hecho ilícito en tanto, como ya se ha referido, la capacidad cognitiva aparece inalterada debiendo reconducir todos los postulados aplicativos hacia la repercusión que el TDAH presenta en la capacidad ejecutiva del individuo en el sentido de si es capaz de orientar semejante conocimiento hacia su voluntad.

Es precisamente ahí, en la capacidad volitiva, donde se centra la gran problemática a efectos valorativos de la incidencia del TDAH en la imputabilidad de la persona. Su afrontamiento no resulta, para nada, sencillo, pudiendo residir no tanto en hacer una valoración conjunta del trastorno, independientemente del hecho de verificar la imputabilidad siempre a nivel particular; esto es, caso por caso, sino según la incidencia presentada en la voluntad de la persona en el instante de comisión del delito, deviniendo indispensable diferenciar los subtipos de TDAH ya que las particularidades de cada uno subyacen de manera muy dispar en la temática que ahora me ocupa. Así, por ejemplo, en mi opinión, de acuerdo con las características identificativas de cada uno, la posibilidad de apreciar una afectación en la imputabilidad de la persona es mayor si el subtipo es exclusivamente impulsivo frente al inatento o, donde más dificultades aprecio, en el hiperactivo en sentido estricto.

La explicación para establecer una diferenciación de niveles viene puesta de manifiesto por las características de cada uno, por lo que podría apreciarse esta triple posibilidad:

a1) El de corte impulsivo presenta una clara imposibilidad de controlar sus impulsos, lo que lleva aparejado que actúe para dar respuesta a los mismos, pudiendo afirmarse que, aunque no es del todo correcto pero creo que ejemplifica bastante lo que quiero poner de manifiesto, lo hace por impulso natural, porque no

²⁵ AGUILAR CÁRCELES, M.M., *El trastorno...*cit., pág. 414.

²⁶ Vid., a modo de ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Medina Cuenca (coord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica*, La Habana, 2017, pág. 173.

²⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 155-157 y 173; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs., 87-88 y 102-103.

tiene otra forma de responder al estímulo, lo que lleva a una desinhibición y ausencia de control, aun conociendo la ilicitud de la acción, por el trastorno neuroconductual presentado.

a2) El inatento se caracteriza por presentar una falta de atención con determinados estímulos, lo que implica una desatención en las actividades que puede estar desarrollando, generándose la conducta ilícita precisamente por una falta de atención a actividades principales por estímulos secundarios que “lo distraen de lo que debería estar haciendo”, pudiendo equipararse a una hipoprosxia en el sentido de que genera una disminución de la capacidad de atención del sujeto que es lo que va a originar la producción del ilícito.

a3) El hiperactivo en sentido estricto, cuya vinculación directa con el comportamiento criminal es más compleja por su naturaleza, si bien puede ser el causante o generador del delito producido, principalmente contra la persona o la salud, debido al constante movimiento, no poder realizar actividades de ocio de manera tranquila, desarrollo de comportamientos físicos en situaciones inapropiadas (...) ²⁸.

En definitiva, en mi opinión, cabe negar la incidencia del TDAH, por sí mismo, en la esfera cognitiva del sujeto y aceptar la presencia de una ligera merma en el ámbito volitivo, basado, principalmente, en la dificultad para controlar los impulsos; esto es, la persona sería plenamente consciente del hecho ilícito cometido y el reproche penal que comporta ²⁹ pero se muestra incapaz de controlarlos, pudiendo incluso, en determinados casos, llegar a ser moderada, precisamente por las comorbilidades que coadyuvarían con el TDAH, si bien esta opción es minoritaria en la práctica y no depende exclusivamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad.

Lo anterior abre la puerta a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, en concreto, a la atenuante analógica del artículo 21.7ª del Código Penal, sobre las premisas de los parágrafos 21.1ª y 20.1º; esto es, la atenuante analógica vinculada a la anomalía o alteración psíquica, permitiendo una reducción de la pena en su mitad inferior.

Semejante línea de pensamiento es predominante hoy día en la escasa doctrina penal que se ha manifestado al respecto. En este sentido, Peris Riera ha sido muy claro al resumir la citada problemática sobre los siguientes parámetros:

- i) La afectación de la imputabilidad de los sujetos diagnosticados de TDAH debe realizarse a través de un juicio valorativo, caso por caso, vinculado al instante de comisión del delito, pero muy especialmente valorando el cuadro clínico que presenta el autor, puesto que el TDAH está ligado a diversas comorbilidades y se hace necesario verificar en cada supuesto el tipo de merma generado en sus facultades psíquicas.
- ii) Independientemente de su consideración como anomalía o alteración, toda vez que el Código Penal deja expedita la vía de apreciación, no parece que pueda sustentarse ningún supuesto en el que el TDAH por sí solo, y sin que influyan otras anomalías concomitantes, pueda anular las capacidades intelectivas y volitivas hasta el punto de considerar al sujeto completamente inimputable por aplicación del artículo 20.1º.
- iii) En relación a lo anterior, el máximo nivel atenuatorio en el que podría enmarcarse los efectos del trastorno sería el propio de la circunstancia atenuante 1ª del artículo 21 del Código, en relación directa con la eximente por inimputabilidad del artículo 20.1º; si bien la mejor vía aplicativa debiera ser la atenuante analógica 7ª en

²⁸ No he referido nada del tipo combinado ya que, dependerá de las tipologías anteriores concurrentes para poder establecer la correspondiente afectación.

²⁹ Un claro ejemplo puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 802/2009, de 7 de julio [RJ 2009\6711], donde se determina que el acusado, que padece TDAH tipo combinado, no tiene limitada su capacidad de comprensión de la ilicitud de la acción ya que nada más ver a los agentes se desprende de las pastillas de droga que portaba.

relación, según los supuestos concretos, con la anomalía o alteración psíquica (1ª) o incluso la de arretrato (3ª)³⁰.

No obstante, al igual que acontecerá al analizar la jurisprudencia, también hay voces más aperturistas aún a favor de la aplicación de la eximente incompleta, siempre desde la perspectiva del déficit volitivo, para el TDAH. Así, Pérez Arias, retomando la tesis aplicativa de las medidas de seguridad, considera aconsejable, siempre que sea procedente a tenor de la conducta exigida en el delito de que se trate, la atenuación de la responsabilidad penal vía artículo 21.1ª en relación al 20.1 ya que ello permitiría además, como ya se ha dicho, imponer medidas de seguridad sobre el sujeto, distanciándonos de la aplicación estricta de las penas privativas de libertad, las cuales, en estos casos, pueden no estar recomendadas, siendo precisamente la dificultad de argumentar en estos casos la bondad de la pena en cuanto a sus fines lo que debe inspirar una aplicación más generalizada de medidas de seguridad³¹.

B) Jurisprudencialmente. Tras las distintas revisiones jurisprudenciales realizadas al efecto³², la posición seguida por los Tribunales de Justicia a la hora de valorar la imputabilidad de las personas que presentan TDAH queda circunscrita a los siguientes ámbitos y postulados:

b1) Tribunal Supremo. Salvo contadas excepciones basadas en postulados genéricos para cualquier trastorno que pueda incidir en la imputabilidad de la persona, sigue las directrices marcadas por las Audiencias Provinciales. En consecuencia con ello, para conocer el alcance y tratamiento jurisprudencial otorgado por el Tribunal Supremo basta, hasta la fecha, con conocer la opción particular defendida por las Audiencias Provinciales.

Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en su Sentencia 804/2017, de 11 de diciembre [RJ\2017\5806], donde el sujeto activo había sido condenado por la Audiencia Provincial, la cual le había aplicado la atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica debido al TDAH padecido, solicitándose al Alto Tribunal que considere la afectación a la capacidad volitiva como relevante hasta integrar una atenuación mayor. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de la Audiencia en todos sus extremos completando el razonamiento seguido por aquella con jurisprudencia propia, dejando entrever al final del fundamento décimo que para alcanzar la consideración de eximente la afectación debe reunir la consideración de grave.

b2) Audiencias Provinciales. No han otorgado un tratamiento uniforme respecto al grado de afectación de la imputabilidad en el sujeto activo que presenta TDAH, pudiendo distinguir dos fases claramente diferenciadas:

b2.1) Corriente tradicional. Comprende el planteamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales españolas y abarcaría su quasi exclusividad hasta el bienio 2012-2013, instante en el que comienzan a construirse líneas jurisprudenciales que otorgan un análisis científico adecuado del TDAH.

Lo habitual en esta etapa es que los órganos judiciales no aborden ni traten el TDAH de manera específica, lo cual denota un escaso nivel de comprensión y un enorme desconocimiento que incide en aplicaciones y razonamientos carentes de justificación basados en equiparaciones erróneas con otros trastornos, resultando muy común su asimilación a los trastornos de la personalidad; esto es, negar per se la afectación del TDAH en las capacidades cognitiva o volitiva del sujeto sin justificación alguna o, directamente, no

³⁰ PERIS RIERA, J. M., «TDAH y responsabilidad penal: anomalía o alteración psíquica y su valoración a efectos de imputabilidad», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., págs. 79 y 74-76.

³¹ PÉREZ ARIAS, J., «El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y peligrosidad», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 225.

³² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 3, 2013, págs. 1-40; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 88-101; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 157-172.

entrar a su análisis y connotaciones criminales pese a constar acreditada su presencia en el sujeto activo, aspecto éste más achacable y criticable a la defensa³³.

b2.2) Corriente actual. Abarcaría desde el citado bienio 2012-2013 hasta la actualidad debido principalmente al cambio operado en el tratamiento jurisprudencial que determinadas Audiencias Provinciales otorgan a la relación imputabilidad vs TDAH, caracterizándose fundamentos jurídicos y elementos probatorios acordes con la verdadera naturaleza y efectos del trastorno, lo cual lleva a que se planteen adecuadamente reducciones de la responsabilidad penal de los acusados sobre el criterio de la imputabilidad o, cuanto menos, indicios claros para su consideración. Así las cosas, pese a continuar existiendo un elevado grado de desconocimiento en la planta judicial española respecto al citado trastorno, determinadas Audiencias Provinciales, principalmente las de Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra³⁴, comienzan a realizar análisis serios y exhaustivos sobre sus implicaciones en la conducta criminal del delincuente, otorgando respuestas jurídicas adecuadas y convenientes a la realidad del trastorno, fenómeno que debe extenderse a otras y, particularmente al Tribunal Supremo, el cual, hasta la fecha, como ya se ha referido, lo que ha hecho simplemente es validar los razonamientos de las Audiencias sin entrar a manifestarse en un sentido u otro.

¿A qué conduce este reconocimiento de los efectos del TDAH en la imputabilidad de la persona? Al igual que referí en el apartado dedicado al ámbito doctrinal, las citadas Audiencias han llegado a la conclusión de que una vez verificada la incidencia del TDAH, por sí o de manera conjunta con otros trastornos, en el comportamiento criminal desarrollado por el sujeto puede generar una ligera afectación a la capacidad volitiva del sujeto, debiendo recurrir a la fórmula de la atenuante analógica en relación a los artículos 21.1^a y 20.1^o del Código Penal, con los consiguientes efectos penológicos que conlleva.

Semejante razonamiento se vislumbra muy claramente en Sentencias, como, por ejemplo:

- Audiencia Provincial de Murcia 340/2016, de 21 de junio [JUR 2016\181713], reafirma los planteamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Murcia, de 2 de diciembre de 2014, en el sentido de apreciar la atenuante analógica del artículo 21.7^a en conexión con el 21.1^a y el 20.1^o del Código Penal por alteración psíquica del autor en un delito de quebrantamiento de condena por padecer un trastorno por déficit de atención e hiperactividad desde la pubertad, manifestando una conducta descontrolada, impulsiva, anárquica y con conflictos externos transgresores cuando no toma correctamente la medicación que tiene pautada, algo intrínsecamente vinculado con la naturaleza concreta del delito imputado, lo cual quedó acreditado por el hecho de incumplir la pena de localización permanente que se encontraba cumpliendo en el sentido de no permanecer en el domicilio el tiempo que le correspondía.
- Audiencia Provincial de Madrid 426/2016, de 7 de junio [RJ 2016\184230], condena al acusado como autor de un delito de resistencia grave con la concurrencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la analógica de alteración psíquica, toda vez que, para apreciar la última, toma como fundamento el hecho probado de padecer en el momento de los hechos un trastorno por déficit de atención e hiperactividad que disminuía al autor ligeramente sus facultades volitivas, constituyéndose como un sujeto susceptible de reaccionar agresivamente.
- Audiencia Provincial de Guipúzcoa 104/2016, de 3 de mayo [JUR 2016\188357], realiza un exhaustivo análisis, incorporando los razonamientos periciales, para

³³ Sobre el contenido específico de las sentencias que justifican y motivan semejante corriente tradicional y lo expuesto, vid., MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 90-95; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 159-165.

³⁴ Ejemplos de sentencias de las citadas Audiencias Provinciales pueden encontrarse en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 95-99; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 165-169.

concluir que uno de los acusados, por un delito de agresión sexual, presentaba una discapacidad intelectual leve, debido al consumo de alcohol y cannabis junto con un trastorno por déficit de atención e hiperactividad –de tipo combinado–, que afectó de manera leve a sus facultades volitivas³⁵.

No obstante lo anterior, alguna Audiencia Provincial incluso ha optado ocasionalmente por la vía de la eximente incompleta, si bien esta opción arroja muchas dudas interpretativas no sólo respecto al contenido sino incluso que la afectación en sí proceda exclusivamente del TDAH. En este sentido, se traen a colación los siguientes ejemplos:

- i) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 81/2017, de 11 de abril [ARP 2017\695], considera que existe una afectación de intensidad leve-moderada en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto activo, por lo que aplica la eximente incompleta del artículo 21.1ª en relación con el 20.1º. El Tribunal llega a esa conclusión visto los informes periciales presentados al respecto. El primero concluye que en los días previos a los hechos consumió altas dosis de anfetaminas, y para revertir los efectos estimulantes había consumido benzodiacepinas mezclándolas con alcohol, que podía afectar a sus capacidades intelectivas y volitivas de forma leve-moderada, a lo cual hay que sumar rasgos de personalidad de tipo impulsivo; mientras el segundo establece un diagnóstico de Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) en el adulto, Síndrome de dependencia de cocaína, cannabis y otros estimulantes en remisión y ludopatía en remisión, atribuyendo una especial relevancia al TDAH, que, asociado al consumo de sustancias, y en un contexto de alta tensión emocional, permite concluir que a la fecha en que sucedieron los hechos enjuiciados, existía una afectación en la capacidad de control de impulsos de grado moderado. Por ello, en este segundo caso, el Tribunal considera la existencia de un *totum revolutum*, una conjunción de trastornos y adicciones que merecen un tratamiento global, no pudiendo entenderse cada uno por separado sino adquiriendo una significación conjunta, lo cual, a efectos de tratamiento, resulta más positivo por aplicación de la eximente incompleta.
- ii) La Sentencia de la Audiencia Provincial de León 275/2014, de 28 de mayo [JUR 2014\181943], vincula directamente el TDAH con la eximente incompleta de alteración o anomalía psíquica, toda vez que el Tribunal considera que en el momento de los hechos las facultades volitivas del acusado se encontraban ligeramente disminuidas por la presencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad, disminuyéndose en alguna medida su imputabilidad. Ciertamente no existe una valoración suficiente respecto al criterio de la motivación en la aplicación de la eximente incompleta en lugar de la atenuante analógica, más que la presunción del grado de afectación de la culpabilidad por su incidencia en la esfera volitiva, si bien penológicamente sí que conlleva una mayor atenuación de la pena, algo que puede tener muchísima relevancia no tanto respecto al cuántum de la pena sino sobre la posibilidad de combinar pena y medida de seguridad de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código Penal.
- iii) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 675/2005, de 29 de septiembre [JUR 2008\286751], estima parcialmente el recurso interpuesto, considerando la presencia del TDAH como una eximente incompleta si bien, si se profundiza en el contenido de los razonamientos jurídicos, puede observarse más de una inexactitud. Los hechos en cuestión parten de un claro trastorno por déficit de atención e hiperactividad junto con un trastorno antisocial de la personalidad y capacidad intelectual límite³⁶ del imputado desde los dos años de edad, lo cual es corroborado por seis informes médicos. Ahora bien, el médico forense, por el contrario, manifiesta que en el momento de la exploración no existen déficits en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto en relación a los hechos imputados, si bien, dada la naturaleza del trastorno y su presencia desde la infancia, no es descartable la afectación parcial de su capacidad volitiva con respecto al hecho imputado.

³⁵ Vid., más ampliamente, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 96 y 97.

³⁶ Si bien el contenido de la sentencia se refiere en exclusividad al primero.

Semejante declaración, a juicio de la Audiencia Provincial, adquiere su máxima significación en el sentido de que la capacidad volitiva se encuentra seriamente mermada, afectando no sólo a su comportamiento conductual, sino también a la comprensión de la posible gravedad del acto incendiario que se le imputa. Por todo ello, la Audiencia entiende que el estado de anomalía psíquica padecido por el acusado presenta la trascendencia suficiente para dar lugar a la apreciación no de una atenuante analógica del art. 21.6ª –actual 21.7ª–, sino de una eximente incompleta del art. 21.1ª en relación con el art. 20.3º del Código Penal³⁷.

Así las cosas, a tenor de lo expuesto, la pregunta que surge parece obvia: ¿qué criterios vienen utilizando las Audiencias Provinciales referidas para aplicar la atenuante analógica o la eximente incompleta? La respuesta, analizados los casos existentes, no parece clara pues en aquellos supuestos en los que se determine que hay una afectación de la capacidad volitiva del sujeto como consecuencia de la incidencia del TDAH la frontera entre uno y otro resulta mínima, basándose en criterios interpretativos ya que la opción de la atenuante analógica se fundamente en el reconocimiento de una disminución ligera o leve de las facultades volitivas del sujeto mientras la eximente incompleta se fundamenta en que la disminución es, cuanto menos leve –criterio idéntico– pero también, y quizás más acertadamente, moderada, llegando a ser incluso seriamente mermada³⁸. En consecuencia con lo anterior, lo habitual será encontrar una descripción pericial que refiera que la capacidad volitiva de la persona se encuentra ligeramente o de forma leve afectada, debiendo tener ese reconocimiento efectos en la imputabilidad ya sea a través del artículo 21.7º –en relación al 21.1º y el 20.1º– o directamente sobre el 21.1º –respecto del 20.1º–, no siendo cuestión baladí ya que una u otra opción permitirá la aplicación o no del artículo 104 del Código Penal con las consiguientes medidas de seguridad, algo que, como ha referido, con toda la razón Peris Riera, puede resultar muy beneficioso dados los perfiles del infractor con TDAH, no debiendo resultar ajena ni extraña semejante posibilidad, máxime la posible aplicación de libertad vigilada, custodia familiar o privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores³⁹, reiterando Pérez Arias la importancia de la custodia familiar, con el propósito de asegurar el seguimiento del tratamiento farmacológico, con vigilancia, si procediese, y añadiendo el internamiento en centro educativo especial como buenas opciones desde perspectivas penales modernas⁴⁰.

III. ÚLTIMAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: AÑO 2018

Como se ha apuntado en el epígrafe anterior, el tratamiento del TDAH en la planta judicial española no es, ni mucho menos, uniforme, encontrándose Audiencias Provinciales encuadradas en el denominado criterio tradicional; esto es, donde no se ha profundizado ni abordado las connotaciones del TDAH en la conducta criminal del sujeto activo del delito, y otras, delimitadas expresamente –principalmente, como ya se ha destacado, Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra–, que han tratado los efectos de la imputabilidad en las personas con TDAH, llegando a admitir la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7ª del Código Penal –en relación al 21.1ª y el 20.1º– o incluso, aunque en menor medida, como eximente incompleta del 21.1ª (sobre el 20.1º).

³⁷ Como puede comprobarse, no queda muy claro el razonamiento final seguido por la Audiencia Provincial ya que, pese a hablar de anomalía psíquica, menciona expresamente el apartado 3º, el cual incluye las alteraciones de la percepción. En mi opinión, semejante razonamiento pudiera validarse desde el prisma de la alteración psíquica pero no de la percepción. Sin embargo, pese a tratarse de una resolución pionera por la fecha en la que se produce, no ha vuelto a tener incidencia en ningún supuesto de TDAH la aplicación del apartado 3º.

³⁸ Cuanto menos sorprende, y así lo ha manifestado expresamente Peris Riera, que cuando se aplica la eximente incompleta se haga reconociendo que las facultades volitivas del sujeto se encuentran ligeramente disminuidas, por cuanto esta fórmula suele emplearse jurisprudencialmente para la atenuante analógica con el 21.1ª, empleando para los supuestos de eximente incompleta expresiones como notablemente disminuidas, muy disminuidas, etc (PERIS RIERA, J., «TDAH...» cit., pág. 73).

³⁹ PERIS RIERA, J., «TDAH...» cit., págs. 77 y 78.

⁴⁰ PÉREZ ARIAS, J., «El trastorno...» cit., pág. 225 y 218-221.

Con semejante panorama, en este último año 2018 ha habido diversas resoluciones judiciales en las que se siguen manteniendo los postulados descritos a lo largo de esta investigación; esto es, las Audiencias referenciadas dentro de la categoría actual continúan otorgando un tratamiento adecuado al TDAH, en algunos casos atenuando la responsabilidad penal y otros declarando la inexistencia de afectación a las facultades intelectivas o volitivas del sujeto activo pero, reitero, siempre analizando la incidencia del TDAH en la situación delictiva concreta. En este sentido, se pueden traer a colación, a modo de ejemplo, las siguientes Sentencias que muestran ambas directrices:

- A) La Audiencia Provincial de Madrid, sentencia 433/2018, de 25 de junio [JUR\2018\232229], vuelve a abogar por la aplicación de la atenuante analógica, en los términos ya descritos, a la persona que padece TDAH por un delito de lesiones, toda vez que presenta una impulsividad muy elevada, la cual aparece en el desarrollo de la conducta criminal, existiendo una afectación leve-moderada en la voluntad del sujeto, no gozando de una entidad suficiente como para disminuir la responsabilidad penal de manera significativa. En idénticos términos, consolidando la citada línea jurisprudencial, se manifestó en la Sentencia 706/2018, de 16 de octubre [JUR 2018\303822], donde, en un caso de asesinato a la pareja, queda debidamente acreditado para el Jurado que el sujeto activo presentaba un trastorno por déficit de atención e hiperactividad, además de otro mixto de la personalidad, que le provocó un déficit moderado en el control de impulsos, con lo que se alteró su capacidad volitiva permaneciendo inalterada la cognitiva, lo cual debe dar origen a la aplicación de una atenuante, no alcanzando las exigencias para ser tratada como eximente incompleta
- B) La Audiencia Provincial de Navarra, que ha llegado a aplicar, como ya se ha detallado, la eximente incompleta por presentar TDAH, ejemplifica a la perfección el tratamiento que debe darse al citado trastorno en su sentencia 158/2018, de 19 de junio [ARP\2018\1300], donde parte, como no puede ser de otra forma, de la premisa de que para modificar la responsabilidad penal no basta con la mera presencia de un trastorno sino que debe de tener efectos concretos sobre la acción criminal desarrollada. En este caso concreto, se trata de un delito de abuso sexual en el que el sujeto activo presenta TDAH y su defensa articuló el recurso, entre otros aspectos, en la afectación de la capacidad volitiva del sujeto, rebajando sus frenos inhibitorios, y actuando con plena capacidad intelectual; esto es, una construcción argumental adecuada al trastorno, en los términos que debe hacerse, pero que el Tribunal rechazó, motivando muy bien semejante decisión, ya que, pese a estar acreditado el TDAH y poder tener relevancia en la esfera volitiva, su incidencia no resultó esencial y determinante en el desarrollo de los hechos ya que, compartiendo el criterio de la Sala de Instancia, la acción criminal no fue fruto de un impulso súbito sino que llevó una cierta planificación, no pudiendo afirmar tampoco, ahora en opinión exclusiva de la Audiencia, que la falta de control de los impulsos existiera en los diversos episodios abusivos, ni en caso de hubiese existido ese déficit en el control, que tuviera, ni mucho menos, entidad suficiente como para afectar la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos.
- C) Junto a ello, se observan Audiencias Provinciales que comienzan a consolidar los planteamientos y el tratamiento adecuado al TDAH en sus valoraciones relativas a la imputabilidad. En este sentido, pueden destacarse las siguientes resoluciones, dada la relevancia, a mi juicio, de las cuestiones abordadas, de conformidad con los parámetros expuestos:

c1) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 24/2018, de 10 de septiembre [JUR 2018\289580], niega la aplicación de la eximente completa, incompleta y la atenuante analógica tanto sobre el artículo 20.1 o 3 por una mera cuestión probatoria: la pericial médico forense no ha sido contradicha y su valoración ha sido concluyente ya que, entre otros aspectos, determina que el trastorno por déficit de atención e hiperactividad no ha influido en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto. Sin embargo, lo realmente importante, a mi juicio, es que el Tribunal ha dejado claramente abierta la puerta a que en aquellos casos en los que se produzca la citada

afectación cabrá aplicar la correspondiente atenuación punitiva según la intensidad concreta.

c2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 273/2018, de 9 de mayo [2018\194564], recoge un caso de TDAH de libro: el acusado «presentaba un trastorno por déficit de atención con hiperactividad desde la infancia que afectaba a las funciones ejecutivas del cerebro encargadas de analizar los conflictos y elaborar respuestas adaptadas. Su disfunción ejecutiva se ha visto profundizada por un consumo crónico y abusivo de la marihuana. El trastorno sufrido, asociado al consumo de cannabis y alcohol del día de los hechos, supuso una merma de las capacidades intelectivas y volitivas del acusado en dicho momento»; esto es, TDAH diagnóstico con comorbilidad por adicción a sustancias tóxicas y afectación en el momento de comisión del delito a la imputabilidad de la persona. El problema que acontece es que la citada Sentencia se resuelve por conformidad, aún tratándose de un homicidio en grado de tentativa, y la única referencia existente a la modificación de la responsabilidad penal en los términos tratados es que se aplica una atenuante por alteración mental, sin profundizar ni tratar su graduación, cuestión tremendamente interesante dado el caso y los hechos acontecidos.

c3) La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 501/2018, de 24 de octubre [JUR 2018\322138], donde la defensa alega la inaplicación de la eximente incompleta o, con carácter subsidiario, de la atenuante muy cualificada debido al trastorno por déficit de atención, iniciado en la infancia y mantenido en la edad adulta, y un trastorno disocial de la personalidad. Sin embargo, la Audiencia desestima, con buen criterio, la solicitud debido a que ni constan tales extremos en el atestado ni se solicitó reconocimiento alguno al forense, siendo requisitos procesales indispensables para poder determinar el grado de incidencia del trastorno en la perpetración del delito, no constando que en el momento de producirse el delito tuviera sus facultades volitivas e intelectivas suficientemente disminuidas, con lo que no puede probarse la presencia de una parcial afectación de la conciencia o voluntad; esto es, lo que viene a exigir la Audiencia es un plus de afectación superior a la ligera merma para aplicar la eximente incompleta o una atenuante muy cualificada, sobre la atenuante genérica ya reconocida.

El conocimiento del TDAH en una planta judicial también hace que ciertos vicios procesales puedan ser corregidos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 56/2018, de 29 de enero [JUR 2018\52247], mostrando, entre otros motivos, la especial sensibilidad hacia el tratamiento del TDAH, declara nula una sentencia de un Juzgado de lo Penal de la referida ciudad debido a infracciones de normas esenciales del procedimiento, entre las que se incluye la falta de motivación y tratamiento de la atenuante de alteración psíquica por presentar el sujeto activo TDAH, aspecto afirmado expresamente por la perito ya que limita sensiblemente el control de los impulsos, efectos que se potenciarían, siempre de acuerdo con lo afirmado por ella, con el consumo de sustancias tóxicas, existiendo una evidente vinculación con la imputabilidad, por lo que su ausencia de valoración, en un sentido u otro, «resulta un serio defecto de motivación, omitir cualquier referencia a la existencia y al resultado de dicha prueba, que de ninguna manera se valora, asistiendo, en este aspecto, claramente la razón, a nuestro juicio, a la parte apelante».

No obstante, pese a todo lo anterior, la corriente tradicional continua aun presente en los Tribunales españoles si bien, respecto a 2018, de una manera minoritaria o residual; esto es, se ha producido un cambio cualitativo en el tratamiento del TDAH en los Tribunales de Justicia. Las pocas manifestaciones existentes al respecto radican en una situación intermedia como es la ausencia de valoración probatoria respecto a la incidencia del TDAH sobre el elemento volitivo en el momento exacto de comisión del delito⁴¹ o simplemente por

⁴¹ Vid., a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 30/2018, de 27 de marzo [JUR 2018\144726].

la referencia genérica al trastorno padecido por el individuo sin que se haga ninguna referencia más al mismo ni a efectos de imputabilidad ni ningún otro, pasando completamente desapercibido⁴².

En definitiva, resulta un hecho perfectamente constatable en la evolución de la jurisprudencia que, con el paso de los años, cada vez hay más resoluciones judiciales vinculadas al TDAH en las que se aborda de manera precisa y adecuada la complejidad del trastorno, poniéndose adecuadamente en consideración con los presupuestos de la imputabilidad en los términos ya descritos.

Los datos obtenidos correspondientes al año 2018 son ciertamente positivos toda vez que se han computado un total de catorce sentencias o, lo que es lo mismo, un 11,6% del total de las dictadas históricamente en la planta judicial española en materia de TDAH, destacando sobremanera: i) el adecuado tratamiento otorgado a la realidad del trastorno por parte de los entes judiciales, cuyas Audiencias abordan cada vez más la citada problemática –a las referenciales de Madrid, Murcia, Guipúzcoa y Navarra, parece que se pueden añadir otras, dada la solidez de sus planteamientos, como Pontevedra, Valencia o A Coruña; ii) la disminución, hasta quedar por primera vez en minoría, de la corriente tradicional a favor de la mayoritaria hoy día denominada “actual”; y iii) la especial atención no sólo en el tratamiento y diagnóstico del sujeto activo del delito sino igualmente del pasivo, el cual no se ha referido expresamente, pero sobre el que existen varias resoluciones si bien muy focalizadas al ámbito de los delitos sexuales y, en particular, del abuso.

⁴² Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 173/2018, de 5 de marzo [JUR 2018\146021].

DERECHO DE FAMILIA Y REDES SOCIALES

Marta Morillas Fernández
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2018

RESUMEN: Los desafíos y retos que la Sociedad Digital y las Tecnologías de la Información y la Comunicación proyectan en la sociedad actual, sociedad de riesgo pero al mismo tiempo de expectativas, afectan, para bien y para mal, a todos los ciudadanos, pero particularmente a los menores.

ABSTRACT: The challenges and challenges that the Digital Society and Information and Communication Technologies project in today's society, risk society but at the same time expectations, affect, for good and for bad, all citizens, but particularly those minors.

PALABRAS CLAVE: sociedad digital y menores.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MEDIDAS DEFINITIVAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS. III. PATRIA POTESTAD E INTERÉS DEL MENOR. 1. Patria potestad y representación: ámbito y extensión. 2. Interés del menor. IV. SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES PARA PUBLICAR FOTOGRAFÍAS DE SUS HIJOS EN LAS REDES SOCIALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los desafíos y retos que la Sociedad Digital y las Tecnologías de la Información y la Comunicación proyectan en la sociedad actual, sociedad de riesgo pero al mismo tiempo de expectativas, afectan, para bien y para mal, a todos los ciudadanos, pero particularmente a los menores, bien a través del acceso de ellos mismos mediante el consentimiento que han de prestar para poder formar parte de semejante comunidad virtual, bien cuando es el propio centro educativo quien publica en su página web imágenes de los mismos, sin el preceptivo consentimiento¹, o, en última instancia cuando son los propios padres los que suben información o fotos de sus hijos a las redes sociales más utilizadas como pueden ser Facebook o Instagram. Es preciso, equilibrar y compatibilizar el acelerado avance tecnológico y de la comunicación con el adecuado desarrollo vivencial de los menores y el respeto social a sus derechos en cualquiera de las tres hipótesis planteadas, teniendo en cuenta que se encuentran bajo la patria potestad y que por lo tanto será necesario el consentimiento de los titulares de la misma, cuando no hayan alcanzado la edad fijada o incluso cuando sean ellos mismos los que publiquen imágenes de sus hijos, situación que puede agravarse, o más bien que debe concretarse, cuando los padres están separados.

Internet se ha convertido, sin duda, en una realidad omnipresente tanto en la vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo social, incluso, en las propias relaciones familiares.

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española, dando así una regulación expresa desde la norma fundamental de la protección de la intimidad y la privacidad en el sector de las nuevas tecnologías. De esta manera, nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"².

El alcance de los derechos reconocidos a los menores, ha de conjugarse, como he mencionado, con la potestad de padres y tutores respecto de determinadas esferas de la personalidad de los hijos tuteladas por los derechos fundamentales, y en las que entran en juego bienes de enorme relevancia, como el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión o el acceso a la información.

No es fácil establecer un concepto unívoco de intimidad, influenciada por el nuevo concepto denominado extimidad³, que referencia a la exteriorización que de la intimidad se realiza, a través de los blogs, fotoblogs o redes sociales. Las personas manifiestan aspectos, mediante la información publicada, e imágenes de su vida íntima por medio de la configuración del

¹ En este sentido, la Resolución R/00308/2018 de 15 de marzo de 2018, de la Agencia Española de Protección de Datos, sanciona con multa de 3000 euros por infracción grave de la LOPD, a un colegio por el tratamiento y publicación en Internet de la imagen de un menor sin el consentimiento de sus padres, puesto que éstos pidieron la cancelación de las imágenes de sus hijos menores en los ordenadores del centro, no mostrando la diligencia necesaria para eliminarlas del video accesible en el que aparecía, (LA LEY 13516/2018). La nueva Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en lo referente a estos últimos y por lo que a los centros educativos se refiere en cuanto a la protección de datos de los menores en internet, expone en su artículo 92 que, " Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información. Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica".

² Exposición de Motivos Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

³ OROZCO PARDO, Guillermo, "Intimidad, privacidad, "extimidad" y protección de datos del menor, En *La protección jurídica de la intimidad*. Valencia 2010, pp. 390 y ss.

perfil elaborado, de forma voluntaria. Estas publicaciones, en términos generales, debilitan el concepto de intimidad consagrado.

Incide esta información en una gran cantidad de programas, páginas, así como foros o chats, que, generalmente, solicitan al menor que proporcione datos personales. En estos casos, este, en una situación de indefensión, puede verse movido a hacerlo sin ser totalmente consciente de las consecuencias que es posible le acarreen tales conductas, o incluso para terceros cercanos, como su familia.

El derecho de protección de datos, surge como un nuevo derecho fundamental dotado de plena autonomía respecto a la intimidad al plantearse como autónomo e independiente del mismo, unido en su previsión a la denominada privacidad.

El Reglamento Europeo de Protección de datos, 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, atiende en su Considerando 38 sobre la protección específica de los niños, en cuanto a sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los mismos. Por otra parte, en su artículo 8 indica la validez del consentimiento conforme al tratamiento de los datos personales de los menores de 16 años en relación con los servicios de la sociedad de la información. Si el niño es menor de esta edad, dicho tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

En el ordenamiento jurídico español, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se fija en catorce años la edad a partir de la cual el menor puede prestar su consentimiento, tal y como establece el artículo 7 al prever que "1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años; 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

Se demuestra de lo dicho hasta ahora la importancia del consentimiento de los titulares de la patria potestad sobre el uso de internet por los menores en cuanto a la supervisión que deben realizar en el ejercicio de los deberes inherentes que le corresponden, al igual que por ellos mismos cuando suben fotos de sus hijos a las redes sociales para compartirlas con otras personas, ya que se refiere tanto la normativa europea como la nacional al "titular de la patria potestad", y si ambos progenitores lo son, independientemente del régimen de guarda y custodia, deberán consentir esta materia. El consentimiento para permitir estas publicaciones puede resultar más controvertido cuando los padres están separados, por sus propios conflictos personales de manera que podría influir si existiera una vulneración del derecho a la intimidad o propia imagen del menor, causado por la publicación de uno de ellos en atención al régimen de custodia que se haya determinado, así como en la titularidad o posible privación de la patria potestad. Es por ello que en el presente trabajo se trata brevemente las posibilidades del régimen de custodia que puede existir, así como el alcance y extensión de la patria potestad en esta materia, sin olvidar el interés del menor y la protección de sus derechos cuando son los padres los que consienten subir fotos ellos mismos a las redes sociales. La adecuación del Derecho de Familia a la realidades sociales y los nuevos planteamientos e inquietudes en el ejercicio de la patria potestad ha de recoger las cuestiones relativas a estos aspectos tan actuales de publicación como extremos indispensables en las atribuciones que sobre los hijos se recogen en el convenio regulador.

II. MEDIDAS DEFINITIVAS EN RELACIÓN CON LOS HIJOS

Es indudable la importancia que la guarda y custodia tiene, en si misma considerada, por su propio contenido y función: cuidado, educación y formación integral de los hijos⁴, pero también, su trascendencia adquiere mayor importancia desde el momento en que su atribución condicionará otras medidas de carácter económico como son la fijación de la pensión de alimentos y la atribución de la vivienda familiar, condicionada a la vida futura no sólo de los hijos sino también de los padres. La guarda y custodia, es la más personal de las medidas en relación con los hijos.

Una vez determinado el modelo de guarda, es imprescindible concretar el régimen que permita al menor relacionarse con el otro progenitor. Hasta, y después, de la reforma de 2005, ha primado la custodia unilateral a favor de uno de los progenitores, estableciendo para el otro un régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos, siendo los más frecuentes: una visita semanal, régimen de fines de semana alternos de sábado a domingo, régimen de fines de semana alternos de viernes a domingo o lunes, con una visita entre semana con o sin pernocta, y mitad de periodos vacacionales. Respecto a la pensión de alimentos, el no guardador debe contribuir al pago de una pensión alimenticia que debe abonarse en dinero y por mensualidades anticipadas al titular de la guarda que se encargará de su administración, siempre en beneficio del menor. En principio, a falta de acuerdo, y respecto al uso de la vivienda se determina que corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Se define la custodia compartida, siendo otra forma de ejercerla, como un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados⁴.

El avance fundamental de este régimen consistía, indudablemente, en la corresponsabilidad parental que ha de marcar las relaciones familiares entre padres e hijos, entendida como el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a ellos, así como en el principio de coparentalidad, basado en el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres.

En este sentido destacar la STS de 29 de abril de 2013, que declaró como doctrina jurisprudencial, en relación con la guarda y custodia compartida, que "la redacción del artículo 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que con ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Se fundamenta la conveniencia de este régimen de custodia compartida, para que los padres puedan cumplirlo de forma igualitaria, conforme a lo preceptuado en el artículo 92.1 del CC, en cuanto a que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones con los hijos, y al artículo 154 del mismo texto legal, que determina que se ejercerá la patria potestad, como responsabilidad parental, siempre en interés de los hijos, y como deber y facultad de los progenitores hacia ellos, tenerlos en su compañía⁵.

Estos aspectos, entre otros, tras la crisis matrimonial se regularán a través de las medidas definitivas como reglas que marcarán las relaciones familiares tras la ruptura. El contenido de las mismas viene advertido, a través del convenio regulador, en los artículos 90 y 91 del Código civil, siendo objeto de desarrollo específico en los preceptos subsiguientes (artículos

⁴ LATHROP, F. "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas". En *Diario LA LEY*, núm. 7206, 2009, págs. 85-91.

⁵ En Sentencia de 29 de abril de 2013, insiste el Tribunal Supremo en que este régimen de custodia compartida pretende aproximarse al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

92 a 101CC). El convenio, como mínimo tiene que comprender los siguientes extremos: a) el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores; b) la atribución de la guarda y custodia de los mismos; c) la determinación del régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no conviva habitualmente con ellos. Si se considera necesario el régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos; c) la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar familiar; d) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de su actualización; d) la liquidación, cuando proceda del régimen económico del matrimonio; e) la pensión, que conforme al artículo 97 CC, correspondiera satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges⁶.

Las medidas relativas a los hijos están reguladas específicamente en los arts. 92, 93, 94 y 96 CC, y tratan, por orden sucesivo, los siguientes extremos: la privación de la patria potestad si existe causa para ello (artículo 92.3), la determinación del modo de ejercicio de la patria potestad artículo 92.4), la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados (artículo 92, apartados 5 a 8), la fijación de la pensión alimenticia (artículo 93), el establecimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia, tanto con el progenitor no custodio, como eventualmente con los abuelos (artículo 94), y la atribución de los hijos a la vivienda familiar (artículo 96).

En la actualidad resulta mucho más adecuado referirse al régimen de estancias y comunicaciones, puesto que deriva directamente del artículo 154CC "el derecho a estar en su compañía", que en caso de separación o divorcio no pueden ejercer de manera simultánea⁷.

Conforme a la regulación de este derecho en relación al progenitor que no conviva con los menores, el artículo 90.1 del CC, alude a la guarda y custodia unilateral por acuerdo de los cónyuges en convenio regulador, cuando se refiere a que deberá contener, como extremo, "a) el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos".

Por su parte el artículo 94 CC refuerza esta situación indicando que "el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Si estuviéramos ante un caso de violencia de género dependerá del contenido de la orden de protección; si existe de alejamiento a la madre tendrán que realizarse a través de puntos de encuentro familiar o por tercera persona. Con respecto al derecho a relacionarse se comprenden no sólo las estancias en los domicilios sino también el derecho a comunicarse por los diferentes medios que las tecnologías nos ofrecen para mantener el vínculo personal entre hijos y padres, email, whatsapp o uso de redes sociales conforme a la edad del menor, de forma que se puedan desarrollar las funciones inherentes derivadas del mencionado artículo 154, educación, protección, cuidado, pero también construir y consolidar nuevos vínculos afectivos que influirán en el desarrollo del menor y evitar, en la medida de lo posible, el desarraigo que puede surgir con la separación.

Con esta comunicación se van a reforzar, aún más, las relaciones paternofiliales con respecto a las necesidades afectivas, educacionales y de estabilidad, es un derecho de contenido puramente afectivo, que se concede para favorecer las relaciones humanas entre el progenitor y el hijo, y que variará según el sistema de guarda que se adopte⁸.

⁶ ROCA TRÍAS, E. " Crisis matrimoniales". En *Lefebvre- El Derecho*, 2016. pág. 19.

⁷ IGLESIAS MARTÍN, C.R. a este respecto, "el cambio de terminología, además, ha supuesto hacer hincapié en que ya no procede referirse al derecho de visita del progenitor no custodio u otros familiares, ya que es una denominación que parece conllevar un carácter esporádico de la relación, por lo que resulta más oportuno hablar de derecho de relación personal, estancia y comunicación". En "El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia a las situaciones de custodia compartida". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil* num.7/2018, parte Doctrina, 2018, págs.2 y ss.

⁸RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, hablando de las visitas en general, señala: "El derecho de visita del progenitor se concede con la finalidad de favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre él y el hijo, pero lo más valioso es el interés del menor en caso de conflicto. Se trata de un

Por lo que a nuestro tema se refiere y con independencia de que los padres estén separados, y de que la custodia sea exclusiva o compartida, la titularidad de la patria potestad radica en ambos, por lo que las decisiones en cuanto a la publicación de imágenes del menor en sus redes sociales, requerirá que ambos estén de acuerdo a no ser que existiera una privación de la patria potestad hacia cualquiera de ellos. Dicho esto y conforme a lo expuesto sobre el régimen de custodia compartida, y dado que los padres en el mismo deberán tener una relación de respeto mutuo para facilitar la comunicación entre ellos, puede resultar más fácil el acuerdo en el consentimiento de acceso a las redes sociales, así como el ejercicio en la misma línea de la potestad parental respecto del control casi a diario del uso de los menores en internet.

III. PATRIA POTESTAD E INTERÉS DEL MENOR

1. Patria potestad y representación: ámbito y extensión

Ha quedado expuesto que el convenio regulador debe contener el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Se trata de aplicar las disposiciones relativas a la patria potestad a las situaciones de crisis matrimonial y que deben adecuarse a los artículos 154 y siguientes que regulan con carácter general esta importante institución del Derecho de Familia, como derecho-función de los progenitores. Se establece la distinción entre titularidad y ejercicio debiendo conjugar estos dos elementos con la guarda y custodia de los hijos, y el derecho de padres e hijos a mantener una relación personal. La ruptura del matrimonio o de la pareja no exime a los padres de sus obligaciones con los hijos, ya que una de las principales es, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (artículos 92.1 y 154.1).

Por lo que respecta a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, como se ha indicado, corresponde indistintamente a ambos cónyuges, salvo pacto en contrario, como señala el artículo 154 CC⁹: "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores, por lo que no cabe pactar ninguna clausula en el convenio regulador que afecte a la titularidad de la misma, que seguirá ostentándose por ambos progenitores.

Conforme al artículo 156 CC, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. No cabe duda de que con la publicación en las redes de imágenes de los hijos actúan conforme al uso social, y, si es uno el que las publica con el beneplácito del

derecho-deber, o si se prefiere, de una función, con más peso el deber y la función que el derecho (a pesar de los arts. 94 , 160 , 161 CC), lo que incidirá decisivamente tanto en la posibilidad de instaurar regímenes especiales, limitativos o restrictivos de la extensión normal de la comunicación entre progenitor e hijo, como en la adopción de medidas o remedios jurídicos ante el incumplimiento del progenitor, que se excede de sus facultades o del tiempo que dispone o, inversamente, no se comunica con su hijo, incidiendo negativamente en el desarrollo integral de éste, al que conviene la relación triangular con su padre y su madre". También en, VVAA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. ALBALADEJO GARCÍA, DÍAZ ALABART (Dir), Tomo II, Ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 397. BUENO NUÑEZ, S. "Comentario al artículo 160". En *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Madrid, 2018, págs. 556 y ss.

⁹ Redactado conforme a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,

otro, puede existir consentimiento válido, o incluso puede derivarse de la publicación de ambos. Cuestión, quizás más controvertida sería que suba las fotos uno de ellos y el otro no lo denunciara, en aras a determinar la existencia del consentimiento tácito, siempre que vayan destinadas a familiares y a amistades cercanas, con los previos consentimientos en relación a la privacidad de la red que se esté utilizando.

El artículo 156 ha sido modificado por la disposición final segunda del R.D.-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género¹⁰, cuyo objetivo principal es el de desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. Desde esa perspectiva se propone la modificación del artículo 156 del CC para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando existe sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales¹¹.

Determina el artículo 156, algunos casos en los que se puede atribuir el ejercicio exclusivo a alguno de ellos:

- a) Cuando existan desacuerdos reiterados entre los progenitores, la ejercerá aquel que sea designado por el Juez, quien además puede optar, por distribuir funciones entre ellos,(artículo156.3).
- b) En caso de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercicio por uno de los progenitores, corresponderá el ejercicio al otro exclusivamente (artículo156.5).
- c) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio, (artículo 156.6).

Destacable es, y en base a lo contenido en el artículo 156 en cuanto a discrepancias entre los progenitores para la publicación de imágenes de menores de edad en sus redes sociales, la Resolución nº: R/ 03162/2016, de 29 de diciembre de 2016, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre reclamación contra Facebook. Denuncia el padre de las menores, que la madre de las mismas ha publicado fotografías en la mencionada red, sin su consentimiento y que no atiende dicha red social, a su petición de eliminación. Del examen de la documentación aportada, se observa que existen controversias entre los progenitores para la publicación de las imágenes de las menores de edad, y que es el artículo 156 el que regula las relaciones paterno- filiales, y en concreto lo referente a la patria potestad de los hijos no emancipados. Es por ello, que indica la AEPD, que no es competente para interpretar las previsiones del Código Civil, por lo que en tales supuestos no tiene capacidad para resolver la discrepancia, que habría de ser planteada ante la sede judicial que corresponda. En consecuencia, procede inadmitir dicha reclamación de Tutela de Derechos.

Ante esto, y en caso de no haber acuerdo en cuanto a las publicaciones en redes sociales, y siguiendo lo preceptuado en el artículo 156, es probable que exista disconformidad en cuanto a la publicación de fotos en los casos de crisis matrimoniales, por lo que se deberá tramitar un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado que dictó las medidas

¹⁰Añadiéndose en artículo 156, como párrafo segundo, lo siguiente: "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos"

¹¹Semejante modificación ha sido cuestionada por un sector de la doctrina desde su muy reciente inicio aplicativo. En cuanto a su oportunidad, su propia tramitación legislativa, su innecesariedad asentada en la existencia de respuestas adecuadas a esta cuestión en el Código Civil. Por ejemplo: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. "Perfectamente prescindible". En Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil. Num.9/2018 parte Tribuna, págs. 1-3 (edición electrónica).

sobre guarda y custodia, para que determine a cuál de los progenitores le corresponde tomar la decisión¹².

De lo expuesto hasta ahorapodemos afirmar que al ser ambos los titulares de la patria potestad, deben consentir la publicación de fotos, y no sólo el progenitor custodio en los casos de separación o divorcio. Conforme se ha señalado por lo que respecta al artículo 154, los hijos menores de edad están sometidos a la potestad de los progenitores¹³, de manera, y por lo que a nuestro tema se refiere, que los padres tendrán que representar a los hijos, de forma que completarán la capacidad que les falta por el hecho de la minoría de edad, y que dicha función se ejercerá siempre en interés de ellos, escuchándolos si tuvieran suficiente madurez, en las cuestiones relativas a la publicación de sus imágenes y uso en redes sociales, para la adecuada protección de sus derechos.

Como bien señala DÍAZ MARTÍNEZ, "son los progenitores titulares los que, caso por caso, determinan de manera efectiva, con su actuación, dónde radica el interés del menor. Sin embargo, el Derecho contempla una participación del menor en la determinación de su propio interés, reconociéndole un ámbito de cierta autonomía, que dependerá de su edad y grado de madurez y de la esfera en que haya de tomarse la decisión. Tal participación del menor puede tener su cauce en un simple derecho a ser oído en asuntos que le afecten, en la esfera personal o familiar, o funcionar reconociéndole un espacio de actuación directa, limitando entonces las facultades de representación legal que, en principio, reconoce el artículo 162.1.º a los titulares de la patria potestad"¹⁴.

La excepción sobre la capacidad de los menores la recoge, como hemos señalado, el artículo 162, modificado por el artículo 2.12 de la Ley 26/2015 de 28 de julio, al establecer que "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuando, 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia"¹⁵.

En base a dicha redacción cuando el menor ostente la madurez propia del acto a celebrar sobre algún derecho de la personalidad, queda exceptuada la representación y se abre el camino para que sea el propio menor el que lo ejercite por sí mismo, limitando esta modificación a esa clase de derechos, y no a otros como contenía con anterioridad la norma. No obstante, esta modificación innova con el añadido de que los padres continúan, en cualquier caso, con sus deberes de cuidado y asistencia hacia sus hijos de forma que se restringe la parecida autonomía del menor a la intervención de los mismos en cuanto a los actos que se deriven de los derechos de la personalidad¹⁶, suponiendo que se minimizará

¹² GIL MEMBRADO, C. "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", en la Ley Digital. LA LEY 1773/2018, págs. 11 y ss.

¹³ "Deberá ejercerse, con carácter general, de manera conjunta por sus titulares (con independencia de que estén casados o no) sin posibilidad de delegar su íntegro ejercicio a terceros (al ser personalísima) y respetando el principio favor filii (el beneficio de los hijos) en la medida en la que se caracteriza por su completud, al abarcar todos los ámbitos de protección del menor de edad. Además, los padres representan a sus hijos menores de edad, si bien el artículo 162 CC excepciona los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, pues tiene que respetarse la personalidad del menor", en CALZADILLA MEDINA, M.A. "Lo que la patria potestad no ampara", en *Revista de Derecho de Familia* num.74/2017 parte Artículos Doctrinales, Aranzadi, pág.7.

¹⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A. "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2013 parte Comentario, pág. 7.

¹⁵ Antes de la modificación rezaba así " Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

¹⁶ GIL MEMBRADO, C. señala que " la reforma operada por la Ley 26/2015 de Protección de la Infancia en el Código Civil -aunque con posterioridad- adopta una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una recuperación de las funciones inherentes a la patria potestad, por un lado, al eliminar del artículo 162.2.1º el inciso «u otros». Con ello, se pasa de exceptuar el ejercicio de la patria potestad en relación a «Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», a, tras la reforma, restringir la excepción a la representación en «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Queda así la autonomía del menor limitada a los derechos de la personalidad, al desaparecer el inciso «u otros». Además, se añade tras la reforma un segundo párrafo en el artículo 162.2.1º que viene a limitar doblemente la autonomía del

acorde con la madurez de los mismos. Por lo que respecta al tratamiento de los datos personales, las imágenes quedan incluidas en los mismos, como ya se ha indicado, el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, fija en relación al consentimiento para su tratamiento la edad de 14 años, estableciendo así su madurez en este sentido pero conforme a lo adelantado se encuentra matizada por la asistencia de sus representantes legales.

Existiría el ejercicio exclusivo, de esta y otras cuestiones, por parte de uno de los progenitores, en el caso de que se diera una situación de privación de la patria potestad. Es el artículo 170 del CC, el que recoge la posibilidad de que el padre o la madre puedan ser privados total o parcialmente de la misma por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, dictada en causa criminal o matrimonial. Se trata de una medida protectora en beneficio del menor más que de una sancionadora hacia el progenitor. Por lo que respecta a la casuística civil para que se dé, ha de atenderse a criterios de concreta oportunidad, ya que debe ser un incumplimiento grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna o materna suponga para el interés del menor, bien por su reiteración o persistencia en el tiempo¹⁷.

2. Interés del menor

El interés superior del menor se ha venido considerando como un concepto jurídico indeterminado¹⁸, mencionado en los textos internacionales y nacionales más relevantes en materia de menores. En este último sentido, artículo 39 de la CE, artículos, entre otros, 92, 154, y 170 del Código Civil, artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (antes de la reforma por la Ley LO 8/2015 de 22 de julio), que ni definían ni concretaban que debe entenderse por dicho principio.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, determina en su Preámbulo que "los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

Sin embargo, el legislador ha tenido a bien, en la nueva redacción del artículo 2 de la LOPJM, tras la reforma señalada, dividir el precepto en cinco apartados para concretar

menor al sujetar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de los responsables parentales «en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia» en límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica de fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y la adolescencia". En *Actualidad Civil*, N.º 1, Sección Derecho de los Contratos/ A fondo. Enero 2017, pág 4 y ss.

¹⁷ Las causas más comunes son el incumplimiento de los deberes inherentes, o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. En cuanto a los primeros podemos materializarlos en los siguientes: a) incumplimiento de la obligación de alimentos, acompañado de un abandono efectivo en relación a las visitas o del deber de atención y cuidado, lo cual llevaría a la dejación de sus funciones, y sin causa justificada, por lo que se vería afectada la relación paterno-filial; b) abandono del menor, cuando queda bajo el cuidado de terceros, además de en situación de desamparo; c) malos tratos, aunque no haya condena penal, agresiones físicas, violencia psíquica, abusos, suministro de sustancias sedantes, actitudes negligentes, entre otras; d) Toxicomanía y alcoholismo; e) enfermedad mental, cuando pueda tener una incidencia negativa en los menores¹⁷. Respecto a las dictadas por causa criminal, como causa de privación de la patria potestad, se considera la pena especial y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la misma en algunos delitos. En la actualidad, existe en el Código penal desde la L.O. 5/2010 cuatro expresas referencias a la pena de inhabilitación especial de la patria potestad. Una se encuentra en el artículo 55 del Código penal que la prevé como potestativa y con naturaleza de accesoria para toda condena de prisión igual o superior a diez años, siempre que se aprecie una vinculación entre el delito y el ejercicio de la patria potestad. Las otras tres proceden del texto original de la L.O. 10/1995 del nuevo Código Penal, y se encuentran en los arts. 192 relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en el artículo 226 delitos contra las relaciones familiares y en el artículo 233, también dentro del mismo título.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El interés del menor". Madrid, 2007, pág. 70 y ss.

muy específicamente que ha de estimarse por el interés superior del menor¹⁹. El primero hace referencia a que ha de valorarse y considerarse primordial en todas las actuaciones que les afecten. El segundo apartado sienta unos criterios generales de aplicación al supuesto concreto, como pueden ser, la protección del derecho a la vida, satisfacción de sus necesidades básicas, la consideración de los deseos, sentimientos u opiniones. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, entre otros. El tercer punto determina que estos criterios se ponderaran teniendo en cuenta otros elementos generales, como pueden ser, la edad y madurez, la necesidad de garantizar su igualdad, la preparación a la edad adulta, entre otros. El cuarto, se refiere a la situación en que concurriendo otros intereses legítimos deberán respetarse priorizando el del menor, mientras que el último recoge cinco apartados concretando las garantías a las que debe estar sometida toda medida que se dicte en el interés superior del menor.

La determinación del interés superior del menor en cada caso, manifiesta el Preámbulo de la LO 8/ 2015, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

Una vez comentados de manera general los parámetros sobre la configuración y presupuestos necesarios en cuanto a la titularidad y ejercicio de la patria potestad conviene ahora referirse al principio sobre el que giran todas estas cuestiones que afectan, de manera tan directa, al menor.

Este concepto de interés del menor, requiere que se eduque al menor en una serie de valores y normas de respeto y educación donde pueda desarrollar libremente su personalidad. Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad²⁰.

Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado en el momento de su aplicación. La indeterminación del enunciado general (la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos"), no se traduce en la indeterminación del resultado de su aplicación, en este plano ese concepto indeterminado solo admite una solución justa. El hallazgo de dicha solución, la única adecuada, solo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso²¹.

Coherentemente con ello, el Tribunal Supremo también ha venido considerando el beneficio del menor como el principio rector de toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en los casos de nulidad, separación y divorcio. En este sentido en STS de 27 de octubre 2014, cuando afirma que estamos ante " un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultura; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales".

En tal línea se manifiesta la Jurisprudencia menor al indicar que, "el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle

¹⁹ Artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del menor, redactado por el 1.2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²⁰ DE LAMA AYMÁ, Alejandra. La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs 93 y ss.

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco., El interés del menor. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 71.

la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad"²².

Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preeminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad (STC 141/2000, de 29 de mayo), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados anteriormente en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

IV. SOBRE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES PARA PUBLICAR FOTOGRAFÍAS DE SUS HIJOS EN LAS REDES SOCIALES

De lo anteriormente explicitado, cabe deducir dos ideas fundamentales para la consecución de la materia a desarrollar. La primera, el uso de las redes sociales como uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad hace frente, y el difícil control de la privacidad cuando se publican fotos por los padres, familiares o amigos más allegados, en Instagram, Facebook o Twitter, entre otras, así como los abusos que se producen a diario, y que gozan de mayor gravedad cuando se trata de menores de edad; la segunda, la importancia de la patria potestad en la protección del interés del menor, en cuanto al tratamiento de su imagen en las redes sociales, y la responsabilidad de ambos en la prestación del consentimiento para lograr el adecuado respeto a la intimidad y a la imagen, como derechos fundamentales de los menores y que están obligados a salvaguardar sus padres como representantes suyos que son, con independencia del régimen de guarda y custodia que tengan siempre que ostenten ambos la titularidad de la patria potestad.

Respecto a la cuestión de las publicaciones de fotografías de los hijos en las redes sociales por parte de los progenitores separados o divorciados, es la jurisprudencia menor la que se pronuncia en torno al consentimiento que debe prestarse por los titulares de la patria potestad, conforme a la aplicación de los artículos 154 y 156 del CC, antes tratados.

En este sentido la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2015, señaló, sobre la prohibición hacia la madre de publicar fotografías en redes sociales del hijo menor, que el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro en el caso de acceder a dichas redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren. Sabido es que, en principio, uno puede configurar su red social con las personas que autoriza para que vean lo que publica y en torno a la protección de privacidad que se le ofrece, en cuanto a imágenes, contenido o etiquetas.

Añade además la SAP, que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia, que en ninguno de los supuestos concretos estudiados se había producido, también podría tener repercusión en el régimen de guarda establecido.

En sentido contrario se pronunció la SAP de Pontevedra de 4 de junio de 2015, en un procedimiento de divorcio, sobre la foto del perfil de Facebook del padre, la cual era de su

²² Entre otras, SAP Guipúzcoa 100/ 2016 de 9 de mayo, SAP Vizcaya 274/ 2016 de 2 de mayo.

hijo y otras publicaciones del menor de 18 meses, perfectamente reconocible. La Audiencia, tratando la regulación sobre el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en su dimensión constitucional, así como que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal o que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) o lo preceptuado, y ya comentado en este trabajo, en cuanto a la representación de los hijos menores de edad, que ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (arts. 154 y 156 CC), siendo un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, determina que para que se puedan publicar fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 CC .

Siguiendo esta última doctrina, se vuelve a pronunciar la Audiencia Provincial de Barcelona, reconsiderando el tema respecto de la cuestión de que ninguno de los progenitores pueda publicar fotografías del hijo en las redes sociales de internet sin consentimiento del otro. Lo hace en la Sentencia de 15 de mayo de 2018, en un procedimiento de guarda y custodia, en el que el padre entre otros pedimentos, solicita la prohibición de publicar fotos del hijo en las redes sociales salvo conformidad de ambos progenitores. La Audiencia resuelve su fallo favorable en esta cuestión en base a los planteamientos que podemos resumir en los siguientes: a) La mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que se exige; b) El tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia (hasta el punto de que el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor considera utilización ilegítima "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses *incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales* ") que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

En el caso sobre el que versa la sentencia, la guarda del hijo se atribuyó a la madre (si bien con un amplísimo régimen de estancias con el padre), pero la potestad la tienen y ejercen ambos de forma compartida, por lo que la decisión de colgar fotos del mismo la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja. Distinto tema es el de si dicho consentimiento debe ser expreso o puede ser también tácito (por ejemplo, si ya antes de separarse ambos colgaban fotos del menor en redes sociales, o si después de la separación ambos lo hacen, etc.), cuestión que deberá valorarse caso por caso en la hipótesis de surgir incidentes.

Cabe concluir de todo lo expuesto, y de la normativa nacional y europea considerada en este trabajo, que para que uno de los progenitores pueda subir una fotografía a Internet para publicarla en alguna red social, aunque sea con el objetivo primordial de compartirla con familiares y allegados, es necesario el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, cuando ambos sean cotitulares de la patria potestad, situación esta que no cesará por causa de crisis matrimonial o custodia unilateral, sino sólo cuando exista privación de la misma. En cualquier caso, prima el interés del menor, de forma que, si la fotografía atentara contra la imagen, honor o intimidad o de alguna manera pueda resultarle perjudicial, pasaría a ser irrelevante el consentimiento de los progenitores, actuando el Ministerio Fiscal para la salvaguarda de los intereses del menor, y aquí sí podría afectar, debido a la intromisión ilegítima y a la gravedad del año, a la titularidad o ejercicio de la patria potestad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia, Ed. Edisofer, Madrid, 2008.
- ALBALADEJO GARCÍA M.- DÍAZ ALABART. S. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo II, Ed. Edersa, Madrid, 1982.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Perfectamente prescindible". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Num.9/2018 parte Tribuna, págs. 1-3 (edición electrónica).
- BUENO NUÑEZ, S. "Comentario al artículo 160". En Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Madrid, 2018.
- CALZADILLA MEDINA, M.A. "Lo que la patria potestad no ampara", en *Revista de Derecho de Familia* num.74/2017 parte Artículos Doctrinales, Aranzadi.
- DE LAMA AYMÁ, A. "La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2013 parte Comentario.
- GUARDIOLA, M. "Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España", en La Ley Digital. LA LEY 5019/2017.
- GIL MEMBRADO, C. "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", en La Ley Digital. LA LEY 1773/2018.
- GIL MEMBRADO, C. "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica de fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y la adolescencia". En *Actualidad Civil*, N°1, Sección Derecho de los Contratos/ A fondo. Enero 2017.
- IGLESIAS MARTÍN, C. "El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia a las situaciones de custodia compartida". En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2018, parte Doctrina, 2018.
- LATHROP, F. "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas". En *Diario LA LEY*, núm. 7206, 2009.
- LATHROP, F. "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas". En *Diario LA LEY*, núm. 7206, 2009, págs. 85-91.
- LLEDÓ YAGÜE, F. Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio. Dykinson, Madrid, 2016.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M. "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor". En *La custodia compartida en España*. Dykinson, 2017.
- OROZCO PARDO, Guillermo, "Intimidación, privacidad, "extimidad" y protección de datos del menor, En *La protección jurídica de la intimidad*. Valencia 2010
- PERAL LÓPEZ, M.C. "Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas". En *Actualidad Civil* N°7, Sección Persona y derechos. Julio 2017.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. "Modificación de medidas". En *Revista de Derecho de Familia* núm. 77/2017, parte Artículos Doctrinales, Cizur Menor, 2017.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Dykinson, Madrid, 2007.
- ROCA TRÍAS, E. "Crisis matrimoniales". 2016, Lefebvre- El Derecho.
- YZQUIERDO TOLSADA. M y CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II, 2ª Ed. 2017, Cizur Menor.

LENGUAJE Y DERECHO. NOTA SOBRE EL USO DEL IDIOMA POR LOS PENALISTAS

Jesús Barquín Sanz
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2018

RESUMEN: En este artículo se abordan dos errores ortográficos que están presentes con cierta frecuencia en los escritos de penalistas y otros juristas en lengua española. Por un lado, la expresión “*de lege data*”, fruto de una corrupción de la locución latina *de lege lata*, en la que el participio pasivo procede del verbo *fero*, y no de *do* como podría erróneamente parecer. Por otro lado, el posible barbarismo de origen germánico consistente en escribir sistemáticamente con mayúscula inicial el sustantivo de conceptos nucleares de nuestra disciplina (“Derecho”, “Código”), mientras dentro de la misma expresión se escribe en minúsculas el adjetivo (“penal”). Al hilo de estos dos asuntos centrales, se comentan asimismo otras cuestiones en materia de uso del español por los juristas.

ABSTRACT: This paper deals with two orthographic errors that are not unusual among criminal lawyers and other jurists writing in Spanish. On the one hand, the expression “*de lege data*” as result of a corruption of the Latin phrase *de lege lata*, in which the passive participle comes from the verb *fero*, and not from *do* as some seem to wrongfully believe. On the other hand, the loan of Germanic origin consisting of systematically assigning the initial capitalized to certain relevant nouns in our discipline (“*Derecho*”, “*Código*”), while within the same conceptual block they write in lowercase the adjective (“*penal*”). In connection with these two main topics, other issues on the use of Spanish in legal writings are also commented.

PALABRAS CLAVE: Lenguaje, derecho, ortografía, código penal, derecho penal, latinismo, barbarismo.

SUMARIO: 1. Introducción. ¿Por qué y para qué este artículo? 2. Mayúsculas, nombres propios, nombres comunes. 3. No es *do*, es *fero*. 4. Latinajos y juristas. 5. Regresión lingüística del legislador y algún dudoso hábito de letrados. 6. Un final abierto.

Errare humanum est, perseverare diabolicum

1. INTRODUCCIÓN. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ ESTE ARTÍCULO?

1.1. Conviene desconfiar cuando un profesor de universidad o cualquier otra persona que se gana la vida escribiendo y hablando en público hace protesta de humildad. Algunas virtudes suelen encontrarse en este gremio (y no pocos vicios, yo el primero), pero entre ellas no está el comedimiento en la valoración de los propios méritos, por más que casi todos, durante la mayor parte del tiempo, por prudencia intentemos disimular. Escribo no obstante estas páginas con un genuino esfuerzo de modestia que voy a intentar llevar hasta el final. Aunque siempre me hayan apasionado el lenguaje (los lenguajes) y sus asombrosas y discretas conexiones con el mundo y el pensamiento, es un hecho que no soy especialista en la materia, de ahí que la probabilidad de que en las páginas que siguen se haya colado algún que otro gazapo que no he atinado a corregir a tiempo sea aún más alta que de costumbre. Por otro lado, es ésta una materia proclive a la pedantería; pocas actitudes resultan tan antipáticas como la tendencia de cualquiera a corregir a otros en su expresión oral o escrita. No pretendo tal cosa. Que cada cual escriba como le parezca y como le permitan sus mentores, sus profesores o los revisores de las revistas académicas en las que aspire a publicar.

Tampoco me es ajeno el prudente reparo de evitar enmendar la plana a nadie en concreto que suela incurrir en alguno de los usos lingüísticos que señalaré como incorrectos; a propósito de esto se me ocurre alegar que, más que con HORACIO cuando considera lícito que el gran Homero cometa algún desliz pero no deja de indignarse por ello¹, estoy en sintonía con Baltasar GRACIÁN, quien va bastante más allá y expresamente anima a su metafórico Homero a dormitar de vez en cuando, esto es, a cometer errores veniales y no aspirar a la perfección². Por mi parte, no disminuye un ápice mi admiración por los mejores de mis colegas el que algunos mantengan un criterio que considero erróneo en cuanto a, particularmente, el uso de la inicial mayúscula siempre que escriben la palabra Derecho. Espero, por tanto, que no sean muchos los que se molesten al leer estas páginas; y, si alguien se incomodara, ojalá que sea sólo un poco y por poco tiempo.

En cualquier caso, ¿quién dijo miedo? Lo cierto es que desde hace algún tiempo quería encontrar el momento de detenerme a señalar que no se debe escribir “*de lege data*” y que tampoco es correcto el aparente barbarismo de origen germánico consistente en escribir sistemáticamente con mayúscula inicial el sustantivo de conceptos nucleares de nuestra disciplina (“Derecho”, “Código”), mientras dentro de la misma expresión se escribe en minúsculas el especificador (“penal”). En estas dos prácticas a mi juicio equivocadas de algunos penalistas y de juristas de otras disciplinas encuentran su origen las reflexiones que paso a compartir con el amable lector. Tirando del hilo, saldrán circunstancialmente a relucir algunas otras cuestiones en materia de uso del español por los juristas que considero de interés. Este artículo trata fundamentalmente, por tanto, sobre temas de empleo correcto

¹ «Y también me indigno cuando el buen Homero dormita, pero en una obra larga es de esperar alguna cabezada», «et idem indignor quandoque bonus dormitat Homerus; verum operi longo fas est obrepere somnum»: (Horacio, *Ars poetica*, 359-360). Traducción propia a partir de la versión de José Luis Moralejo en Horacio: *Sátiras, Epístolas, Arte Poética*. Madrid: Gredos, 1973, pág. 404.

² «Permitirse algún desliz. Que un descuido suele ser tal vez la mayor recomendación de las prendas. (...) Dormite, pues, tal vez Homero y afecte algún descuido en el ingenio o en el valor». Gracián y Morales, B. *Oráculo manual y Arte de prudencia*. Facsímil a la edición de 1954. Madrid: CSIC, 2003, págs. 172-173.

del idioma con especial atención a usos que deben considerarse errores gramaticales y ortográficos, y también algunas cuestiones de estilo que son comentadas al hilo de lo anterior.

«Cualquier cosa que se puede decir, se puede decir claro. (...) Cualquier cosa que puede ser pensada, puede ser pensada con claridad. Todo lo que se puede expresar, se puede expresar claramente.»³

1.2. Citar aquí estas conocidas proposiciones sobre el lenguaje y el pensamiento que Wittgenstein dejó formuladas en su *Tractatus* tiene un punto de ventajismo, porque la clase de claridad a la que el filósofo vienés aludía es diferente y más compleja que la transparencia de estilo y aspiración de sencillez que, sostengo, deberían caracterizar los escritos jurídicos. Pero la idea en sí, aislada de las profundidades del núcleo duro de la filosofía del lenguaje, transmite un mensaje extraordinariamente útil. Los juristas, tantas veces acusados con razón de vana palabrería, deberíamos tener estos consejos esculpidos en mármol sobre nuestro escritorio para que cumplan una función similar a la del esclavo que, mientras alzaba la corona de laurel en la cuadriga con ocasión de la entrada triunfal en Roma, advertía al general para que mantuviera los pies en el suelo: «¡recuerda que lo que estás escribiendo se puede decir más claro!»

Que el discurso embrollado y oscuro, con profusión de palabras alargadas con sufijos innecesarios, suele tener inmerecido prestigio en ciertos círculos de las llamadas *ciencias* sociales no es algo nuevo. Que se lo digan a LUCRECIO, de cuyo demoledor dictamen han transcurrido ya más de dos mil años: «Pues los necios aman y admiran más todo lo que encuentran oculto en retorcidas palabras»⁴. Y probablemente no se pueda hacer mucho para eliminar del todo esta plaga, ya que siempre habrá un reducto de despistados e interesados que, incapaces de comprender ya los razonamientos más sencillos, tiendan a considerar tanto más profundos y complejos los conceptos cuanto más indescifrables sean los términos en que se expresen. Siempre habrá quienes, no habiéndose preocupado nunca por el arte de escribir elegantemente, consideren que la profusión de subordinadas en abigarrado tropel es prueba de profundidad de pensamiento del escritor; quienes sostengan que es difícil y meritorio redactar páginas inescrutables; quienes opinen con desenfado que escribir con sencillez lo puede hacer cualquiera. No haré perder el tiempo al lector deteniéndome a argumentar hasta qué punto se trata de una obvia sandez a estas alturas, casi veinticinco siglos después del «*χαλεπὰ τὰ καλὰ*» (*jalepá ta kalá*: «lo bello (lo bueno, lo fino, lo noble) es difícil») que legó Platón⁵. Por supuesto, no estoy sugiriendo que el lenguaje del jurista deba

³ La idea aparece formulada tanto en el prólogo («Was sich überhaupt sagen läßt, läßt sich klar sagen») como luego en la proposición 4.116 («Alles, was überhaupt gedacht werden kann, kann klar gedacht werden. Alles, was sich aussprechen läßt, läßt sich klar aussprechen.») Véase WITTGENSTEIN, L. (1921): *Tractatus logicus-philosophicus*. Se puede consultar por cualquiera de las ediciones modernamente disponibles, varias de ellas bilingües. La traducción es propia; lo habitual es que se traduzca *klar* por “claramente” o “con claridad”, y sin duda se trata de sinónimos, pero entiendo que, existiendo también en nuestro español el uso de la voz *claro* como adverbio modal junto a *decir*, es más adecuado respetar la literalidad de la expresión wittgensteiniana en la primera de las frases.

⁴ «Omnia enim stolidi magis admirantur amantque, inversis quae sub verbis latitantia cernunt». Tito LUCRECIO Caro. *De rerum natura* Libro I, 641. Traducción propia. En la Biblioteca Virtual Cervantes está disponible la valiosa versión en versos endecasílabos que de este poema publicó el liberal afrancesado español José MARCHENA (el Abate Marchena) a comienzos del siglo XIX: *De la naturaleza de las cosas: poema en seis cantos*. Madrid: Hernando, 1918, libro I, 810 (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/de-la-naturaleza-de-las-cosas-poema-en-seis-cantos-0/>).

⁵ Quien utiliza esta bella frase (por eso se ha reproducido en el texto en su versión original, no por un alarde de hueca pedantería) al menos en tres de sus diálogos socráticos: Hippias mayor, Cratilo y La República. Y sería inexacto atribuir a PLATÓN la paternidad de la cita, en este caso no por el dato de que la ponga en boca de SÓCRATES y otro personaje -y como es sabido no es siempre posible discernir cuándo PLATÓN hace de mero notario de las enseñanzas de su maestro y de sus conversaciones con otros sofistas o discípulos, y cuándo les hace pronunciar elaboraciones personales-, sino sobre todo porque se trataba de un antiguo aforismo griego. Así, en las palabras finales de SÓCRATES en el Hippias mayor: «Hippias, hay un provecho que creo haber sacado de mi conversación con vosotros dos: el de comprender mejor el proverbio aquel que dice que “lo bello es difícil”, véase “Hippias Mayor, o de lo bello” 304e, citado por la traducción de Francisco de P. SAMARANCH, en PLATÓN (1979): *Obras completas*, 2ª edición, 4ª reimpresión, Madrid: Aguilar, pág. 135. De nuevo en boca de SÓCRATES en el comienzo del Cratilo: «hay un antiguo proverbio que dice que “las cosas bellas son difíciles”, véase “Cratilo, o de la exactitud de las palabras” 384a, citado por la traducción de Francisco de P. SAMARANCH, en PLATÓN (1979): *Obras completas*, cit., pág. 508. También en palabras de Glaucón, «posiblemente, Sócrates, sea verdad el dicho de que lo bello es difícil», véase “La República, o de la justicia” 435c, citado por la traducción de José Antonio MÍGUEZ, en PLATÓN (1979): *Obras completas*, cit., pág. 732.

tender al minimalismo, al *garbancerismo* del que tan injustamente VALLE-INCLÁN acusó a Galdós o al encorsetamiento mecánico del sujeto, verbo, predicado. Ni mucho menos que deba caer en la falsa naturalidad de la crónica fiel del idioma hablado, dado que es improbable que haya un estilo más torpe y más cercano, a la vez, al artificioso barroquismo de los charlatanes- que el que pretende ser literal en la transcripción del pensamiento y el discurso según éstos van discurriendo⁶.

Lo que defiende es que hay que procurar ser transparente y parecer natural en la expresión, que las ideas vayan desgranándose con equilibrio y sin aparente esfuerzo. Una voluntad expresa de naturalidad en el estilo que difícilmente puede surgir de la simple sucesión de frases tal y como se nos van ocurriendo. Muy al contrario, se trata de una aspiración que exige concentración y una concienzuda revisión. No se escribe como se habla ni como se piensa, sino que se forja la expresión de tal manera que el lector perciba el flujo de ideas de forma llana, sin hondonadas ni cerros ni recovecos. El objetivo es que la persona destinataria de nuestro escrito tenga la sensación de estar escuchando a alguien cercano que se dirige a ella con espontaneidad y sin aparente esfuerzo. Para conseguir este efecto es necesaria disciplina y una férrea voluntad de estilo: reordenar las frases, reducir subordinadas, buscar un cierto ritmo en el encadenamiento de las palabras... aun al coste de renunciar a parecer profundo y sofisticado. Todo esto, contra lo que algunos podrían pensar, no surge de manera natural. Lo puramente “natural” en la expresión del idioma deviene casi inevitablemente en exceso de artificio.

Como reflexión adicional, supongo que es coherente con lo dicho hasta ahora que en general contemple con desconfianza la creación de códigos lingüísticos específicos para grupos de elegidos (o de esforzados) a los que estaría reservado el acceso al conocimiento. Entre lo exotérico y lo esotérico, en nuestra disciplina siempre ha de primar lo primero. No hay duda de que, en ocasiones, el esfuerzo de aprender una nueva terminología y una nueva manera de poner en relación los conceptos es útil para comprender los fenómenos desde una perspectiva que anuncia innovadores e ilusionantes avances del conocimiento. Y es muy probable que tenga razón SILVA cuando defiende la necesidad en su día de aprender el lenguaje empleado por JAKOBS⁷, pero no dejo de albergar la duda de si, particularmente en asuntos jurídicos –y, más aún, penales-, la adopción de un lenguaje específico puede llegar en algún momento a compensar lo que por una parte se pierde en términos de común conocimiento por los ciudadanos y ágil comunicación entre los operadores jurídicos y de éstos con la generalidad de las personas, con lo que por otra parte se gana hipotéticamente en términos de profundización del conocimiento.

1.3. En el momento en que escribo estas líneas llevo más de veinte años como principal responsable de una publicación académica, la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Muy probablemente, este pequeño ensayo no existiría si no fuera por la influencia de la experiencia de todos estos años, una experiencia extraordinariamente satisfactoria por los privilegiados intercambios que nos ha permitido a quienes hemos ido sacando adelante este empeño. Entre estos intercambios, ocasionalmente un autor nos ha pedido corregir el título del artículo cuando hemos unificado en las minúsculas que creemos

⁶ Así lo señaló el admirable Robert Louis STEVENSON hace ya casi un siglo y medio: «El estilo más perfecto no será, como pretenden los necios, el más natural, pues natural es la cháchara inconexa del cronista, sino aquel otro que consigue veladamente el más alto grado de fecundas y elegantes implicaciones» («the most perfect (style is) not, as fools say, which is the most natural, for the most natural is the disjointed babble of the chronicler; but which attains the highest degree of elegant and pregnant implication unobtrusively»). Traducción propia del original publicado en abril de 1885 en la *Contemporary Review*. Véase STEVENSON, R.L.S. *The works of Robert Louis Stevenson*. Vol. III. Edinburgh: Constable, 1895, pág. 242 (accesible en internet: https://archive.org/stream/virginibuspueri00stev/virginibuspueri00stev_djvu.txt; último acceso, 23 diciembre 2018). Repárese en la importancia del adverbio “veladamente” (*unobtrusively*) en cuanto al significado y el alcance de esta frase; más adelante en el mismo artículo, Stevenson se explaya acerca de qué otros requisitos han de concurrir cuando las implicaciones no sean veladas sino manifiestas.

⁷ En palabras de SILVA: «(Jakobs) utiliza un lenguaje totalmente nuevo, que a mí no me causa rechazo como a otros autores como Mir, sino que me parece que a veces es muy afortunado y capta la esencia siendo incluso gráfico - otras veces no-. Como cualquier lenguaje nuevo, es difícil de aprender. (...) A todos nos cuesta y nos sigue costando leer a Jakobs. Todo eso tiene que ver con la vocación hegeliana de hacer un sistema que lo explique todo. (...) No voy a negar, porque es evidente, que es más difícil leer a Jakobs que a Roxin, pero me parece que el esfuerzo vale la pena.» Véase BARQUÍN SANZ, J. (2002): “Conversaciones: Dr. Jesús M. Silva Sánchez”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 02, pág. 12.

correctas una expresión que en el título que nos habían enviado aparecía completamente en mayúsculas. Un ejemplo apócrifo, bien que inspirado en hechos reales: la autora nos envía el artículo titulado “EL DERECHO PENAL DEL SIGLO XXI” y, como desde hace un tiempo no solemos emplear las mayúsculas para los títulos de los artículos, una vez tiene el visto bueno de los revisores lo convertimos en “El derecho penal del siglo XXI”, a lo cual sucede de inmediato su petición de que corriamos la “errata” consistente en no haber escrito en mayúscula la letra inicial de “derecho”. Nuestro criterio en estas cuestiones es flexible y, si es ésta la preferencia de los autores, así se hace, pero en ocasiones nos detenemos a explicarles por qué nos parece que se trata de una costumbre equivocada, por muy extendida que esté entre los penalistas. En ocasiones, en ese momento se descubre que el elemento decisivo que lleva a un número de jóvenes penalistas a no enmendar su error es respetar el criterio de sus maestros, o de los maestros de sus maestros, alguno de los cuales resulta ser muy insistente en cuanto a recurrir al germanismo “Derecho penal” como una especie de tradición de la disciplina.

Pues bien, dicho sea en tono desenfadado y desde la profunda admiración y con todo el cariño a estos gigantes en cuyos hombros nos encaramamos los que hemos llegado después: confío en que las páginas que siguen sirvan para librar de semejante “yugo” a algún que otro de entre nuestros jóvenes compañeros de viaje dentro del apasionante territorio del derecho penal.

2. MAYÚSCULAS, NOMBRES PROPIOS, NOMBRES COMUNES

Resulta, en efecto, difícilmente asumible la costumbre extendida entre un buen número de penalistas de escribir ciertas expresiones esenciales de nuestra disciplina con la letra inicial de los sustantivos en mayúsculas, y en minúsculas la de los adjetivos (“Código penal”, “Derecho penal”, etc.) Se diría que es un extranjerismo producto colateral de la admiración por la llamada *dogmática* alemana, que hace que se traslade consciente o inconscientemente el criterio del idioma alemán cuando se escribe en castellano. Esta tendencia confluye con otra a un abuso de las mayúsculas en el que también solemos incurrir los juristas: “Ley”, “Derecho”, “Jueces”, etc. Pues bien, con carácter general estas palabras y expresiones se deben escribir en minúsculas: por ejemplo “la ley como fuente del derecho penal”, al igual que escribimos “libros sobre historia del arte”, “avances de la medicina” o “hallazgos de la arqueología”. Tan sólo cuando las estamos empleando como título (de una carrera, de una asignatura, de un seminario) es correcto emplear la mayúscula inicial, que por lo demás debe estar presente en todos los elementos significativos: “matriculado en Derecho Penal I”, “Máster en Derecho Mercantil”, “licenciada en Derecho”, etc.⁸.

En particular, la voz ley se escribe en minúscula salvo que se trate del nombre oficial de la norma⁹. Así, se escribe con mayúscula inicial cuando forma parte del título de un documento oficial o histórico, al igual que deben llevar la inicial en mayúsculas los demás elementos significativos del título¹⁰, por ejemplo “Ley Orgánica del Poder Judicial”. Un caso específico es el del Código Penal, que también debe iniciarse en mayúsculas (ambas palabras) cuando se refiere a un concreto código penal, sea el que sea. Y desde luego, por tanto, cuando alude al vigente Código Penal español. Obsérvese que el B.O.E. sigue reiteradamente el criterio correcto al identificar el código en el rótulo de cada una de las profusas leyes orgánicas de promulgación y modificación del vigente texto punitivo. Así por ejemplo, literalmente: “Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, “Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal...”, etc. No hay en cambio contexto en que sea correcto escribir “Código penal”.

⁸ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía de la lengua española*. Madrid: Espasa, págs. 493-494.

⁹ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., pág. 491.

¹⁰ *Ibidem*.

Es de interés asimismo que, en cambio, la expresión *Constitución española* debe escribirse tal y como se acaba de hacer, con inicial mayúscula tan sólo la palabra que identifica la norma suprema, y en minúsculas cualquier otro especificador, incluyendo el relativo al país al que pertenece cada *constitución*, palabra que debe escribirse en minúsculas cuando es genérica¹¹.

Un caso especial es el de “Estado”¹², que se escribe con inicial mayúscula siempre que se refiera a una nación independiente y soberana o a un conjunto de ellas. En cambio en minúscula si se refiere a una situación (incluso si es una con notoria vinculación a la organización del Estado, por ejemplo “estado de excepción”) o a una de las subdivisiones de un Estado federal, por ejemplo “estado de Baviera”¹³. Se trata de una decisión discutible de las autoridades de la lengua, además de posiblemente el origen en buena medida de la confusión con ocasión de otros sustantivos de connotaciones asimilables al Estado, como las mencionadas ley, constitución, derecho ordenamiento jurídico, tribunal, sentencia, reino, etcétera. Además, resulta difícil de comprender que haya un diferente régimen ortográfico para los estados federados y para los Estados federales, o sencillamente soberanos. Opino que la palabra estado debería escribirse siempre en minúsculas, excepto cuando sea un nombre propio, de manera similar a reino: “reino de los sueños”, “los reinos del Golfo”, “¿Holanda es un reino o una república?”, pero “Reino Unido” y Reino de España”¹⁴. Es ésta en todo caso una opinión personal no respaldada por las academias panhispánicas de la lengua y, por tanto, quien decida ponerla en práctica en sus escritos, tendrá que asumir que está probablemente incurriendo en un uso incorrecto del idioma.

3. NO ES DO, ES FERO

3.1. La expresión “*de lege data*”, que sigue apareciendo con cierta frecuencia en escritos jurídicos académicos, es incorrecta. Sin paliativos. Proviene sin duda de una corrupción de la expresión (ésta, sí, correcta) *de lege lata*, es de suponer que porque a algunos juristas les sonará a algo así como a la “ley dada”, la cual evocaría el derecho aprobado y en vigor. Pero revela un insuficiente conocimiento del latín, lo cual es perfectamente legítimo, sólo que resulta osado emplear latinajos sin estar razonablemente seguro de lo que se está diciendo. La antinomia se debe expresar mediante las formas verbales (*de lege ferenda* y (*de lege lata*, ambas del verbo *fero* (*tulī, latum*), que en este contexto se puede traducir como aprobar una ley, de tal forma que el gerundivo *ferenda* adjetiva una norma en proceso de aprobación (usualmente, que debiera aprobarse desde el punto de vista de quien la propone), mientras que el participio pasado *lata* adjetiva una norma ya aprobada y vigente. Como los números (véase *Tabla I*) acreditan, no suelen tener este problema nuestros colegas italianos. Por un lado porque allí el latín suele ser tratado con más respeto, y eso que nuestro idioma puede legítimamente rivalizar con el italiano como candidato al reconocimiento como más fiel heredero del lenguaje de los romanos. Por otro lado, quizás también porque más a menudo emplean los italianos otras locuciones latinas alternativas, *de iure condito* y *de iure condendo*, que no provocan la perplejidad inherente al carácter irregular del verbo *fero*. Estas otras dos expresiones no son desconocidas por los juristas en lengua española pero se usan aquí con menor frecuencia.

3.2. Inspirado en la idea de que las afirmaciones sobre hechos, como son algunas de las anteriores, deben venir respaldadas con evidencias, se han hecho búsquedas en *google* con objeto de contabilizar la frecuencia relativa del error en nuestro idioma y en otros cercanos (italiano, francés, inglés, alemán, portugués y catalán). Para ello se ha puesto a prueba la frecuencia del uso combinado de, bien “*lege lata*”, bien “*lege data*”. junto con la expresión equivalente a “derecho penal” en cada idioma. De este modo, se puede establecer la

¹¹ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., pág. 492.

¹² Es también el caso de “Universidad”, igualmente discutible por cierto.

¹³ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., págs. 484-485.

¹⁴ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., pág. 485.

proporción en que se emplea la fórmula incorrecta frente a la expresión correcta en los textos ‘fundamentalmente de derecho penal’ escritos en cada idioma. Las condiciones de las búsquedas fueron las siguientes:

a) En cada respectivo caso, en la ‘configuración de búsqueda’ se ha marcado como ‘idioma actual de los resultados de búsqueda’ el correspondiente a la combinación de expresiones que se estaba rastreando: español, italiano, francés, etc.

b) Adicionalmente, dentro de ‘herramientas’ (o su equivalente en cada idioma) se marcó en cada caso la opción ‘buscar solo páginas en’ el respectivo idioma de que se tratara en cada caso.

c) Se prescindió de la opción ‘*verbatim*’ en ‘herramientas’, puesto que la versión de *google* no permitía marcarla al mismo tiempo que las búsquedas sólo en el idioma de referencia. El uso de las comillas permitía ya de por sí circunscribir la búsqueda a las expresiones literales, por lo que se dio preferencia a acotar el idioma.

d) Los resultados que se expresan a continuación se obtuvieron los días 22, 24 y 26 de diciembre de 2018 en la versión en español de *www.google.com* utilizada en *Safari* (versión 12.0.2) bajo sistema operativo *macOS High Sierra* (versión 10.13.6). Debido a que se advirtió cierta volatilidad en los resultados, la cual en algunas de las combinaciones era notable, se hicieron cuatro mediciones, dos el 22 de diciembre de 2018 en torno a las 7:30 horas y las 17:00 horas, el día 24 de diciembre en torno a las 11:00 horas y el día 26 de diciembre en torno a las 20:00 horas. Las que se muestran en la *Tabla I* son las medias respectivas de las cuatro búsquedas que se hicieron en cada una de las combinaciones de las tres variables *a*, *b*, *c* en las que: (a) idioma, b) “derecho penal” o expresión sinónima en cada idioma, c) “lege data”/“lege lata”¹⁵.

e) Se observó que los resultados eran diferentes (la mayor parte de las veces ligeramente diferentes, en algún caso puntual notablemente diverso) dependiendo de si las búsquedas se realizaban desde dentro del entorno de red académica de la Universidad de Granada (sea por acceder a través de *eduroam* desde el despacho oficial, sea por establecer una conexión vía VPN desde el exterior) o desde fuera del entorno académico en una conexión privada a internet a través de la compañía de comunicaciones *Movistar*. A fin de favorecer la reproducibilidad de esta experiencia por otras personas en condiciones homogéneas, se optó por tomar en consideración los resultados obtenidos desde fuera del entorno de la Universidad de Granada, cuya configuración puede que de algún modo condicionara alguno de los parámetros o procesos del buscador utilizado.

f) A los efectos de la búsqueda, se ha prescindido de la preposición “*de*” que necesariamente debe acompañar a “*lege lata*” en su correcta expresión y cuya ausencia constituye el otro error detectado a menudo en el empleo de esta locución latina por los penalistas en lengua castellana. Se ha estimado que introducirla en las búsquedas habría sido un factor de distorsión, toda vez que lo que se trataba de averiguar concretamente en este caso es la frecuencia con que se suele incurrir en el error específico consistente en confundir el participio pasado de *fero* con la forma verbal equivalente de *do*.

¹⁵ El desglose de los resultados sucesivos para cada combinación en cada una de las cuatro búsquedas se indica a continuación:

Español: «“lege data” “derecho penal”» 5.090-6220-6120-6520 resultados, «“lege lata” “derecho penal”» 13.800-12.000-12000-11600 resultados.

Italiano: «“lege data” “diritto penale”» 80-81-86-81 resultados, «“lege lata” “derecho penal”» 5.090-5350-5500-5540 resultados.

Français: «“lege data” “droit pénal”» 81-83-110-138 resultados (---81), «“lege lata” “droit pénal”» 4.850-5190-5110-5050 resultados.

English: «“lege data” “criminal law”» 133-115-131-110 resultados, «“lege lata” “criminal law”» 14.000-14000-14000-13600 resultados.

Deutsch: «“lege data” “Strafrecht”» 531-523-603-498 resultados (---603), «“lege lata” “Strafrecht”» 27.100-22800-26000-22100 resultados (---26000).

Português: «“lege data” “direito penal”» 542-749-400-692 resultados, «“lege lata” “direito penal”» 4.020-4830-4160-3500 resultados.

Català: «“lege data” “dret penal”» 52-91-40-41 resultados, «“lege lata” “dret penal”» 134-132-100-151 resultados.

Tabla I. Frecuencia relativa de la forma incorrecta “lege lata” en diferentes idiomas

idioma	“ <i>lege data</i> ” ¹⁶	“ <i>lege lata</i> ”	frecuencia (porcentaje) ¹⁷	relativa
español (“derecho penal”)	5.988	12.350	48,5	
italiano (“ <i>diritto penale</i> ”)	82 ¹⁸	5.370	1,5	
français (“ <i>droit pénal</i> ”)	103	5.270	2,0	
english (“ <i>criminal law</i> ”)	122	13.900	0,9	
deustch (“ <i>Strafrecht</i> ”)	539	24.500	2,2	
portugués (“ <i>direito penal</i> ”)	596	4.128	14,4	
catalá (“ <i>dret penal</i> ”)	56	129	43,4	

Más allá de lo aplastante de los resultados, que hablan por sí mismos acerca de la exageradamente mayor frecuencia relativa (48,5%) con la que cometemos este error los penalistas en español frente a nuestros colegas de otros países que se expresan en otros idiomas (entre 0,9% y 14,4%, con la gran mayoría de ellos entre 0,9% y 2,2%), la lectura de la *tabla I* permite obtener alguna conclusión adicional.

Así, no parece que se trate de una cuestión fundamentalmente vinculada a la diferente estructura morfológica, semántica o sintáctica de cada idioma; se diría en cambio que en estos casos el factor con mayor peso es de carácter cultural y educativo. Obsérvese que, si bien en castellano puede razonablemente pensarse en la asociación con el verbo ‘dar’ y la forma femenina de su participio pasivo ‘dada’ como factor relevante en la desproporcionadamente alta frecuencia de este error, en la hipótesis de que se tratara del principal factor causal cabría esperar que entre los juristas italianos, en cuyo idioma dicho participio pasado en femenino es exactamente ‘data’, la incidencia del error fuera mayor.

¹⁶ El orden de la secuencia empleado en las búsquedas ha sido siempre el mismo, a saber, «“lege data” “derecho penal”», «“lege lata” “derecho penal”», «“lege data” “diritto penale”», etc., con objeto de reforzar la homogeneidad del proceso de búsqueda en cada idioma.

¹⁷ Calculada como número de veces que aparece la expresión incorrecta “lege data” por cada cien veces que aparece la expresión correcta “lege lata”. Obsérvese que no es el porcentaje de la suma total de ambas opciones, por lo que hipotéticamente es posible que la cifra resultante en algún caso fuera superior a 100, e incluso de varios centenares. Así, si por cada vez que se utilizara “lege lata”, se usara tres veces “lege data”, la cifra correspondiente a este frecuencia relativa expresada en porcentaje sería 300.

¹⁸ De los cuales algunos consisten en frases correctamente construidas en las que *lege* (en latín) y *data* (en italiano) están separadas por comas, por ejemplo: «il principio “nullum crimen sine lege”, data l'imprevedibilità che da esso consegue...». Obviamente, este tipo de construcciones no aparecen en español, por la inexistencia de la voz *data* con ese mismo significado. La consecuencia es que, con toda seguridad, la realidad en esta materia es aún más favorable a los italianos en comparación con nosotros los hispanohablantes; en todo caso, el que lo sea en mayor o menor grado no cambiará la principal conclusión que se obtiene de este muestreo.

Pero no es así, como puede verse en la *tabla I*. Esta conclusión se ve reforzada por la verificación de que en otro idioma español, el catalán¹⁹, en el que el participio pasado femenino equivalente es ‘*donada*’, por tanto notoriamente más alejado del latín ‘*data*’ que el italiano ‘*data*’ y que el castellano ‘*dada*’, la frecuencia relativa de la expresión incorrecta es 43,4%, cercana a la que se produce en castellano (48,5%). A primera vista, este dato parece indicar claramente que el factor de mayor peso en este caso es el cultural y educativo correspondiente al país de origen de los autores de los textos (España), que el lingüístico correspondiente al idioma empleado en uno u otro supuesto (castellano frente a catalán).

En todo caso, convendría no exagerar la importancia de esta correlación antes de hacer algunas averiguaciones de índole geográfico, puesto que obviamente una parte relevante de los textos en español en los que aparecen conjuntamente las expresiones “derecho penal” y, o bien “*lege data*” o bien “*lege lata*”, estarán escritos por juristas no españoles sino de otros países con los que compartimos idioma; no es fácil acceder a esta discriminación a través del buscador *google*, puesto que éste emplea algoritmos complejos que sin duda tienen en cuenta también el factor geográfico, de modo que los resultados para una misma búsqueda realizada con el mismo ordenador a través del mismo software en la ciudad de Granada y en la ciudad de Lima, por ejemplo, serán diferentes. Teniendo en cuenta esto, así como la volatilidad particularmente alta de los resultados para el idioma catalán y que las cifras relativas son muy cercanas a las obtenidas para el castellano, cualquier conjetura sobre si la frecuencia relativa en el referido error de asignar al verbo *do* el participio pasado de esta locución latina es mayor o menor por países que compartimos el idioma español estaría poco fundamentada a partir de estos datos. Haría falta un experimento expresamente diseñado al respecto, lo que no parece necesario en el contexto del presente trabajo.

A propósito de la fiabilidad limitada del buscador *google* para comparar la frecuencia relativa del error “*lege data*” en diferentes idiomas, es interesante insistir en que en las búsquedas que se hicieron para completar este cuadro se observó una apreciable volatilidad de los resultados en días diferentes y a diferentes horas del mismo día tras la introducción de los mismos términos exactos de búsqueda. Es más, los resultados no son coincidentes si, para un mismo idioma, la secuencia de búsqueda es “derecho penal” “*lege lata*” o “*lege lata*” “derecho penal”, por ejemplo. Esto habría bastado para aconsejar el diseño de un método comparativo diferente y más fiable, si no fuera porque la distancia entre los resultados para los textos jurídicos escritos en español en comparación con los de otros idiomas relevantes que nos son culturalmente cercanos es tan grande que esta clase de fluctuaciones no alteran la conclusión básica de que los juristas que escriben en castellano incurren en este error de manera abrumadoramente más frecuente que quienes lo hacen en (por este orden) inglés, italiano, francés o alemán.

Probablemente también a esa cercanía cultural puede atribuirse la comparativamente alta frecuencia relativa del error también en idioma portugués, 14,4%, una cifra muy superior al 0,9-2,2% de los penalistas (mayormente) que escriben en inglés, italiano, francés o alemán, pero también notablemente inferior al 48,5% de los textos penales en castellano. A propósito del portugués, hay dos incidencias que conviene al menos apuntar: una, que de nuevo nos encontramos con un universo de usuarios del idioma que excede ampliamente el ámbito del país de origen del mismo, en este caso brasileños señaladamente²⁰; dos, que los resultados en portugués interfieren con los resultados obtenidos si se selecciona el gallego como idioma de *google*, hasta el punto de que el buscador no tiene habilitada la opción de buscar sólo en textos escritos en *galego* y los resultados que arroja en este idioma proceden mayoritariamente de Brasil y Portugal.

Asimismo, debe tenerse en cuenta un dato que atempera en alguna medida los desproporcionadamente malos resultados correspondientes al idioma español en comparación con los de los idiomas inglés, italiano, francés y alemán. Y es que, cuando el error es frecuente, proliferan textos en los que se menciona la locución incorrecta a fin de señalar la mala práctica y proponer el uso correcto. Un modo de detectar esto en el mismo

¹⁹ No se ha podido realizar una búsqueda equivalente el idioma *galego*, por limitaciones inherentes al propio buscador *google*, como se explica más adelante en el texto.

²⁰ Lo mismo sucede, naturalmente, con el inglés.

buscador es introducir como términos de búsqueda «“lege data” “lege lata” “derecho penal”», lo cual arrojará casi en su totalidad un número de páginas en las que se explica que la primera forma es errónea y debe utilizarse la segunda. Como era de esperar, la cifra de estos resultados para el idioma español es alto, de entre 600 y 960 en las fechas indicadas, lo cual permite sospechar que la frecuencia relativa real es un poco menor, entre un diez y un quince por ciento inferior a lo mostrado en la *Tabla I*.

Sea como sea, la frecuencia relativa del error entre los penalistas españoles que escribimos en idioma castellano en el más favorable de los casos multiplica varias docenas de veces la cifra correspondiente a los idiomas de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Es una diferencia abrumadora, que a mi juicio basta para amortiguar sobradamente todos los reparos que, legítimamente, se puedan hacer a la metodología empleada para la presente comparación, tanto los derivados de las fluctuaciones identificadas y mencionadas, como los que puedan estar conectados con otros factores de variación que no hayan sido advertidos.

Siguiendo en esta línea, puede que la eficacia delimitadora de las respectivas expresiones “derecho penal”, *diritto penale*, *droit pénal*, etc. en los diferentes idiomas sea diferente por la existencia de sinónimos de uso frecuente. Así por ejemplo, entre los penalistas en francés, en cuyo ámbito (particularmente en Quebec, bien que los canadienses no suelen considerar sinónimas las expresiones *droit pénal* y *droit criminel*) es comparativamente más habitual emplear la expresión *droit criminel* que entre italianos e hispanohablantes la equivalente de derecho criminal o *diritto criminale*. Pero debo insistir en que la enorme distancia entre los resultados de uno y otros ámbitos lingüísticos permite descartar que estos detalles sean verdaderamente determinantes en cuanto al dato central de que los penalistas (y otros juristas) hispanohablantes incurrimos en el error señalado con una frecuencia desmesurada. Se trata de un uso incorrecto del lenguaje que, a todas luces, convendría reducir. Ya sea porque equivocarse es humano y rectificar es de sabios²¹, ya sea por puro y simple sentimiento de vergüenza colectiva.

3.3. Por último, debe señalarse que la formulación correcta de estas expresiones es siempre “*de lege lata*” y “*de lege ferenda*”, introducidas por la preposición “*de*” en latín, que determina en estos casos la declinación en ablativo del nombre y el adjetivo que la acompañan. En el idioma español existe la misma preposición con un significado en buena medida coincidente, de donde la pertenencia de la preposición a la locución latina lleva aparejadas, entre otras, dos consecuencias o connotaciones: a) “*De*” tiene que ir en cursiva o, en su caso, entre comillas junto a “*lege ferenda*”. b) Si se prefiere prescindir del *de* latino (lo cual no tiene mucho sentido, porque es difícil encontrar ejemplos en los que no sea imprescindible utilizar el “*de*” castellano²²), entonces se ha de prescindir asimismo del caso ablativo y escribir en su lugar “*lex ferenda*”, en nominativo; por ejemplo, en una tabla de texto una columna puede venir rotulada como *lex lata*, y otra como *lex ferenda*, lo que podría ser más acertado que emplear en semejante contexto *de lege lata* y *de lege ferenda*; lo mismo, en una frase como “reflexiones acerca del concepto de *lex ferenda*”. Lo que sería incorrecto en cualquier caso es “*lege lata*” y “*lege ferenda*” a secas (por ejemplo, “observaciones acerca de la *lege ferenda*”), sin la introducción por la preposición *de* en latín. Se trata de un error no infrecuente que también debería evitarse.

²¹ A propósito de aforismos en latín, la autoría del que figura en el pórtico de este artículo («*errare humanum est, perseverare diabolicum*») suele asignarse a nuestro paisano Lucio Anneo SÉNECA, pero no parece que sea una atribución convincente, por dos motivos principales. El primero, que la idea fue expresada en términos aún más tajantes un siglo antes por Marco Tulio CICERÓN en la *Filípica XII*, 5, con inclusión además de una referencia al clásico «de sabios es rectificar»: «*Quid autem non integrum est sapienti, quod restitui potest? Cuiusvis hominis est errare, nullius nisi insipientis in errore perseverare*». «¿Acaso algo que se puede corregir no está a la consideración del hombre sabio? Cualquiera se equivoca, sólo el tonto persevera en el error», traducción propia (puede verse la versión de Calvo, J.B. en CICERÓN, M.T. *Filípicas*. Ed. bilingüe de Quetglas, P.J. Barcelona: Planeta, 1994, pág. 179). El segundo, que no hay constancia del escrito en el que SÉNECA se habría expresado en esos términos.

²² Resultaría más evidente en otros idiomas como el inglés, así por ejemplo “*a perspective de lege ferenda*” frente a “*a perspective of lex ferenda*”.

4. LATINAJOS Y JURISTAS

Hay división de opiniones sobre el empleo de locuciones latinas en el habla y la escritura jurídicas. Entre los contrarios se encuentran desde quienes consideran que se debe evitar su uso hasta los agnósticos que sencillamente las ignoran u omiten el consejo de usarlas, habitualmente sobre la asunción de que se trata de antiguallas de tiempos pasados. Entre los partidarios, desde quienes no estarán dispuestos a reconocer enjundia a ningún texto jurídico que no venga salpicado de *grossomodos*, *ultrapetitums*, *iuranovitcurias* o *acontrariosensus*, hasta quienes consideran que el legado de locuciones en latín forma parte de un cuerpo jurídico y lingüístico de la tradición europea, en no pocas ocasiones doblemente milenario²³, que es conveniente cultivar y traspasar a generaciones venideras. Mi opinión es esta última, y no por razones que miren hacia dentro y hacia el pasado, sino todo lo contrario, por razones que miran hacia fuera y hacia el futuro.

Desde luego que la mejor manera de mantener ese legado no será retornar ni alabar el regusto casposo de un lenguaje jurídico decimonónico trufado de latinajos que definitivamente está pasado de moda y pertenece a otra época. Pero cualquiera que haya tenido el privilegio de intercambiar ideas con colegas de otros países, otros ordenamientos penales y otros idiomas, se habrá dado cuenta de que muchas de esas breves expresiones y aforismos directamente importados del latín constituyen un mágico punto de encuentro, incluso con entornos ajenos como los del *common law*. Las ya comentadas *lex ferenda* y *lex lata*, por supuesto, pero muchas otras locuciones y aforismos como *societas delinquere non potest*, *nullum crimen sine praevia legem*, *ne bis in idem*, *versari in re illicita*, etcétera, e incluso otras no habituales entre nosotros y que conviene que conozcamos, por ejemplo *actus reus* y *mens rea*, forman un núcleo de confluencia valiosísimo, que probablemente no apreciamos tanto como valen porque lo damos por descontado. En el ámbito del derecho vienen a cumplir, con todos los matices necesarios (o sea, *mutatis mutandis*), una función similar a la que en el ámbito de la biología tienen los nombres científicos en latín. Se trata asimismo de uno de esos tesoros como el Partenón de Atenas, la Piedad de Miguel Ángel o la Alhambra de Granada, que hemos recibido sin mérito alguno de nuestra parte y con respecto a los cuales nuestra principal obligación es cuidarlos para que lleguen en buenas condiciones a las siguientes generaciones.

Para conseguirlo es preciso mantener un difícil equilibrio y usarlas con mesura. Abandonar estas locuciones sería condenarlas a la desaparición, pero sobarlas en exceso es casi peor. De ahí que, a poco que se empleen sin tino, esté bien denominarlas latinajos, palabra con una connotación peyorativa que es fácil asociar a otras genuinamente jurídicas tal que picapleitos, macarrónico, leguleyo, juntaletas... Aun así, el más exacto significado de latinajo se corresponde con expresiones incorrectas como las que se han considerado en el epígrafe precedente (“de lege data” o “lege ferenda” sin la preposición) o como algunas otras que suelen emplearse en ocasiones con torpeza.

A propósito de estas últimas, no procede entrar a comentar con detalle esos otros verdaderos latinajos que constituyen un mal uso del latín, puesto que no se trata errores que se cometan preferentemente por juristas y nos saldríamos en exceso del ámbito que tenemos delimitado, pero creo que merece la pena apuntar algunos de ellos, junto con la locución que en cada caso resulta correcta:

“*A grosso modo*” está mal escrito; la expresión correcta es “*grosso modo*”.

“*De motu proprio*” es una corrupción de “*motu proprio*”.

“*De corpore insepulto*” es incorrecto, lo correcto es “*corpore insepulto*”.

“*Strictu sensu*” y “*stricto senso*” son ambas erróneas; lo correcto es “*stricto sensu*”.

²³ No siempre, puesto que también hay una parte significativa de las locuciones latinas más conocidas que se han forjado muy posteriormente a la caída del Imperio Romano, durante siglos y siglos en los que la *lingua franca* del conocimiento fue el latín. Un ejemplo notable es el aforismo *societas delinquere non potest*: véase BARQUÍN SANZ, J. (2018). “Notas acerca del subsistema punitivo de las personas jurídicas”. En Gómez-Jara, C. (coord.) *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*. Cizur Menor: Aranzadi, § 12.

“Vini, vidi, vinci” y “veni, vidi, vinci” son incorrectas; la expresión correcta es “*veni, vidi, vici*”.

“*Mutatis mutandis*” es correcto, con ambas palabras terminadas en “s”.

Una última observación en este breve epígrafe es que las locuciones en latín, como todas las palabras pertenecientes a otro idioma, deben escribirse en cursiva siempre que el medio lo permita, como es el caso de las publicaciones impresas o de los escritos con procesadores de texto. Además, deben figurar en la ortografía pura del idioma original, lo que en este caso excluye las tildes, inexistentes en latín. Pero hay una complicación añadida, consistente en que lo anterior rige tan sólo para los denominados latinismos crudos o no adaptados²⁴. En cambio el régimen es diferente para aquellas palabras que, sin haber sido castellanizadas en su expresión ortográfica, se han incorporado al español común para representar realidades actuales, a menudo no desde el propio latín sino desde lenguas modernas de nuestro entorno²⁵; son los llamados latinismos adaptados. Estas voces no se escriben en cursiva y sí han de acentuarse gráficamente cuando corresponda. Dentro de este amplio elenco se encuentran algunas palabras de uso relativamente frecuente por juristas y académicos, como campus, currículum, ídem, lapsus, referéndum...

Cuestión adicional, sin duda apasionante para la persona amante de la exactitud pero que la prudencia aconseja dejar fuera de estas páginas, es la pronunciación de los latinismos y las locuciones latinas²⁶. También es de especial interés, pero quedará igualmente para otra ocasión, escudriñar el uso de las locuciones latinas por los tribunales²⁷.

5. REGRESIÓN LINGÜÍSTICA DEL LEGISLADOR Y ALGÚN DUDOSO HÁBITO DE LETRADOS

5.1. Resulta a menudo desesperante contemplar el modo en que los autores de nuestro Código Penal desprecian su elevada tarea con un uso ramplón del idioma, que por cierto llega a veces al paroxismo cuando de proyectos legislativos se trata²⁸. El análisis del conjunto de disposiciones del Código Penal excedería con mucho lo razonable en el contexto de este artículo, por lo que me limitaré a comentar un par de disposiciones representativas de una cierta manera indolente y desmañada de redactar las disposiciones legales.

5.2. El primer ejemplo lo encontramos en el artículo 70.1 CP y revela tanto un desprecio por el idioma como una ignorancia de los más simples conceptos matemáticos. Todo este

²⁴ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., págs. 607 y ss., en particular págs. 610 y ss. para las locuciones.

²⁵ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., págs. 608 y 613.

²⁶ El lector interesado en la materia puede consultar, entre otras referencias: NAVIA, A.M. (1939). *La pronunciación clásica del latín*. Bogotá: Gráficas Salesianas; ALVAR, M. y MARINER, S. (1959). “Latinismos”. En *Elementos constitutivos del español*. Vol. II. Madrid: C.S.I.C., págs. 3-49; JIMÉNEZ DELGADO, J. (1959). “En torno a la pronunciación latina”. *Helmántica*. 10, págs. 296-305; JIMÉNEZ DELGADO, J. (1963). “La pronunciación latina a la luz de las ordenaciones de la *Veterum sapientia*”. *Revista Española de Derecho Canónico*. Vol. 18, n° 52, págs. 253-283; CLAVERÍA NADAL, G. (1989). *El latinismo en español*. Barcelona: UAB; LLOYD, P. M. (1993). *Del latín al español. I. Fonología y morfología históricas de la lengua española*. Madrid: Gredos; TORREBLANCA, M. (2010). “Orígenes del sistema grafo-fonológico del castellano medieval”. *Aemilianense*. 2010-II, págs. 291-333.

²⁷ Véase al respecto: ALAÑÓN OLMEDO, F., HENRÍQUEZ SALIDO, M.C., y OTERO SEIVANE, J. (2011). *El latín en la jurisprudencia actual*. Navarra: Civitas Thomson Reuters; ARIAS CAYETANO, J. (2008). “El latín y el Derecho Romano en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo durante 2006”. *Noticias jurídicas*. Marzo de 2008. Disponible en internet, último acceso 23 de diciembre de 2018: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4360-el-latín-y-el-derecho-romano-en-la-jurisprudencia-civil-del-tribunal-supremo-durante-2006/>; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2011): “Recensión de *El latín en la jurisprudencia actual*”. *Revista de Lengua i Dret*. Núm. 56, págs. 277-281 (escrito en el que por cierto se incurre repetidamente en el error ortográfico «nuestro Derecho», «Derecho comparado», etc.)

²⁸ El anteproyecto del Gobierno de España que terminó dando lugar a la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* es probablemente una cima insuperable de pésima técnica jurídica y estulta redacción. El informe emitido sobre este anteproyecto por el Consejo Fiscal el 8 de enero de 2013 es, a su vez, un excelente ejemplo de demolición bien argumentada de un texto cuya lectura causa vergüenza ajena.

número está pésimamente redactado, mas para ir al grano fijémonos en concreto en la regla 2ª, según la cual:

«La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer».

Al final del párrafo encontramos una técnicamente innecesaria referencia al día multa, que debería por tanto haberse ahorrado el legislador. Una vez adoptada la decisión de, por defecto, calcular la pena pecuniaria en términos temporales, todas las reglas que tienen que ver con la subdivisión del tiempo a efectos de cálculo de las penas se entienden relevantes también para la pena de días multa o multa por cuotas, sin necesidad de recordarlo a cada instante.

Pero no es esto lo que más interesa criticar, sino la retorcida y torpe redacción de la primera frase del párrafo, en la que se dan instrucciones para calcular el límite mínimo de la pena inferior en grado a otra dada (llamemos Y a este límite mínimo de la pena inferior en grado). Para empezar, aparece el lamentable (mal) uso del gerundio como consecutivo que algunos comentaristas deportivos han tristemente popularizado («y dispara a puerta... ¡marcando gol!»): «constituyendo el resultado...» Dan escalofríos al leerlo. Por otra parte, y esto es ahora lo más relevante, obsérvese que el algoritmo se viene a describir de este modo:

- tómese el límite mínimo de la pena de partida, llamémosle X ;
- calcúlese su mitad, $X/2$;
- del límite mínimo de la pena de partida réstese su mitad, $X - X/2$;
- el resultado será el límite mínimo de la pena, esto es, $Y = X - X/2$.

Como el avisado lector habrá advertido, de lo anterior sobra casi todo, puesto que $X - X/2 = X/2$. Puesto en palabras, no tiene sentido indicar que a una cifra cualquiera se le reste su mitad, puesto que el resultado de esta operación ya se conoce desde el mismo momento en que se realiza el paso intermedio de hallar la mitad: el resultado de restar a cualquier cifra su propia mitad es ese mismo, precisamente su mitad. De donde se sigue que la frase en cuestión quedaría mucho más acertada, precisa e incluso elegante si, en lugar de «la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo», dijera «el límite mínimo de la pena inferior en grado será la mitad de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate».

De hecho, a mi juicio es aún posible mejorar esta frase, porque el cálculo de la pena inferior en grado no se limita a la llamada pena tipo, en cuyo caso sí tiene sentido referirse a la pena señalada para el delito de que se trate, sino que también se realiza en otros supuestos intermedios en los que la pena de partida no es una asignada específicamente a un delito determinado. De lo que se sigue la siguiente redacción deseable²⁹ de esta disposición normativa:

«El límite mínimo de la pena inferior en grado será la mitad de la cifra mínima de la pena de partida».

5.3. Un segundo ámbito particularmente molesto de mala redacción en el Código Penal español está constituido por aquellos tipos en los que se acumulan descriptores –verbos, sustantivos, adjetivos– en un intento desesperado de que no quede resquicio de impunidad alguno, o (sin que estos dos propósitos, directos o implícitos, sean mutuamente excluyentes) de camuflar debilidades técnicas en la estructura esencial del tipo. Se trata de una manera de legislar que se diría a la última moda si no fuera porque recuerda en buena medida las torpes disposiciones de la primera codificación, cuando la principal preocupación (entonces mucho más legítima que ahora, si bien en el fondo igual de patéticamente ingenua) de que la ley lo previera todo a fin de acabar con cualquier margen de decisionismo judicial. Sobre esto hay un surtido de ejemplos a los que se podría recurrir, entre los cuales interesa

²⁹ Se trata, por tanto, de una sugerencia *de lege ferenda*.

particularmente el artículo 361 CP conforme a su vigente redacción incorporada en 2015, debido a su chocante cercanía estructural y su compartida enfadosa prolijidad con el artículo 375 del Código Penal de 1822:

Código Penal español, 1822 (*De los que venden géneros medicinales sin ser boticarios*) (ortografía original): Art. 375. «Tampoco podrá persona alguna vender, distribuir ni suministrar minerales venenosos, como arsénico, rejalgar, oropimente, sublimado y demas, sino á médicos, cirujanos, boticarios, veterinarios, artistas, fabricantes, naturalistas, ó establecimientos de instruccion que necesiten de ellos para su industria ó instituto, y tengan licencia de comprarlos dada por el alcalde del pueblo. Pero aun en este caso nunca se entregarán á nadie sino bajo recibo del comprador, con espresion del nombre, apellido, lugar, casa y número de la residencia de este. Si el comprador no supiere escribir, el vendedor apuntará todas estas circunstancias en el registro ó libro que siempre debe llevar, donde por dias siente con toda especificacion la entrada y salida de dichos minerales venenosos, á fin de que en tiempo y ocasion pueda saberse cómo, cuándo, en qué porciones ó cantidades, y á qué personas se vendieron. Ademas el dueño del almacen, tienda ó establecimiento los tendrá colocados en parage seguro y cerrado, cuya llave mantendrá él mismo constantemente en su poder. El que dejare de observar cualquiera de estas formalidades pagará una multa de cinco á cincuenta duros.»

Código Penal español vigente, redacción incorporada en 2015 (*De los delitos contra la salud pública*): Artículo 361. «El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a tres años.»

Este tipo es en todo caso un excelente ejemplo de las vías por las que transita el moderno derecho penal: se trata de un delito de riesgo en el que se castiga por la vía jurídico-penal la comisión de infracciones básicamente administrativas (o incluso hechos que no necesariamente llegan a ello, como un mero incumplimiento de «exigencias técnicas») que originan un peligro para la vida o la salud, peligro que en principio debería estar particularmente cualificado puesto que ya de por sí todas las disposiciones cuya infracción supone el presupuesto de este tipo tienen como *ratio iuris* la protección de la salud de las personas. Es en el fondo un tipo penal en blanco fundamentado en la infracción de reglamentos³⁰. Sea como sea, no es la estructura interna de la redacción típica —muy diferente de la del ejemplo tomado del Código Penal de 1822— lo que interesa en este caso, sino la semejante acumulación de elementos descriptivos vinculados por preposiciones alternativas en sendos tipos penales separados por casi dos siglos de distancia (1822 y 2015³¹, respectivamente), durante buena parte de los cuales el ideal de la configuración descriptiva de los tipos ha sido otro menos prolijo y farragoso.

Aun siendo consciente de que la complejidad de las relaciones sociales, la amplitud de las expectativas de protección de los ciudadanos y lo intrincado de la normativa administrativa que regula esta materia hacen difícil encontrar un punto de equilibrio, a mi juicio la redacción de este tipo en concreto, al igual que la descripción de cualquier otro delito, debería ser más precisa y, deseablemente, también más concisa. El camino cómodo es siempre el de la acumulación aturullada de descriptores y a veces el del abuso de los conceptos pendientes de determinar³², mientras que la precisión y la concisión exigen

³⁰ Otro rasgo propio de la época es la acumulación de penas.

³¹ La vigente redacción del artículo 361 CP procede de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³² En este caso, particularmente la generación de un riesgo para la vida o la salud de las personas, lo cual resulta de una particular imprecisión en un contexto, el de los medicamentos y productos sanitarios, cuya regulación extrapenal se fundamenta esencialmente en la protección de la vida y la salud, de manera que por vía

esfuerzo. Parafraseando a la inversa el antes mencionado aforismo de los antiguos griegos, *el desorden es fácil*.

5.4. Es práctica habitual entre los abogados abundar en subrayados y negritas en sus escritos, se entiende que con la finalidad de facilitar la lectura a sus destinatarios, por lo común jueces y magistrados, quienes aparentemente podrían en algunos casos estar tentados de no leer exhaustivamente el contenido de escritos de calificación o apelación que se extienden a veces por docenas de folios. Al señalar lo más importante, los letrados confían en que sus argumentos no pasarán desapercibidos. No obstante, en esta materia debería regir un principio de precaución similar al que Pedro desoyó con la catastrófica consecuencia de la pérdida de su rebaño masacrado por el lobo. El exceso de negritas y subrayados que a veces se encuentra en esta clase de escritos de prácticos del derecho a menudo aturde más que clarifica, aparte de que, allí donde casi todo está resaltado, terminan llamando más la atención los escasos párrafos y frases aisladas escritas en tipo normal.

Mas no es éste el aspecto que más debe preocupar, sino el ocasional, aunque creciente, contagio que de estos usos se está produciendo en los escritos académicos. De nuevo he de apelar a mi experiencia al frente de una publicación como origen de esta inquietud. Gracias a la labor de filtro ejercida por revisores y editores, no es habitual que en los textos publicados en revistas de prestigio se cuelen textos con semejante presentación a pesar de que cada vez suelen llegar más trabajos que necesitan corregir este problema. La causa de esta tendencia puede que resida, de un lado, en la incorporación al ámbito académico de operadores jurídicos que previamente han adquirido este hábito en su experiencia como letrados. Y, de otro lado, en el cada vez más frecuente ejercicio de la profesión de abogado de juristas académicos que mantienen su dedicación principal a la Universidad, de modo que es casi inevitable que importen a la academia algunos de los nuevos hábitos adquiridos.

Quede claro, en todo caso, que los subrayados y las negritas no son aceptables en libros ni artículos académicos, con la estricta excepción (y sólo para las negritas) de ciertos títulos de epígrafes y subepígrafes, y ocasionalmente en enumeraciones o tablas descriptivas para destacar muy puntualmente algún detalle. El recurso tipográfico que debe emplearse para discriminar contenidos en el texto deben ser las cursivas. Este recurso ha de emplearse por lo demás con moderación, puesto que tampoco es aceptable una página donde salten a la vista varios renglones seguidos escritos en cursiva.

6. FINAL ABIERTO

No sé si en algún punto de las páginas precedentes lo ha podido parecer, pero en ningún caso estas reflexiones han sido escritas desde una perspectiva inflexible, ni mucho menos inmovilista en materia de uso del lenguaje. En ocasiones se confunde la firmeza en la oposición a una idea o a una práctica que se considera equivocada con el mantenimiento de una posición en las antípodas. Precisamente en materia de lenguaje, ser partidario de su buen uso ha de ir de la mano de aceptar su naturaleza intrínsecamente cambiante. En principio, este margen de escepticismo sólo existe para los idiomas vivos, como es el

interpretativa ha de precisarse el alcance que debe tener este riesgo como elemento del tipo penal. En principio, parece razonable estimar que ha de tratarse de un peligro concreto que, de no acreditarse, dejaría la conducta en el ámbito de la infracción administrativa, pero no hay una jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada al respecto (la resolución más relevante es probablemente la SAP Madrid 302/2016, de 10 de junio, ROJ: SAP M 5300/2016, que en un bien conocido caso de dopaje deportivo se centra en la delimitación del concepto de medicamento y la determinación de si la sangre y los hemoderivados deben considerarse tales; versa, por otra parte, sobre la interpretación del delito farmacológico del artículo 361 CP en su redacción previa a la reforma de la LO 1/2015. Véase asimismo, en *obiter dictum*, la SAP Barcelona, Sección 7, de 13 de octubre de 2016, fundamento de derecho tercero (ROJ: SAP B 8032/2016).

En materia de imprecisión legal que vulnera el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución española, es de particular interés la reciente STC de 13 de diciembre de 2018 que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 367.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, conviene ser prudente en cuanto a la extensión de los criterios garantistas aplicados en este sentencia a otros ámbitos jurídicos, en particular penales, donde la interpretación de los conceptos indeterminados queda directamente en manos de jueces y tribunales en lugar de en órganos administrativos.

español, no así para las lenguas muertas como el latín, por lo que deberíamos estar a salvo de que una excentricidad de los académicos diera carta de naturaleza a la incorrección “*de lege data*”. Pero nunca vamos a estar del todo seguros, porque, aunque muy improbable, siempre está abierta la posibilidad de que un día consideren esa expresión un latinismo adaptado y la acepten tal cual con el argumento de su uso extendido, de forma similar a como han aceptado los vulgarismos *moniato* o *almóndiga*.

Menos improbable es que, algún día, el consenso dictamine que *Derecho*, como *Estado* en determinadas acepciones, debe escribirse con inicial mayúscula. Si esto llega a suceder, todos los colegas que lo escriben ya de esta manera habrán formado parte de la vanguardia que habrá dado lugar a esta evolución. Mas hoy por hoy la norma en español es otra y a mi juicio deberíamos rehuir la tentación de convertir las disciplinas jurídicas, sean todas en su conjunto, sea alguna en particular, en reductos lingüísticos con su propia jerga y excepciones ortográficas. A ello me opongo firmemente, si se me permite.

Por lo demás, no estoy seguro de que hayamos de ser dóciles sin más con los dictados de las academias panhispánicas de nuestro idioma. De hecho, en ocasiones el aparente consenso alcanzado no es que sea difícil de aceptar, sino que está pidiendo a gritos un motín. Es el caso, por ejemplo, del estrambótico criterio establecido para la separación de millares en la escritura de cifras que representan cantidades elevadas. Según la *Ortografía* de 2010, en estos casos se debe utilizar, no un punto como está generalizado en la práctica de millones de hispanohablantes, sino un “espacio fino” o espacio de menor extensión que el que habitualmente separa las palabras³³. De este modo, la cifra 65.720 debería según esta regla escribirse: 65 750. Desde aquí digo que, como tantas otras personas, no tengo la más mínima intención de seguir esta norma, que encuentro ridícula por más que esté basada en acuerdos de ciertos organismos internacionales, al parecer influidos por ciertos usos del idioma francés.

El anterior no es mi único ámbito de discrepancia. Quizás porque cuesta más desaprender que aprender, como el atento lector habrá apreciado más de una vez en las páginas precedentes me resulta más cómodo seguir empleando casi sistemáticamente la tilde diacrítica a pesar de los consensos expresados en la *Ortografía* de 2010. Muy en particular, tiendo a poner la tilde en la *ó* cuando acompaña alguna cifra; por un lado porque no se me quita de la cabeza el cuento de aquel tendero que, por no emplearla, puso en peligro su hacienda al encargar miles de kilos de azafrán; pero sobre todo porque no todo es escribir con procesador de texto y esta tilde me parece de suma utilidad cuando se escribe en la pizarra del aula. También a veces me parece oportuno hacer un uso de la coma en ocasiones cercano a la coma de Oxford, ya de por sí ampliamente discutida entre los angloparlantes. Quiero decir con esto que uno tiene sus propias rebeldías y, en un territorio tan vasto y complejo como el del uso del lenguaje, nadie puede pretender quedar exento de lo que razonablemente otros pueden considerar errores. En justa correspondencia, tampoco sería razonable aspirar a que, quienes han adquirido el hábito de escribir Código penal, por ejemplo, lo abandonen sólo porque a quien esto firma no le parezca bien. Y desde luego que el idioma es un ente vivo que avanza gracias a los cambios en los usos de los hablantes y escritores, cambios que a menudo comienzan por ser un mal uso.

Pero no renuncio a la fuerza de la persuasión. Si con estas modestas observaciones se ha conseguido convencer a algún (¡o alguna!) colega de que recurrir al uso germánico en la ortografía de nombres y adjetivos es un barbarismo que debería evitarse, o de que «*de lege data*» es una expresión incorrecta de plano, sin que esto sea susceptible de debate, entonces habrá tenido sentido el tiempo, por lo demás entretenidísimo, que me ha ocupado la escritura de las páginas precedentes.

³³ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Ortografía...* Cit., pág. 663.

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE)

Fátima Pérez Ferrer

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Almería

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2018

RESUMEN: En este artículo se realiza un análisis de las principales novedades introducidas en el artículo 31 bis del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, prestando especial atención a los denominados Programas de Cumplimiento Normativo o *Compliance Programs* como causas de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, estos modelos de organización y gestión en los delitos en los que esté legalmente prevista tal responsabilidad.

ABSTRACT: In this article, an analysis is made of the main novelties introduced in Article 31 bis of the Criminal Code by LO 1/2015, of March 30, paying special attention to the so-called Regulatory Compliance Programs as causes for exemption from the criminal responsibility of legal persons, having adopted and executed effectively before the commission of the crime, these models of organization and management in the crimes in which such responsibility is legally provided.

For that reason and

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Causas de exención de responsabilidad penal, Programas de *Compliance*, Mapas de riesgos penales, el Responsable de Cumplimiento, Canal de Denuncias, y Cultura ética empresarial.

KEYWORDS: Criminal responsibility of juridical person, exemption from criminal liability, Compliance Programs, Maps of criminal risk, Compliancer Officer, whistleblower, and Business ethics Culture.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Introducción; 2. La Reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo; 3. Especial referencia a la exención de la responsabilidad penal por implantación de un Programa de Cumplimiento Normativo; II. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O COMPLIANCE PROGRAMS; 1. Consideraciones Generales; 2. Contenido y requisitos de los Programas de Compliance; 3. El Compliance Officer; 4. El Canal de Denuncias; 5. Criterios de valoración de la eficacia de los Programas; III. VALORACIONES FINALES.

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Introducción

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por primera vez en nuestro Ordenamiento por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, en el artículo 31 bis, y que es, desde entonces, una realidad manifiesta en nuestro país. Esto ha significado la derogación definitiva del principio que establecía que las personas jurídicas no podían delinquir, -formulado en el axioma *societas delinquere non potest*-, y un antes y un después de la cultura corporativa en el marco normativo en España¹.

En efecto, y debido a la cada vez mayor frecuencia de la delincuencia y los abusos perpetrados a través de la *pantalla o fachada* de la persona jurídica, la Política Criminal contemporánea demandaba de forma urgente la irrupción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Entre las razones dadas para justificar su introducción en el Preámbulo de esta ley se afirma que *“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente, corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos”*.

Así, se introduce el artículo 31 bis del Código Penal que establece que las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, o por las personas sometidas a la autoridad de estos, en nombre o por cuenta ajena de la persona jurídica y en provecho de ésta, incluyéndose un catálogo concreto de delitos, causas de exoneración y atenuación y penas aplicables para las empresas, y un catálogo cerrado de 31 delitos dispersos a lo largo de todo el articulado. Se trata de un sistema de incriminación cerrada (*numerus clausus*), de un catálogo cerrado, entre los que se incluyen la estafa, el descubrimiento y revelación de secretos, las insolvencias punibles, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos ecológicos, contra la ordenación del territorio y el urbanismo, contra los recursos naturales y el medio ambiente, corrupción, y delitos relativos al mercado de valores.

Lamentablemente, desde su incorporación, La mayoría de la doctrina ya venía señalado que el fracaso de la reforma de 2010 se debía, entre otros elementos, a la confusión y falta de claridad en la regulación de muchos de sus aspectos esenciales. ¿Qué se debe entender por “debido control”? En la *praxis* internacional, el control se relacionaba con la existencia de Programas de Cumplimiento Efectivo (*Compliance Programs*). Sin embargo, en esta originaria regulación de 2010 no había más referencia a los Programas de Cumplimiento de la contemplada en la atenuante de la letra d) del artículo 31 bis 4 CP al señalar *“haber establecido, antes del comienzo 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”*. La atenuante abría un interrogante sobre los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De la ausencia de la correspondiente eximente en nuestro texto punitivo podía deducirse que la previa adopción de un plan de prevención no excluía la responsabilidad penal de la persona jurídica, posición mantenida en la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la

¹ Con carácter general, Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 101, 2010, pp. 13 ss; ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013; el mismo en: “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)”, *La Ley*, núm. 2089, 2016, pp. 1 ss, y TORRAS COLL, J.M.: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del Programa Compliance”, *La Ley*, núm. 1785, 2018, p. 1.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, que reflejaba el recelo hacia este tipo de Programas señalando que: *“Su formalización no aporta, ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal; (...) cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas Compliance Guide (...)”*.

De otro lado, resulta llamativo también que una reforma penal sustantiva de tal calado no viniese acompañada de una paralela reforma en la vertiente procesal que pudiera resolver los numerosos problemas interpretativos que se iban a suscitar en la práctica, -máxime cuando nuestro sistema procesal penal está fundamentalmente diseñado para personas físicas-. Pero habrá que esperar hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de las personas jurídicas como eventuales autoras de delitos, y que no se resolvieron en su día².

Un año más tarde, la LO 7/2012, de 27 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, incluyó también en el artículo 31 bis dentro del régimen general de responsabilidad de las Personas Jurídicas, a los partidos políticos y sindicatos, que, hasta ahora, estaban excluidos.

2. La Reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo

Escasamente cinco años después de la reforma de 2010, el 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa. El Apartado III del Preámbulo de la citada Ley señala que la reforma introducida supone una mejora técnica en la regulación de la citada responsabilidad, entre otras cosas, para delimitar adecuadamente el contenido de la expresión “debido control”, y con ello poner fin a las dudas interpretativas que se habían planteado con la anterior regulación³. Se introducen también cambios de gran calado tanto en la Parte Especial como en la Parte General del Código Penal que endurecen el régimen de responsabilidad.

En realidad, como señala el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, en un supuesto de estafa a una sociedad inmobiliaria *“(...) En pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema”*⁴.

² En concreto, se trataba de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa, sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. Sobre ello, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017, en un supuesto de blanqueo de capitales de un entramado familiar y empresarial destinado a introducir en el mercado lícito dinero procedente del narcotráfico.

³ El legislador vincula también la reforma a la asunción de “*ciertas recomendaciones*”, que no concreta, de algunas organizaciones internacionales. Se refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el Informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la Fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio sobre la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales internacionales.

⁴ Cfr. Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, la cual estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, que condenó por un delito de estafa agravada a una sociedad inmobiliaria y a dos representantes, a la primer a la pena de multa y cese de la actividad por seis meses y a los segundos, a dos años de prisión y multa, casa y revoca su fallo para absolver a la empresa del

El núcleo de la reforma se centra, pues, en la nueva redacción dada al artículo 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido⁵. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero, se mantienen los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, -ahora mejor identificados con las letras a) y b) en los que se introducen algunas modificaciones relativas a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control debe *“haberse incumplido gravemente”* (letra b), y la sustitución del término *“en provecho”* por *“en beneficio directo o indirecto”* (letras a y b). Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior 31 bis, que se trasladan ahora a los nuevos artículos 31 ter, quáter y quinquies.

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se detallan en el artículo 31 bis 1 del Código Penal al establecer que serán penalmente responsables en los siguientes supuestos:

- A) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. (Este primer supuesto comprende a los Directivos, o personas con mayores responsabilidades en la entidad).
- B) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. (Es el caso de personas indebidamente controladas por aquellas, o empleados).

Tal y como hemos visto *supra*, entre las modificaciones más importantes, se responde por la actuación de: a) Representantes legales –según la Circular de la Fiscalía de 2016, administradores, Apoderados singulares con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o Generales, como Gerentes o Directores Generales-; b) se sustituye la referencia a los administradores de hecho o de derecho –términos consolidados en la jurisprudencia-, por el concepto más ambiguo de *“aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma”* –incluidos mandos intermedios), y c) Los dependientes de los anteriores.

En caso de delitos cometidos por estos últimos (los sometidos a la autoridad de los Directivos) se limita la responsabilidad penal de la persona jurídica a los incumplimientos graves del deber de control. La Fiscalía entiende que están sometidos a la autoridad aquellos que operan bajo el ámbito del control, dirección, supervisión o vigilancia de la persona jurídica sin que sea necesaria vinculación formal con la empresa (contrato laboral o mercantil) quedando incluidos autónomos, subcontratados, etc. El hecho de producirse un incumplimiento grave puede permitir que junto con la persona jurídica, el omitente del control también sea responsable penalmente, por lo que se originaría así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Se entiende, además, que la clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio “gravemente” permite dejar fuera del ámbito penal aquellos

delito imputado y para minorar a los segundos la pena, fijándola en un año de prisión, al entender no concurrente la agravante del artículo 250.1.6° CP.

⁵ Sobre ello, Vid. Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

incumplimientos de menor entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima, y que sólo deberán ser sancionados en vía administrativa.

Se sustituye la expresión “*en su provecho*”, por la más amplia de actuación “*en beneficio directo o indirecto*” de la entidad, manteniéndose así la naturaleza objetiva de la acción, dirigida a conseguir un beneficio sin exigencia de que éste se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. La Fiscalía interpreta que es válido cualquier tipo de beneficio, también los estratégicos, intangibles o reputacionales. En este sentido, también muy expresiva la Sentencia de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017, al entender que el término “beneficio” hace alusión a “*cualquier tipo de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete*”⁶.

Asimismo, se ha de señalar que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal persona de la persona física que comete el delito, sino que es cumulativa, conforme a la interpretación mayoritaria del Tribunal Supremo, entre otras, las ya citadas Sentencias de 13 de junio de 2016, y de 21 de junio de 2017⁷. De este modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, y según el apartado 3 de este mismo precepto, incluso ante el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia (artículo 31 ter CP). De otro lado, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Es una evidencia que, tras esta reforma, se incrementa el catálogo de delitos por los que la persona jurídica puede ser penada, optando el legislador por un sistema cerrado de enumeración taxativa de los ilícitos en la Parte Especial del Código. Así, nos encontramos con los siguientes: 1. Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis); 2. Trata de seres humanos (artículo 177 bis); 3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (artículos 187-189 bis); 4. Descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 a 197 quinquies); 5. Estafa (artículos 248-251 bis); 6. Frustración de la ejecución (artículos 257-258 ter); 7. Insolvencias punibles (artículos 259-261 bis); 8. Daños informáticos (artículos 264-264 ter); 9. Delitos relativos a la propiedad intelectual (artículos 270 a 272 y 288); 10. Delitos relativos a la propiedad industrial (artículos 273-277 y 288); 11. Delitos relativos a los secretos de empresa (artículos 278-280 y 288); 12. Delitos relativos al mercado y a los consumidores (artículos 281-286 y 288); 13. Delitos de corrupción en los negocios (artículos 286 bis-286 quáter y 288); 14. Blanqueo de capitales (artículos 301 y 302); 15. Delitos de financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 bis); 16. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículos 305-308 bis y 310 bis); 17. Falsedad contable (artículos 310 y 310 bis); 18. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis); 19. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319); 20. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículos 325-328); 21. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículo 343); 22. Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (artículos 348.1 a 3); 23. Delitos contra la salud pública, alimentarios y farmacéuticos (artículos 359-365 y 366); 24. Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas (artículos 368-369 y 369 bis); 25. Falsificación de moneda (artículo 386); 26. Falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (artículo 399 bis); 27. Cohecho (artículos 419-427 y 427 bis); 28. Tráfico de influencias (artículos 428-430); 29. Delitos de discriminación (artículos 510 y 510 bis); 30. Financiación

⁶ Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017, y en una línea análoga, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016.

⁷ Vid. Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de junio de 2016, y de 21 de junio de 2017.

del terrorismo (artículo 576), y 31. Delito de contrabando (Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando)⁸.

En este complejo contexto, la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, realiza en sus páginas una interpretación de las cuestiones que suscitan más dificultades en la nueva normativa. En ellas, recuerda que es esencial su interpretación porque el Anteproyecto no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial, y sigue manifestando una visión escéptica respecto de los Programas de Cumplimiento, aunque adelanta algunos criterios de valoración.

Lógicamente, una de las cuestiones que aquí se suscitan es ¿a qué personas jurídicas se aplica dicho régimen?. La Fiscalía, en esta misma Circular, interpreta que quedan exentas por imperativo legal (artículo 31 quinquies 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 o administrativas. Se incluye así todo el sector público administrativo donde se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de Derecho Público y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Existe una expresa mención en el Código Penal a su aplicación a las sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas o presten servicios de interés económico general, y a las que solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33⁹.

Junto a los Partidos Políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la Disposición Adicional Séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de Control de la actividad financiera de los Partidos Políticos. Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer Programas de Prevención, el artículo 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los Partidos Políticos a *“adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”*.

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho Administrativo; sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personas se rigen por disposiciones administrativas, así como su régimen de contratación y control. Por último, con respecto a los Colegios Profesionales, la Circular de 2016, rectificando el criterio anterior, afirma que *“(...) el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas se aplica solo a las Administraciones Públicas y no a los entes de naturaleza asociativa o privada, como los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables”*.

Por otra parte, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado por el legislador tiene su sistema propio de penas, y unas circunstancias modificativas específicas. Así, en lo que se refiere a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, existe un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas en el artículo 33.7 del Código Penal, con sus propias reglas de determinación en el artículo 66 del mismo texto. Todas ellas tienen la consideración de graves, lo que supone que prescriben a los diez años,

⁸ Llama la atención la ausencia de determinadas tipologías delictivas, tales como el delito de apropiación indebida, o el delito contra los derechos de los trabajadores, o la no inclusión de los delitos societarios. Por otro lado, el régimen del artículo 129 CP se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y que se contempla también para determinados delitos.

⁹ Aunque esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

-de acuerdo con el artículo 133 CP-, y que sus antecedentes penales, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 CP-, se cancelan pasados diez años sin haber delinquido desde la extinción de la pena.

En relación a la pena pecuniaria, según el delito cometido por la persona física de que se trate, la multa adoptará una de las dos formas previstas para la sanción pecuniaria de la persona física: la de cuotas diarias o la proporcional. Y en cuanto a las penas privativas de derechos, el artículo 33.7 establece una serie de supuestos que contemplan desde la disolución de la persona jurídica, -determinando la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico¹⁰, hasta la intervención judicial, pasando por la suspensión de actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, la clausura de locales y establecimientos, -también por un plazo que no podrá exceder de cinco años-, la prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, -que puede ser de carácter temporal o definitiva-, o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público¹¹ y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social por un plazo que no podrá exceder de quince años, y se hace una detallada regulación del contenido de la pena de intervención judicial, cuya finalidad ha de ser la de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la persona jurídica, por el tiempo que se estime necesario, y que no podrá exceder de cinco años¹².

Del mismo modo, se podrán adoptar como medidas cautelares contra las personas jurídicas, según lo establecido en el artículo 544 quáter LECrim, las recogidas en el artículo 33.7 CP y que son: la suspensión de sus actividades, clausura temporal de sus locales y establecimientos, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Por último, incorpora el artículo 31 quáter como atenuantes específicas: a) El haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) Haber colaborado en la investigación del hecho en cualquier momento del proceso, aportando pruebas que sean nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos investigados; c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; y d) Haber establecido, antes del comienzo 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. El motivo de dicha atenuante es conseguir que se aplique la cultura de cumplimiento corporativo.

¹⁰ Se ha de destacar en este punto, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, en un supuesto de tráfico de drogas en el que se revoca la imposición de la pena de disolución de la persona jurídica cuando afirma que "(...) Para su imposición hay que ponderar, necesariamente, la proporción de la actividad lícita en relación con la relevancia de la actuación delictiva, así como tomar en consideración la afectación de los intereses de terceros inocentes, como los trabajadores que, además, no han podido defender adecuadamente sus intereses en el proceso por no ser partes en el mismo. Esta situación de desamparo en la que se encuentran los trabajadores de la entidad, ajenos a la comisión del delito, en el caso concreto, se vería agravada por no haber gozado la persona jurídica de una defensa autónoma e independiente de las personas físicas coacusadas". Y como consecuencia de esta reflexión el Tribunal Supremo excluye la pena de disolución que había sido impuesta en primera instancia a la sociedad condenada, con una plantilla de más de cien trabajadores, por entender que no se han aplicado adecuadamente las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas.

¹¹ A partir del 9 de marzo de 2018, el artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contiene la prohibición de contratar con la Administración Pública para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y para aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección de patrimonio histórico y el medio ambiente, o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

¹² La intervención puede afectar a toda la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Asimismo, el contenido de la intervención y la determinación de quien se hará cargo de la misma, así como los plazos para elaborar los informes de seguimiento para el Juez se podrán determinar en la Sentencia o posteriormente en Auto. La intervención podrá ser modificada o suspendida en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

3. Especial referencia a la exención de la responsabilidad penal por implantación de un Programa de Cumplimiento Normativo

La LO 1/2015 de 30 de marzo ha introducido como causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, -en los delitos en que legalmente esté prevista tal responsabilidad-, haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, Programas o Planes de Cumplimiento de prevención delictiva. Cabe significar que, aunque estos Programas van adquiriendo un protagonismo cada vez mayor en nuestro panorama legislativo, la implantación de los mismos no tiene en la actualidad un carácter obligatorio, aunque la propia dinámica del mercado acabará imponiéndose para las distintas entidades, al ofrecer una mayor garantía de idoneidad de cara a las posibles contrataciones, fundamentalmente en el sector público.

El legislador establece un doble sistema de exención, abordando con un mayor grado de detalle las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o dirigentes que cuando se trata de sus subordinados. Así, el artículo 31 bis 2 señala, para el caso de Directivos, que: *“La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1ª. Adopción por el órgano de administración, antes de la comisión del delito, de modelo de organización y gestión eficaces para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos de la misma naturaleza; 2ª. Atribución de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3ª. Comisión del delito por parte de los autores personas físicas eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y de prevención, y 4ª. Ejercicio adecuado de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”*¹³.

Y para los delitos cometidos por empleados, en el artículo 31 bis 4 -con pocas diferencias de redacción respecto al anterior-, afirma que: *“La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*¹⁴.

Ab initio, se ha de partir de la consideración de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solamente se basa en la existencia de un delito cometido por parte de una de las personas físicas previstas en el artículo 31 bis 1 del Código Penal, sino también en el hecho de que en esa persona jurídica pueda afirmarse la existencia de un *“estado de cosas de descontrol”* o un defecto de organización¹⁵. Y de conformidad con la regulación penal española vigente, este estado de descontrol no existirá si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal.

II. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O COMPLIANCE PROGRAMS

1. Consideraciones generales

Durante los últimos años, los cambios normativos en el Código Penal, con la posibilidad de evitar la responsabilidad penal de las empresas, han incrementado las relaciones entre el Derecho Penal Económico y los Programa de *Compliance*, en la necesidad de buscar a un

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos de prevención de delitos. Fundamento y bases para una dogmática”, *Delito y Empresa*, Barcelona, 2018, pp. 211 ss.

¹⁴ En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3ª del apartado 2, que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos...”, cit., pp. 22 ss.

estado de relativa armonía. Esto ha dado lugar a una mayor concienciación y a la implementación de Planes de Prevención y Control, -que deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 31 bis 5 del Código Penal, como veremos más adelante-, y que deben ser respetuosos con el principio de legalidad y el resto de derechos fundamentales de nuestra Constitución, tal y como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 28 de junio de 2018¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, estos Programas o modelos de organización y control han incorporado al Derecho Penal componentes más propios de la terminología mercantil que, sin embargo, son ya utilizados por la doctrina penal junto al resto de las tradicionales categorías dogmáticas, y aunque no aseguran una exoneración o atenuación automática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, si pueden prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas, generando así la cultura organizativa del cumplimiento de la legalidad, y pudiendo fundamentar, en última instancia, la exoneración de su responsabilidad¹⁷.

Los Programas de *Compliance* pueden ser definidos como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, con el objetivo de establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos. Encuentran su justificación en la evitación de riesgos como el daño reputacional o el deterioro de la imagen, la pérdida de confianza de proveedores y clientes, la dificultad de obtener financiación ajena, y de la conservación del talento o pérdida de valor para el accionista. Las autoridades y organismos regulatorios cada vez tienen un rol más activo, debido a que el marco legislativo en el que la empresa desarrolla sus actividades es cada vez más abundante y complejo.

Ahora bien, tal y como dispone la Circular 1/2016 de la Fiscalía, todo Programa de Cumplimiento Normativo debe adaptarse necesariamente a la normativa concretamente aplicable, a la naturaleza y tamaño de las personas jurídicas. De este modo, y para conocer su verdadero alcance, se hace necesario partir de una evaluación inicial de riesgos, consistente en concretar cuáles son los riesgos más importantes de la empresa a concretar y el perfil de riesgo de los Directivos y empleados.

En esta Circular, la Fiscalía General del Estado insiste en que, en puridad, los modelos de organización y gestión o *Corporate Compliance Programs* deben de tener por objeto no evitar la sanción penal de la Empresa, sino promover una “verdadera cultura ética empresarial”, y en este sentido, la propia Fiscalía ha criticado que sea causa de exención de responsabilidad cuando es el primer nivel quien comete la actuación delictiva.

Con carácter general, la implementación de los Programas de *Compliance* efectivos van a presentar dificultades en empresas de pequeño y mediano tamaño donde los procesos internos de negocio no están procedimentados y, por tanto, el establecimiento de un modelo de prevención de delitos es caro y poco efectivo. Este problema es especialmente importante en países como el nuestro, donde un alto porcentaje del tejido empresarial –aproximadamente el 99’8%-, está constituido por pequeñas y medianas empresas (PYMES), según datos del Ministerio de Economía y Competitividad del año 2018.

2. Contenido y requisitos de los Programas de Compliance

Para que estos modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, el artículo 31 bis 5 del Código Penal requiere los siguientes requisitos:

¹⁶ Sentencia de Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018, o en un sentido similar, la Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017.

¹⁷ SIEBER, U.: “Programas de Compliance en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la delincuencia económica”, *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (Dirs.), Valencia, 2013, pp. 108 ss.

- a) Existencia de un mapa de riesgos, esto es, la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los ilícitos¹⁸. Deben aquí determinarse las áreas sensibles de riesgos referidas a las categorías de delitos que puedan ser cometidas por la persona jurídica y diseñar las medidas concretas que habrán de adoptarse para prevenir, evitar o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de los ilícitos penales.
- b) Establecimiento de Protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de la mismas. Se trata de establecer el modelo de organización y de gestión, el protocolo de toma de decisiones y de su ejecución, y concretar al personal responsable.
- c) Modelos de gestión de recursos financieros adecuados para prevenir la comisión de delitos que deben ser prevenidos (controles de carácter transversal, presupuesto propio, recursos materiales y humanos, etc.). Cabe destacar que, con cargo a los presupuestos, habrá de contemplarse una línea económica que pueda sufragar los gastos derivados de la aplicación y gestión de tales medidas.
- d) Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado del modelo de prevención, es decir, el órgano de supervisión o *Compliance Officer* deberá contar con un mecanismo para recibir información sobre los riesgos e incumplimientos, a través de lo que se ha denominado “Canal de denuncias”¹⁹. Se trata de un medio de comunicación conformado por elementos físicos o informáticos en que trabajadores, Directivos e incluso terceros, pueden realizar consultas, comunicaciones o denuncias sobre irregularidades, malas prácticas, incumplimiento de normas o actos indebidos observados en el seno de la persona jurídica a la que pertenecen o con la que se relacionan, a fin de que el órgano responsable del cumplimiento normativo las investigue y, en su caso, adopte las medidas preventivas, de corrección o sancionatorias adecuadas.
- e) Establecimiento de un Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las normas que establezca el modelo, y que afecte a empleados, Directivos y de los que aquellos dependan (Código de Conducta + Procedimiento de Actuación).
- f) Verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se ponga de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios²⁰. De este modo, podrían citarse, entre otros, la creación de nuevas áreas de negocio, apertura de departamentos o centros, reformas legislativas o criterios jurisprudenciales que requieran una adaptación del modelo, detección de disfunciones del mismo y cualquier cambio relevante que afecte a la organización, control o actividad de la persona jurídica. Esto es, el Programa de Cumplimiento no es estático, sino dinámico, al requerir un constante cambio y adaptación tanto a las circunstancias empresariales como a las legales.

En el caso de que solo pueda acreditarse parcialmente la concurrencia de las circunstancias constitutivas de la exención, la responsabilidad penal de la entidad puede quedar atenuada. Es más, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, es decir, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha probado que hubo cierta preocupación por el control; un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

¹⁸ Vid. <http://www.informeanual2014.viscofan.com/sistema-de-gestion-de-riesgos.html>. Así, en relación al delito de cohecho regulado en el artículo 424 CP y que castiga “(...) al particular que ofreciera o entregara dádiva o retribución de cualquier clase a una autoridad o funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función”, las áreas afectadas serían la auditoría interna, la Dirección Financiera y el Comité de Dirección, y las actividades sensibles, las relaciones en general con la Administración Pública, la contratación con las mismas, la solicitud y gestión de subvenciones y las actividades de patrocinio.

¹⁹ Adecuación al Informe Jurídico 128/2007 AEDP “Creación de sistemas de denuncias internas en las Empresas” (Mecanismos de *Whistleblowing*).

²⁰ Sobre ello, Vid. *Goog Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*, publicado por el OCDE, 2010.

Como es sabido, entre las características que deben cumplir los mismos se han de destacar, en primer lugar, que sean personalizados y adaptados a la empresa y sus concretos riesgos (no copia de otros), previos -adoptados antes de la comisión del delito-²¹, operativos, en el sentido en el que se reduzca de forma significativa el riesgo, sencillos, y desde luego, redactados por escrito. Además, se han de determinar los equipos humanos que deben intervenir en el proceso, concretando la responsabilidad del *Compliance Officer* que es el que ostenta las facultades de organización y control, -como veremos más adelante-, aunque no tiene mayor exposición al riesgo penal que el resto. Si éste omite sus obligaciones de control, la persona jurídica no quedaría exenta de responsabilidad penal.

En este sentido, es fundamental el establecimiento de reuniones para determinar la relación de documentación necesaria para conocer los procesos sensibles; la recogida de la documentación y datos requeridos y la traslación del cuestionario para analizar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades; la elaboración del cuestionario; la configuración de la memoria adaptada a la empresa; el establecimiento de Programas organizativos idóneos para cada tipología de delitos, y la presentación de la Memoria con toda la información a la Dirección de la Empresa. En las empresas de ciertas dimensiones, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.

Actualmente, para la implantación del Programa de *Compliance* se requiere el Acuerdo de aprobación de la memoria por los Administradores en el Consejo de Administración; la formación de los Cuadros Directivos y de determinados trabajadores, que deberán firmar el documento conforme al cual la Sociedad se compromete con el Programa, debiéndose informar también al Comité. Además, se deberá crear la Comisión de Vigilancia y Control del modelo, aconsejándose revisiones periódicas de la documentación que garantice las medidas de vigilancia y de revisión de los procesos sensibles.

3. El *Compliance Officer*

El Código Penal, al describir los requisitos para que el modelo de prevención de delitos tenga la virtualidad deseada, hace una referencia indirecta a esta figura cuando prevé en el artículo 31 bis 2, la existencia de un “*órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control*”²².

En principio, el *Compliance Officer* es el responsable de establecer las normas y la aplicación de los procedimientos para asegurar que los Programas relativos al mismo en toda la organización son eficaces y eficientes. Se constituye como un asesor en cumplimiento normativo penal y defensor de la legalidad en el organigrama empresarial encargado de revisar, analizar y controlar que los procedimientos adecuados a tal fin se están llevando a cabo²³. Por regla general, no responderá de los delitos de la persona jurídica a la que asesora, a excepción de connivencia activa en la acción delictiva, -ya lo fuere como inductor, cooperador necesario o cómplice-. Pero, habrá que analizar, en cualquier caso, el encargo recibido y el contenido del contrato.

Según la Fiscalía, debe ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia empresa, y puede estar integrado por una o varias personas -dependiendo del tamaño de la persona jurídica-; no deben ser los Administradores, o por lo menos, no en su totalidad. Deberá participar en la elaboración de los modelos y asegurar su buen funcionamiento. Debe ser personal capacitado con conocimiento y experiencia profesional suficiente, disponer de los medios técnicos adecuados

²¹ La existencia de un sistema de *Compliance* posterior a los hechos investigados y anterior a la apertura del juicio oral, no puede servir como eximente de la responsabilidad penal conforme al artículo 31 quáter d) del Código Penal (Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016).

²² Salvo en los supuestos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en las que el órgano de administración puede realizar las funciones de *Compliance Officer*. Se trata de una previsión específica para “*aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas*”.

²³ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura del *Compliance Officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, *La Ley*, núm. 6750, 2015, p. 1.

y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le asigna²⁴.

No existe inconveniente alguno en que la entidad pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica²⁵. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupa, es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de esta función, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas, incluso, resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo, con la formación de Directivos y empleados o con los canales de denuncia, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, -por ejemplo, un Despacho de Abogados-, que puede garantizar mayores niveles de objetividad y neutralidad, y complementar los conocimientos específicos para desempeñar la labor que, por sí, no puedan aportar los miembros internos de la empresa.

Entre sus funciones principales se encuentran las siguientes: 1. La gestión del modelo, es decir, la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo así como la vigilancia y control del personal sometido al mismo; 2. La información y formación a los directivos, trabajadores y empleados de la empresa acerca de la existencia del modelo y su contenido y, finalmente, la revisión y la actualización del mismo; 3. La revisión y modificación del modelo de prevención²⁶, y 4. También es posible que la empresa le encomiende la detección de los comportamientos delictivos, tanto través de la gestión del canal de denuncias como a través de las investigaciones internas a poner en marcha, bien como consecuencia de las informaciones que se reciban del canal de denuncias, bien como consecuencia de otro tipo de informaciones o de decisiones de política empresarial.

Según la doctrina mayoritaria, los requisitos necesarios para que pudiera darse una hipotética responsabilidad penal de esta figura, son²⁷:

- a) Que omita un delito que se podía impedir, tolerándolo o favoreciendo su comisión, no denunciando la irregularidad ante la Alta Dirección o bien no abriendo la correspondiente investigación para esclarecer comportamientos de dudoso riesgo penal²⁸.
- b) Que el delito pertenezca a la actividad empresarial y, en concreto, que corresponda al espectro de los que es garante el empresario, aunque no es ésta una cuestión pacífica, ya que algunos autores como LASCURAIN SÁNCHEZ dejan al blanqueo de capitales o la corrupción a funcionarios o empleados en otras empresas fuera de los delitos de “actividad empresarial”, al considerar que *“no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él”*²⁹.
- c) No basta sólo con que este delito esté relacionado con la actividad empresarial, sino que ha de habersele asignado explícitamente al Responsable de Cumplimiento Normativo como riesgo penal objeto de control. En este supuesto, será esencial el contrato formalizado y el propio Programa de Cumplimiento para conocer qué riesgos penales se contenían.
- d) Para su sanción penal se habrá de estar al tipo subjetivo del delito. En los delitos que sólo contemplen su comisión dolosa, -la inmensa mayoría en este ámbito-, el actuar imprudente será atípico. Por lo que nos conduce a identificar

²⁴ Debe advertirse que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, es decir, las que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, las funciones del *Compliance Officer* podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis 3 del Código Penal.

²⁵ Vid. ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance Officer*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

²⁶ Si las normas legales que rigen el funcionamiento de la empresa, el delictor de actividad en el que ésta opera o las condiciones ambientales de la empresa cambian, el programa ya no puede tener la misma validez, en términos de adecuación eficacia. Cualquier variación en el mapa de riesgos obliga a revisar y, en su caso, modificar el programa.

²⁷ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura...”, cit., p. 5.

²⁸ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura del...”, cit., p. 4.

²⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Nieto Martín, A., Valencia, pp. 272 ss.

y probar el dolo en el actuar del responsable de cumplimiento para poder acudir a la sanción penal.

De conformidad con lo anterior, la exposición personal al riesgo penal del *Compliance Officer*, no es superior a la de otros Directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal solo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del Canal de Denuncias, -que analizaremos más adelante-, y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, este Oficial de Cumplimiento pueda impedir con su actuación³⁰.

4. El Canal de Denuncias

Nuestro Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015, dentro de los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión con que deben contar las personas jurídicas, exige, en el artículo 31 bis 5 4º CP que impongan *“la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención”*. Además, el artículo 31 bis 1 b) del citado texto, establece *“los deberes de supervisión, vigilancia y control”* de la actividad de los subordinados por parte de quienes tienen funciones ejecutivas o de organización y control de la compañía.

Especial interés presenta aquí la adopción de un Canal de Denuncias como medio a través del cual una empresa recibe y gestiona las comunicaciones o informaciones formuladas por sus empleados y profesionales de la organización, sobre posibles hechos o conductas irregulares de las que hayan tenido conocimiento, y que según la Circular 1/2016 de la Fiscalía, debe asegurar la confidencialidad mediante sistemas que garanticen las comunicaciones (llamadas o mensajes telefónicos, correos electrónicos, etc.), sin riesgo de sufrir posteriores represalias.

Los Canales de Denuncias aparte de ser un elemento preventivo para el fraude, lo son también para su detección anticipada, siendo además elementos probatorios válidos ante los Tribunales, -aportando pruebas o reparando o disminuyendo el daño-. Así, se pone de manifiesto que los canales de denuncias no deberían ser anónimos, ya que *“(…) debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de whistleblowing, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas”*.

Sin embargo, y ante las dudas surgidas en la práctica sobre el carácter anónimo o no de las denuncias, la cuestión ha quedado al fin resuelta en el artículo 24 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que prevé que: *“Será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho Privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable”*³¹.

El acceso a los datos contenidos en estos canales de denuncias quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las

³⁰ Sobre ello, Vid. ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance Officer*) ante el Derecho Penal”, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Silva Sánchez, J.M., Barcelona, 2013, pp. 319 ss.

³¹ De otra parte, esta Ley impone también a la organización el deber de preservar la identidad y garantizar la confidencialidad del denunciante -cuando no opte por el anonimato-, y ordena que los datos se conserven en el sistema únicamente el tiempo imprescindible para la averiguación de los hechos denunciados, con un límite de tres meses desde su introducción en el canal, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica. Las denuncias a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de este mismo texto. Transcurridos esos tres meses, los datos podrán seguir siendo tratados, por el órgano al que corresponda, para la investigación de los hechos denunciados, pero no se conservará en el propio sistema de información de denuncias internas.

funciones de control interno y cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto. No obstante, será lícito su acceso por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales que, en su caso, procedan. Los hechos constitutivos de ilícitos penales se notificarán a la autoridad competente y sólo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.

La persona jurídica debe informar y formar a sus empleados y Directivos antes de implantar el Canal de Denuncias y posteriormente, de forma periódica sobre la existencia, finalidad y funcionamiento de este canal, -accesible para todo el personal-, la forma de presentación de la denuncia, tramitación y plazos de resolución y sobre el traslado a la persona afectada de la existencia de la denuncia formulada en su contra, respetándose la normativa existente -tal y como hemos visto *supra*; en materia de protección de datos personales. Además, deberá realizarse un seguimiento y evaluación periódica del funcionamiento del Canal de Denuncias para detectar deficiencias y errores, que deberán subsanarse, y analizarse si los resultados son coherentes con la Política de Cumplimiento Normativo de la entidad.

Pero, ¿Quién puede ser el órgano gestor en los procesos de investigación y resolución de las denuncias que se formulen?. Este órgano podrá ser, por una parte, interno, que puede estar compuesto por el *Compliance Officer*, los Directivos y un asesor externo experto en materia sancionadora penal y/o administrativa, o en entidades pequeñas, solamente el *Compliance Officer*; de otra parte, puede ser externo, de conformidad con lo dispuesto en la Circular 1/2016, al señalar las ventajas de la externalización de la gestión del Canal de Denuncias, especialmente en la fase de recepción y gestión de las mismas, en cuanto a la imparcialmente y objetividad del órgano gestor, y con respecto al tratamiento, conservación y confidencialidad de los datos de carácter personal del denunciante; y en último lugar, puede tener un carácter mixto, siendo de carácter interno el órgano que instruye, y de carácter externo, el que resuelve, o viceversa.

Entre los procesos sensibles, -donde hay que tener especial cautela-, se pueden señalar los ámbitos de relaciones con las Administraciones Públicas y los partidos políticos, con la Hacienda y la Seguridad Social, en el ejercicio de las funciones del tráfico mercantil, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente, seguridad colectiva, falsedades, trabajadores y ciudadanos extranjeros, tráfico de seres humanos, protección de datos, ámbito informático, receptación y blanqueo de capitales. Y es en este último aspecto donde recientemente se ha aprobado el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, -por el que se traspone, entre otras, la Cuarta Directiva en materia de Prevención de Blanqueo de Capitales-, y donde se introduce un nuevo artículo 26 bis en la Ley 10/2010 de 28 de abril de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, que exige ya expresamente que los sujetos obligados establezcan procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos en relación con lo dispuesto por la Ley 10/2010 de 28 de abril ya citada, su normativa de desarrollo o las Políticas internas implementadas para su cumplimiento a nivel corporativo.

5. Criterios de valoración de la eficacia de los Programas

Estos sistemas de cumplimiento y sus correspondientes metodologías son fundamentales para establecer una cultura de cumplimiento efectivo donde el delito dentro de una organización aparezca como un accidente. Sin duda, no resultará sencillo a Jueces y Fiscales comprobar que estos Programas cumplen los requisitos exigidos legalmente, y se rechaza que su mera tenencia sea un salvoconducto, aunque se valorará su existencia, y la importancia que tenga en la toma de decisiones de los Directivos y empleados. En otras palabras, no se puede crear una cultura de prevención de riesgos en aquellas entidades en las que no hay una auténtica cultura de cumplimiento normativo.

Aunque no se pueden establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de organizaciones, su concreta estructura, sus modelos de negocio, o la naturaleza de sus

productos o servicios, parece oportuno intentar otorgar algunos criterios o pautas interpretativas en una materia tan novedosa, que valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión.

Así, las certificaciones de calidad sobre la idoneidad del modelo expedidas por terceros son – como afirma la Fiscalía en su Circular (19ª.3)-, un elemento adicional, pero que “*en ningún modo acreditan la eficacia del Programa ni sustituye la valoración que compete al órgano judicial*”³². Estas normas aportan una serie de responsabilidades, tareas y funciones dentro de las organizaciones con el fin de cumplir los más diversos objetivos de prevención de riesgos medioambientales, laborales, de políticas de seguridad de la información, o incluso criterios de responsabilidad social corporativa³³. De este modo, entre las normas generalistas, destaca la UNE-ISO 19600:2014, que recoge una serie de recomendaciones para la implantación de sistemas de gestión de *Compliance* o CMS (*Compliance Management Systems*)³⁴, y en las de carácter más específico, se han de señalar, además de la ISO 37001 de Gestión Antisoborno; OHSAS 18001 de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo; la ISO 27001 de Sistemas de Gestión de Riesgos y Seguridad, y la ISO 14001 de Sistemas de Gestión Ambiental.

Especial relevancia en este contexto presenta la UNE 19601:2017, sobre Sistemas de Gestión del *Compliance* Penal, y que con el objetivo de prevenir la comisión de delitos, pretende servir de guía en la procedimentalización interna de un modelo de organización y gestión de riesgos penales³⁵. Por tanto, se ocupa de desarrollar aquellos requisitos indicados de forma genérica en el artículo 31 bis 5 del Código Penal, así como alguna de las condiciones previstas en los artículos 31.2 y 4 bis del mismo cuerpo legal. En cualquier caso, y aunque una persona jurídica cumpla con esta norma, mostrando con ello una voluntad de respetar los mínimos de diligencia empresariales, esta voluntad de prevención general de riesgos no es suficiente, y para la exención de responsabilidad penal, la persona jurídica requerirá constatar que, además, ese modelo de organización y gestión generalmente adecuado, contenía las medidas de control y vigilancia idóneas para evitar o reducir significativamente el concreto riesgo materializado en un resultado delictivo.

Junto a lo anterior, se valorará también el compromiso y la Implicación del órgano de administración y de sus principales ejecutivos; la gravedad de la conducta, la naturaleza y extensión de la corporación, el número de implicados, el fraude empleado para eludir el modelo, la frecuencia y duración de la actividad criminal, etc. En cambio, no se valorará de igual modo si el beneficio para la sociedad es indirecto que si es directo.

En relación a las investigaciones internas, y a falta de otras previsiones al respecto, la doctrina más reciente ha señalado la especial importancia que tiene, si es la propia empresa quien descubre la conducta delictiva y lo pone en conocimiento de la autoridad, debiendo solicitar la exención de pena de la persona jurídica al evidenciarse, no solo la validez del modelo sino su coherencia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Conviene recordar en este momento que la responsabilidad de la persona jurídica no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus Administradores o un Alto Directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del Programa, de tal modo que “*(...) los Señores Fiscales presumirán que el Programa no es eficaz si un alto responsable de la Compañía participó, consintió o toleró el delito*”.

³² Sobre las certificaciones, Vid. más detalladamente FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Pamplona, 2015, p. 28.

³³ NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Khulen, L./Montiel, J.P./Ortiz de Urbina Gimeno, L. (EDS.), Madrid, 2013, p. 26.

³⁴ Al respecto, Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bajo Fernández, M./Feijoo Sánchez, B.J./Gómez-Jara Díez, C., Madrid, 2016, p. 97.

³⁵ Para profundizar, Vid. AGUILERA GORDILLO, R.: “Normalización o estandarización en el contexto del *Compliance* penal. Los riesgos de la impronta privatizadora en el Derecho Penal Corporativo”, *La Ley*, núm. 9834, 2018, p. 6.

Lo anterior enlaza directamente con la cuestión de la carga de la prueba, tratándose de una cuestión nada pacífica en la *praxis*. De este modo, un sector doctrinal sostiene que corre a cargo de la persona jurídica dicha prueba, al igual que acontece con las circunstancias modificativas de la responsabilidad eximentes o atenuantes. Sin embargo, otros autores, partiendo de que se trata de una cuestión relativa al tipo objetivo, entiende que obligar a la persona jurídica a probar que su organización no era defectuosa, comportaría una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Para la Fiscalía, en su Circular 1/2016, no hay duda que es la propia empresa la que tiene recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su Programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que afectan a su organización.

Distinta es la posición del Tribunal Supremo al afirmar que cualquier pronunciamiento condenatorio de la persona jurídica habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal, ‘Principios de oportunidad y legalidad’, y así, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, ‘la primera que pretende elaborar una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas’, en su Fundamento Jurídico Octavo, sostiene que *“(...) corresponde a la acusación acreditar lo que considera el núcleo de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que consistiría en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”*³⁶.

De esta manera, correspondería a la acusación acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos, y que corresponde a quien pretende exculparse, amparándose en ellos, argumentar y aportar una base racional suficiente para su apreciación³⁷. Ahora bien, tal posicionamiento no es compartido por todos los Magistrados de este Tribunal, y de ahí, que el voto particular formulado por siete Magistrados concurrente en dicha Sentencia disienta de la posición mayoritaria, y apunte que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que alude la sentencia vienen expresamente definidos por el legislador en el artículo 31 bis 1ª) y b) del Código Penal, y estos son los que deben ser probados por la acusación y reflejados expresamente en el relato fáctico de la sentencia para permitir el adecuado juicio de subsunción. Pero no la ausencia de culpabilidad, pues a la acusación no le corresponde probar en cada caso un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho en el seno de la persona jurídica afectada. Preocupa, pues, en qué medida *“(...) la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad”*³⁸.

Por último, en cuanto a la adopción de medidas disciplinarias contra los autores, se valorará la firmeza en las respuestas a vulneraciones precedentes y la existencia o no de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. Asimismo, se deberá considerar la actuación de la persona jurídica tras la comisión del delito, la restitución o reparación inmediata del daño, y la colaboración activa con la investigación, entre otros elementos. Operarán, sin embargo, en

³⁶ Vid. JIMÉNEZ SEGADO, C.: “¿Corresponde a la persona jurídica probar que ha adoptado programas de cumplimiento de prevención delictiva (Compliance Programs) para eximirse de responsabilidad penal o dicha prueba corresponde a la acusación?”, *La Ley*, núm. 556, 2016, p. 1.

³⁷ JIMÉNEZ, SEGADO, C.: “¿Corresponde a la persona jurídica...”, cit., p. 2.

³⁸ El voto particular a esta Sentencia es efectuado por los Excmos. Señores D. Cándido Conde-Pumpido, D. Miguel Colmenero, D. Luciano Varela, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral, D. Andrés Palomo y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno de esta Sala sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación núm. 10.011/2015, interpuesto contra la Sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha de 3 de noviembre de 2014.

un sentido contrario, el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación, y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

III. VALORACIONES FINALES

Tras este cambio de paradigma llevado a cabo tras la reforma de 2015, nuestro ordenamiento jurídico-penal traslada a las empresas la obligación de control interno para la prevención de delitos que puedan cometerse en su seno, a fin de que asuman una autorresponsabilidad a cambio de articular un conjunto de circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. A nuestro juicio, merece una valoración positiva, que se traslade el coste de la prevención del delito en el ámbito empresarial del Estado a las personas jurídicas, entendiendo que la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo debe realizarse en todas las entidades que cuenten con cierta vocación de permanencia y viabilidad.

En este sentido, los Programas de *Compliance* se erigen como un mecanismo necesario para la prevención de la criminalidad económica y donde la finalidad principal es que cada uno de sus miembros conozca y asuma los valores básicos de cumplimiento normativo y ética corporativa. Nos encontramos, pues, ante herramientas autorregulatorias imprescindibles que se componen de múltiples elementos, cuya consecución depende, en gran medida, de la creación de una cultura corporativa de estricto cumplimiento de las normas y políticas éticas de la empresa instaurada en el seno de la persona jurídica. Constituyen, pues, un sistema de control social empresarial necesario para el Estado y el Derecho Penal en su tarea de controlar la criminalidad³⁹.

Tal y como hemos señalado, estos Programas se configuran como una estrategia de defensa preventiva ante una eventual imputación penal; no obstante, se ha de advertir que no se erigen en un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica frente a la acción penal, lo que la Fiscalía advierte con relativa claridad. Resulta evidente que el éxito de los programas de *Compliance* depende de la eficacia del modelo procesal en el que se implementen y del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La comunicación, la formación y sensibilización, la supervisión y la verificación son elementos esenciales a valorar en estos Programas.

En definitiva, los Programas de *Compliance* efectivos, lejos de los Programas meramente “cosméticos” o de cara a la galería, -de los que ya se ha alertado en alguna ocasión-, serán aquellos que proporcionan una adecuada formación a los empleados y Directivos, que permitan que las normas y protocolos internos sean realmente adecuados, y que consigan que el compromiso con los valores éticos permee toda la organización, generando e inculcando una auténtica cultura ética corporativa. Sus niveles de exigencia deberán ser elevados en materias que supongan un beneficio para la organización, en contraposición a aquellos casos donde el beneficio es puramente secundario, lo que, sin duda, contribuirá a mejorar la confianza y la credibilidad ante distintos operadores económicos como factor esencial de un adecuado funcionamiento del mercado.

³⁹ NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento...”, cit., p. 21.

PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA Y DEL AUTOR EN EL DERECHO PENAL ACTUAL: IMPLICACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS

M^a Isabel González-Tapia
Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho y CCEE
Universidad de Córdoba

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: En los últimos años, el Derecho Penal está viviendo un fenómeno de “*expansión*” y de “*modernización*”, que obedece a un claro desplazamiento del eje central del mismo hacia la idea de riesgo y que se conecta, no sólo con la peligrosidad de la conducta, sino también con la peligrosidad de agente. Esta política criminal ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, generalmente en términos críticos, porque ha traído aparejado un significativo adelantamiento de la línea de defensa del Derecho Penal, con una flexibilización de las reglas de imputación tradicionales y a costa de una relativización de los principios político-criminales de garantía.

Este trabajo reconoce a este nuevo Derecho Penal como expresión necesaria de la sociedad actual, tanto en lo que se refiere al control de riesgos sistémicos de naturaleza socioeconómica, como a la progresiva “individualización” del Derecho Penal, que proyecta una respuesta global a la culpabilidad por el hecho y a la peligrosidad de autor. No obstante, se llama la atención acerca de las implicaciones éticas y dogmáticas de trasladar el paradigma del riesgo hacia la persona del autor, particularmente con el desarrollo que en el futuro puede tener la biopredicción. La ampliación del conocimiento sobre las bases neurobiológicas del comportamiento criminal, combinada con la idea de “peligro para los demás” puede derivar también en una ampliación de las obligaciones de control y en una redefinición ‘individual’ del riesgo permitido y, en consecuencia, en una ampliación del ámbito de la responsabilidad penal sobre la base de ser “garante de uno mismo”.

ABSTRACT: In recent years, Criminal Law has been undergoing an “expansion” and “modernization” process, epitomized by a clear shift of paradigm towards the idea of risk and risk assessment. Moreover, the focus on risk has included, not only the dangerousness of the defendant’s behaviour, but also the danger from within the agent himself (individual characteristics). This criminal policy has been discussed by academics extensively, generally in critical terms, because it has brought with it a significant shifts towards an earlier response by the Criminal Law (*actus reus*) and more lax criteria for legal responsibility (*mens rea*), at the expense of relativisation of the fundamental guarantees. In this paper, this new Criminal Law is considered as a necessary expression of current society, both with regards to the control of socioeconomic systemic risks, and the progressive “individualization” of Criminal Law. This represents a global response to culpability based on facts as well as the dangerousness of the agent. However, I also draw attention towards the ethical and dogmatic implications of transferring the risk paradigm towards the person of the defendant. Particularly, considering the potential consequences of relying on bio-prediction. The advances in the understanding of the neurobiological roots of criminal behaviour, combined with the idea of being a “danger to others”, may lead to an increased expectation of control of one’s own risk and an “individualised” redefinition of the “permitted risk” and, consequently, to an extension of the criminal responsibility on the basis of each individual being the “guarantor of oneself”.

PALABRAS CLAVE: política criminal, riesgo, peligrosidad criminal, biopredicción, neuroderecho.

KEYWORDS: criminal policy, risk, criminal dangerousness, bioprediction, neurolaw.

SUMARIO: I. Introducción. II. Riesgo, globalización, inseguridad ciudadana y empoderamiento constitucional en la sociedad actual. 1. La sociedad actual como “sociedad del riesgo”. 2. La sociedad actual como sociedad globalizada. 3. Empoderamiento constitucional de la ciudadanía. 4. Inseguridad ciudadana: demandas sociales de seguridad frente a la criminalidad clásica y a la peligrosidad del autor. III. Rasgos básicos del derecho penal actual. 1. El Derecho Penal como gestor de riesgos socioeconómicos de naturaleza estructural: la “administrativización” del Derecho Penal. 2. La reconstrucción del Derecho Penal de la peligrosidad: el individuo como un foco de riesgo en sí mismo. IV. Discusión: implicaciones dogmáticas y político-criminales del paradigma del riesgo en el derecho penal. 1. Ilegitimidad democrática de prescindir del Derecho Penal del riesgo en el siglo XXI. 2. “Derecho Penal individualizado” y Biopredicción. 2.1. Implicaciones dogmáticas del perfeccionamiento de la predicción de la peligrosidad criminal: especial consideración a la biopredicción.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, estamos asistiendo a una profunda transformación del Derecho penal, no sólo en España, sino en la generalidad de los países de nuestro entorno cultural. En general, se ha dicho que el Derecho penal está viviendo un fenómeno de “*expansión*”¹ y de “*modernización*”, por contraposición al que se ha llamado Derecho Penal ‘clásico’ o liberal².

El modelo dogmático de Derecho Penal resultante es complejo y ecléctico, en el que se han difuminado muchas de las fronteras categoriales asentadas (p.e. la de penas y medidas de seguridad), en el que se van introduciendo elementos “privatizadores” de Justicia Restaurativa³ y en el que aparece una marcada tendencia al *punitivismo*. Con relación a este último aspecto, y sin ser exhaustivos, se ha ampliado el catálogo de los bienes jurídicos protegidos y progresivamente se ha ido desmaterializando el propio concepto (p.e. en los denominados “delitos de odio”, como el art. 510 o 578 del Cp.). También se han ampliado los comportamientos prohibidos y las consecuencias jurídicas, como la prisión permanente revisable o la libertad vigilada; se ha agravado la penalidad en ciertos sectores (paradigmático en el caso de la corrupción) y exacerbado la presión punitiva incluso en el ámbito de las alternativas a la pena de prisión (p.e reforzando las obligaciones frente a la pura suspensión de la ejecución) y/o complementarios a la misma (como ha sucedido con el comiso y la reparación de la víctima). Así mismo, como veremos, tal presión punitiva se ha incrementado también incorporando directamente la *peligrosidad* del autor en el propio seno del injusto.

Desde un punto de vista cualitativo o indirecto, la expansión del Derecho penal se ha traducido en un adelantamiento significativo de las barreras de la intervención penal, de la barrera de prevención, de una parte, recurriendo a la proliferación de delitos de peligro abstracto para la tutela de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual y, de otra, ampliando la operatividad de la peligrosidad del autor. Al mismo tiempo, ante las enormes dificultades (o la imposibilidad) de “encajar” este nuevo derecho en la dogmática tradicional, estamos asistiendo igualmente a una flexibilización de las reglas de imputación tradicionales, a través fundamentalmente del uso y abuso de la omisión o del dolo eventual, y de la relajación de los perfiles de la imputación objetiva y de la autoría y participación. En conjunto, y por todas las razones apuntadas, este nuevo Derecho penal parece conllevar una relativización de los principios político-criminales de garantía propios del Estado de Derecho, procesales y sustantivos, lo que ha abierto un profundo debate doctrinal en torno

¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, 2001, p. 20.

² HASSEMER, W., «Crisis y características del moderno Derecho penal», *Actualidad Penal*, núm. 43, 1993, pp. 635 y ss. y p. 191.

³ Cfr. RÍOS, J.C./ PASCUAL, E./SEGOVIA J.L./ ETXEBARRIA X./LOZANO F., *Mediación penal, penitenciaria y encuentros restaurativos. Experiencias para reducir el sufrimiento en el sistema penal*. Madrid. Universidad Pontificia de Comillas, 2016, p. 32.

al papel que debe jugar el Derecho penal ante los difíciles retos que se le presentan en la actualidad y ante la posición que debe adoptar la ciencia del Derecho penal ante una transformación del Derecho penal positivo, que es ya una realidad.

Y como se ha señalado, toda esta expansión del Derecho Penal obedece, si no a un cambio de paradigma en cuanto al prototipo de la infracción penal, a un claro desplazamiento del eje central del mismo hacia la idea de riesgo, la cual, como veremos a lo largo de estas páginas, no sólo se ha vinculado con la peligrosidad de la conducta, sino con la propia peligrosidad del agente que la realiza o que pudiera realizarla. En definitiva, esta expansión responde a una política criminal que prioriza la prevención (general y especial) frente al garantismo.

Este trabajo pretende ser una modesta contribución al debate generado en torno al Derecho Penal del riesgo, particularmente en cuanto a la expansión asociada a la peligrosidad del agente, que puede verse en el futuro potenciada por el espectacular desarrollo de las Neurociencias.

II. RIESGO, GLOBALIZACIÓN, INSEGURIDAD CIUDADANA Y EMPODERAMIENTO CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL

En su magistral obra *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, SILVA SÁNCHEZ analizaba las posibles causas que pudieran haber determinado la evolución del Derecho penal hacia su configuración actual. Creía hallarlas, ante todo, en los rasgos básicos que caracterizan a la sociedad actual en nuestro entorno cultural, en el cambio de modelo social y en el papel que actualmente esta sociedad atribuye al Derecho Penal⁴. Y parece, sin más, que la realidad le da la razón, pues lo cierto es que el debate en torno a la legitimidad o razonabilidad del fenómeno expansivo del nuevo Derecho Penal ha sido puramente doctrinal. En el debate social no se atisba recelo alguno ante el creciente intervencionismo y punitivismo del legislador penal. Antes al contrario, nuestra sociedad, que se siente insegura y amenazada por tantos flancos, demanda más seguridad, más control, más barreras y respuestas claras y contundentes ante la criminalidad, muchas veces magnificada también por los medios de comunicación⁵. Existe, apuntaba SILVA, una “rara unanimidad” sobre las virtudes del Derecho penal como instrumento de protección de los ciudadanos en el imaginario social⁶.

La configuración actual de nuestra sociedad, en definitiva, habría incidido en la configuración vigente del Derecho Penal. Una sociedad postindustrial caracterizada que, entre otros rasgos, vendría caracterizada fundamentalmente por tratarse de una “sociedad del riesgo” y de una “sociedad globalizada” económicamente.

1. La sociedad actual como “sociedad del riesgo”

A pesar de la profunda crisis económica que desde 2007 hizo estallar la “burbuja inmobiliaria”, que se ha dejado sentir en términos globales y de la que todavía no nos hemos recuperado, podría decirse aún que vivimos un momento de desarrollo, progreso y bienestar como nunca antes se había conocido en Occidente. Este alto nivel que disfrutamos

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 22.

⁵ Se viene afirmando desde hace años que la intervención de los medios de comunicación se está mostrando ahora más que nunca como ese cuarto poder –que ya no sólo desempeña la prensa– capaz de incidir e interferir en la actuación del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Unos medios de comunicación y, cada vez más, unas redes sociales que buscan el morbo y el sensacionalismo fácil, y unos informativos que recuerdan más a páginas de sucesos que a otra cosa, están transmitiendo a la sociedad una sensación de inseguridad que no se corresponde a veces con la realidad. La globalización en las telecomunicaciones permite conocer casi en tiempo real los actos criminales más reprobables acaecidos en cualquier lugar del planeta, lo que genera la convicción de que la frecuencia con la que ocurren es tal, que es cuestión de tiempo el convertirnos en víctimas de comportamientos semejantes. Vid. con más detalle, sobre esta cuestión ya en CUERDA RIEZU, A., «Los medios de comunicación y el Derecho penal», en AAVV, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*. Dirigido por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y coordinado por Adán Nieto Martín, Cuenca, 2001, pp. 187–207, y especialmente, 190–193 y 205–206.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. p. 23.

suponen al mismo tiempo, paradójicamente, la aparición de nuevas formas de peligro, de grandes riesgos estructurales, por su capacidad de afectar al conjunto de la sociedad, y que provienen de decisiones humanas, múltiples y descentralizadas, que otros toman en el manejo de los avances técnicos y tecnológicos y en el desarrollo de las nuevas formas de actividad productiva o de prestación de servicios⁷. Estos nuevos riesgos, además, son a menudo difícilmente evaluables, en tanto que no se conoce a ciencia cierta su potencialidad lesiva concreta, ni la de las conductas que los ponen en marcha, y porque, por lo general, se trata de riesgos que sólo se manifiestan a largo plazo. A ello debe añadirse la conciencia cierta instalada de que tales riesgos son en gran medida *no neutralizables*, situándose por tanto la cuestión básica en conseguir una distribución *sostenible* de los mismos.

La naturaleza de tales riesgos genera una verdadera incertidumbre en la sociedad, incrementada por la complejidad misma de la sociedad en la que vivimos y porque el ciudadano individual es consciente de que el control de tales riesgos se escapa absolutamente de su esfera de poder. Son riesgos que generan otros, que controlan también los otros, absolutamente anónimos, y ésta es una situación que el ciudadano tiene, simplemente, que aceptar, confiando o demandando poder tener la confianza de que esos otros van a actuar positivamente en orden a distribuir y controlar adecuadamente esos riesgos, que inevitablemente conlleva el desarrollo. En cualquier caso, esta situación descrita, junto a la denominada crisis del modelo del Estado de bienestar y a los efectos derivados de la globalización, con los graves problemas de vertebración interna que supone, conlleva necesariamente lo que SILVA llamó la “*institucionalización de la inseguridad*”, como una de las características definitorias de la sociedad postindustrial, que califica como una *sociedad de “objetiva” inseguridad*, que se amplifica por la *sensación social de inseguridad*, de naturaleza subjetiva⁸.

Frente a esta inseguridad estructural, el ciudadano busca soluciones; y las busca, precisamente, en el Derecho penal, instancia en la que deposita toda la “confianza”⁹, al tiempo que, de esta forma se va acentuando cada vez más la “función socio-pedagógica” que inevitablemente cumple el Derecho penal, convirtiéndose en el ordenamiento expresivo de la “moral social” de lo que, a falta de una moral social fuerte o definida, establece lo que está “bien” y lo que está “mal”; no sólo lo que está radicalmente “prohibido”.

La sociedad del siglo XXI, pues, “huye hacia el Derecho penal” en demanda de protección y, dada su enorme sensibilidad al riesgo, busca cada vez más protección, frente a los riesgos que le afectan, o que puedan afectarle¹⁰. Es una sociedad del ocio y del consumo, pero también es, cada vez más, una sociedad sensibilizada con la protección de su entorno y, en particular, de su entorno medioambiental. Así mismo, es una sociedad cada vez más sensibilizada con la ineficacia y/o con la corrupción de los poderes públicos y, en general, con la criminalidad de los detentadores del poder real en la sociedad, de los *powerfull*: delito fiscal, delitos socioeconómicos, corrupción en los negocios y en la administración... Una sociedad cada vez más exigente con la calidad de los productos y servicios que recibe, conocedora de sus derechos, y decidida a hacerlos valer. En este contexto, se podría decir que la sociedad es cada vez más reacia a creer en el accidente y los conceptos de riesgo, posición de garante, imputación objetiva, peligro abstracto, criminalidad de empresa, etc., adquieren un papel protagonista.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 26-28.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 28 y ss.

En un sentido crítico, sin embargo, creo que debe reflexionarse también sobre la expresiva frase de ARTZ quien afirma que: «Además del daño causado por la pérdida de seguridad, el ciudadano tiene que aguantar la ironía del científico social de que su inseguridad es imaginaria», citado por KUHLEN, L., «La autocomprensión de la ciencia jurídico penal frente a los desafíos de su tiempo. Comentario», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Coords. de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE (Coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 65 y ss., p. 84.

⁹ En cuanto al descrédito que sufren en la actualidad otras posibles instancias de protección y la huida hacia el Derecho Penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 61 y ss.

¹⁰ Es por ello, como afirma ALBRECHT que, aunque es más que cuestionable que el Derecho penal pueda resolver los problemas tan complejos que se le plantean, lo cierto es que el Derecho penal tiene actualmente el carácter de «*arma política*». Vid. ALBRECHT, P.-A., «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, Granada: Comares, pp. 471 y ss., p. 473.

2. La sociedad actual como sociedad globalizada

A los nuevos riesgos, nuevas formas de criminalidad y nueva sensibilidad social derivada de la conciencia de tales riesgos, debe añadirse el impacto de la *globalización*, ante todo económica, en nuestra sociedad, caracterizada por la supresión de fronteras, la libre circulación de personas y mercancías dentro de ciertos espacios, a la internacionalización de las empresas, a las concentraciones de capital, a la internacionalización de los transportes y de las comunicaciones...

El impacto de este fenómeno en la sociedad está siendo trascendental y también en el Derecho penal. Así, la globalización ha supuesto, ante todo, la organización e internacionalización de la delincuencia, sobre todo económica o, en general, lucrativa: tráfico de drogas, armas, seres humanos, corrupción, blanqueo de capitales, prostitución, pornografía infantil...; pero también en otras parcelas, especialmente sensibles, como el terrorismo, que ha sufrido una enorme transformación como fenómeno delictivo en los últimos años. Y no hace falta, realmente, dar ejemplos en estos ámbitos, sino sólo llamar la atención, sobre la gran inseguridad e inestabilidad que esta clase de delincuencia genera, para los Estados y para el conjunto de la ciudadanía; y sobre las carencias en la configuración dogmática de esta clase de delincuencia, claramente opuesta a la tradicional. Frente a esta *macrocriminalidad*, además, sólo se pueden oponer soluciones internacionales de lucha global y uniforme entre los diversos Estados; soluciones que, además de difíciles de poner en marcha, habrán de buscarse, como acertadamente señala SILVA, con una perspectiva eminentemente práctica, que evite los “paraísos jurídico-penales”, obtenida por consenso y armonización entre los diversos sistemas jurídicos pertenecientes a un mismo entorno cultural, por lo que adolecerán de significados déficit sistemáticos y garantísticos¹¹. Y aun así, la realidad muestra que, más allá de tales deficiencias, son fenómenos increíblemente difíciles de erradicar, entre otros factores, por su deslocalización.

De otra parte, la globalización tiene otra vertiente, cuyos efectos se dejan sentir todavía más en el desarrollo particular de cada sociedad, y que está vinculada, de una parte, a las bolsas, cada vez más amplias, de pobreza y marginalidad que genera la mundialización económica y el desarrollo tecnológico y, especialmente, al fenómeno de la *inmigración en masa*. Estos fenómenos están propiciando, por diversos factores, una clara tensión en la vertebración de la sociedad, y están incidiendo decisivamente en la microcriminalidad y, por tanto, en la seguridad ciudadana, con nuevas formas de realización de la criminalidad patrimonial tradicional, cada vez más violenta, organizada y profesionalizada, propiciando en los diversos ordenamientos respuestas de signo claramente punitivista.

3. Empoderamiento constitucional de la ciudadanía

Al hilo del planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, QUINTERO OLIVARES afirmaba que, aun aceptando la realidad de este cambio, lo que está sucediendo en España, en realidad, no sería un cambio impuesto por la modernidad o el desarrollo postindustrial, «sino un intolerable aumento y endurecimiento del derecho penal clásico, a la vez que las infracciones que debe imponer el tiempo que vivimos se configuran mal y se aplican peor»¹².

De hecho, también QUINTERO OLIVARES más recientemente¹³, en su obra *El problema Penal*, incide en la dimensión social del problema penal y en la transformación del Derecho Penal en los últimos años. De una parte, afirma que es una paradójica constante en España, y en otras sociedades, que, de una parte, se acuse al sistema penal de ineficacia y de incapacidad para resolver el problema penal; y de otra, se insista en la terapéutica penal, exigiendo constantemente más y más graves castigos, más delitos, más prisión... y,

¹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a., “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en AAVV-ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, Cuenca: EUCM, pp. 25 y ss.

¹² Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, 2004, Madrid: Thomson-Civitas, p. 53.

¹³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis en Derecho Penal*, 2012, Madrid: Lustel, pp. 27 y ss.

en definitiva, más Derecho Penal. Ello mostraría con claridad, a su juicio, que “el problema penal es inevitable y consustancial a la vida en sociedad”¹⁴.

De otra parte, también llama agudamente la atención acerca de la adquisición de una “cultura constitucional” y de una conciencia social acerca de la protección constitucional, la asunción de nuevos valores y del derecho a reclamar tales valores. Ello explicaría, de una parte, la pérdida de respaldo social de valores desfasados sobre el honor, la sexualidad o la propiedad... y, de otra, una revalorización sin precedentes de otros derechos como la intimidad, la libre determinación en materia sexual, la no discriminación, la dignidad, la transparencia y conducta correcta por parte de los funcionarios públicos..., exigiendo que se reaccione firmemente desde el Derecho Penal para su protección.

A mi juicio, efectivamente, el cambio social en diversos órdenes es, sin duda, la primera causa de la “modernización” expansiva del Derecho penal, aunque no lo sea, ni tiene por qué serlo, en el cómo se está llevando en la práctica legislativa dicha expansión. Esa es función, y responsabilidad, del Poder legislativo, que responde a un populismo (más o menos exacerbado según los casos) que caracteriza a la clase política que nos ha tocado padecer y que se retroalimenta con el papel catalizador de los medios de comunicación, del inmenso poder que están adquiriendo las redes sociales¹⁵, que nos trasladan las alarmas sociales en términos de verdades contrastadas y la opinión pública “publicada”, reclamando siempre una mayor intervención del derecho penal¹⁶.

Ahora bien, también me gustaría resaltar que, bajo el negativo rótulo de “populismo”, no deben desprestigiarse por sistema las demandas sociales de una mayor intervención y control penal y, sobre todo, de una real y eficaz persecución de la delincuencia de los poderosos. Esta demanda ha supuesto, a mi juicio, uno de los factores claves de modernización y democratización del Derecho Penal, incrementando la presión punitiva en el orden socioeconómico y la delincuencia vinculada con la corrupción. Estas legítimas demandas sociales se insertan en ese empoderamiento ciudadano constitucional al que se ha hecho referencia, arrancan en buena medida de la genuina “indignación” de la ciudadanía, expresada de forma muy significativa en los movimientos sociales asociados con el 15M, frente una corrupción pública generalizada y a una crisis económica durísima que se ha cebado con los más débiles.

4. Inseguridad ciudadana: demandas sociales de seguridad frente a la criminalidad clásica y a la peligrosidad del autor

A la descripción que hasta ahora hemos esbozado con relación a la sociedad actual que ha catalizado los cambios hacia el Derecho Penal “moderno”, le falta otorgar suficiente autonomía a un fenómeno que sólo parcialmente tiene que ver con la “sociedad del riesgo”, a menos que se de a este término un sentido global, que incluya no sólo el riesgo de naturaleza socio-económica, sino también peligro derivado de individuos concretos o grupos humanos y que se vincula con la delincuencia tradicional.

En su inspirador trabajo titulado: “*De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*”¹⁷, Díez RIPOLLÉS insistía en la necesidad de diferenciar claramente, dentro de lo que podría calificarse como “Derecho penal moderno”, entre el “Derecho penal del riesgo” y el “Derecho penal de la inseguridad ciudadana”. Este último sería

¹⁴ Op. cit., p. 34.

¹⁵ En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., “La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, vol. 4, pp. 1 y ss.

¹⁶ Vid., en este sentido, también MORILLAS CUEVA, L., quien señala que no es ni siquiera verdad una de las afirmaciones centrales sobre las que se sustenta el populismo punitivo, a saber, que la ciudadanía perciba el binomio seguridad-inseguridad como una de sus máximas preocupaciones. Vid., en “La pena de prisión en la sociedad actual”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*, 2016, Madrid: Dykinson, pp. 3 y ss., p. 6, citando un estudio del CIS que sitúa la percepción ciudadana de la seguridad en España en 3.30% a noviembre de 2016.

Sobre el populismo punitivo, por todos, LARRAURI PIJOÁN, E., “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, en BACIGALUPO, S. Y CANCIO MELIÁ, M. (Coords.), *Derecho Penal y política trasnacional*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 284 y ss.

¹⁷ Díez RIPOLLÉS, J.L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en AAVV, *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, Madrid: Civitas, pp. 267 y ss.

completamente diverso¹⁸ pero se habría servido, con una clara instrumentalización, del discurso teórico del primero¹⁹. En realidad, advertía, la clave de las más importantes reformas legales, al menos en su vertiente práctica, ha estado, precisamente, en la represión de las nuevas manifestaciones de esta criminalidad clásica, respecto de la que la tecnología o nuevos riesgos derivados de productos tiene una significación del todo secundaria y frente a la que de verdad puede constatarse una demanda social clara de mayor control de la seguridad ciudadana. Una demanda de seguridad *frente a la criminalidad como fenómeno objetivo pero también frente a los autores*, extendiéndose el debate social (e incorporándose al Derecho Penal) a la neutralización del peligro derivado de ciertos individuos y grupos humanos y, en definitiva *a la peligrosidad social y socio-biológica del autor*.

III. RASGOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL ACTUAL

En este apartado nos vamos a referir únicamente a aquellos rasgos del Derecho Penal vigente que se vinculan con el control penal del riesgo, dejando a un lado otros aspectos que, sin duda, también caracterizan la política criminal actual, como la internacionalización o la potenciación de la de la represión económica del delito y del rol de la víctima.

1. El Derecho Penal como gestor de riesgos socioeconómicos de naturaleza estructural: la “administrativización” del Derecho Penal

De la configuración que se ha hecho de la sociedad actual como “sociedad del riesgo” puede derivarse uno de los rasgos centrales que caracterizan al Derecho Penal actual, un “Derecho penal del riesgo”, que ha adelantado significativamente las barreras de la intervención penal, hasta generalizar los delitos de peligro y a potenciar radicalmente el recurso a la omisión (del control del foco de riesgo) como forma comisiva.

Las sociedades modernas se caracterizan, como ya hemos dicho, por las innumerables actividades que en ella se desarrollan y que resultan en mayor o menor medida peligrosas para los bienes jurídicos individuales. Conductas algunas de ellas que, en sí mismas, y desde una perspectiva puramente utilitarista, no sólo no resultan censurables, sino que incluso son deseables y necesarias, siempre y cuando el riesgo que de las mismas se derive no supere los niveles de lo soportable. Se establece así una *relación coste-beneficio* que obliga a la Administración a normar ese tipo de actividades con el fin de mantener ese riesgo dentro de los límites que la sociedad está dispuesta a tolerar²⁰: el *riesgo permitido*, que convierte en atípicos los eventos dañosos que provengan de conductas realizadas conforme a la norma de cuidado exigible.

De otra parte, en la medida en que las actividades de riesgo que se llevan a cabo en las sociedades modernas afectan a cantidades ingentes de población, y en la medida en que tales actividades deben desarrollarse dentro de los márgenes en los que la sociedad “se siente segura”, el Derecho penal se ve obligado a modificar su forma de intervención, dirigiéndose a la protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual y adelantando, al mismo tiempo, el momento de su intervención, con el fin de no esperar la producción del resultado lesivo. Se produce así el cambio de un Derecho penal entendido

¹⁸ Op. cit., p. 276-277. «Equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana, como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social, supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos y consecuencias nocivas producidas...» (p. 278).

¹⁹ Op. cit., p. 284.

²⁰ Como sostiene ROMEO CASABONA, C. M., “Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Congreso internacional. Facultad de Derecho de la UNED (Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Madrid: UNED, 2001, pp. 77 y ss., p. 78, la *gestión democrática del riesgo* comporta despojar del monopolio de la definición, análisis y evaluación del mismo tanto a los actores de la actividad productiva, como a quienes representan de algún modo los intereses de los grupos de presión, como a los técnicos expertos. Esa gestión democrática significa dar paso a la sociedad y a sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad.

como mecanismo de intervención *a posteriori*, a un *Derecho penal como mecanismo de intervención previa*, esto es, que se fundamenta en la idea de peligro y que interviene antes de que se produzca el daño con el fin de evitarlo.

Ello, obviamente, genera una clara tensión con las libertades inherentes del Derecho Penal liberal²¹ y también dificultades dogmáticas en supuestos en los que al iniciarse la actividad no se conocía su peligrosidad, que sólo se evidencia después y que suscita el problema del momento en que debe retirarse un producto del mercado y, en consecuencia, el límite que fundamenta una posible imputación penal. También, resultan problemáticos los resultados que sólo se producen a largo plazo o en aquellos otros respecto de los que se desconoce su causa cierta (solo la probable), así como en los casos de pluralidad de factores de riesgo, cuando el evento sólo puede producirse por acumulación. Y lógicamente, también con relación a la responsabilidad de las personas jurídicas que realizan estas actividades de riesgo y de la imputación de sus directivos y empleados, cuando nos encontramos ante estructuras descentralizadas, cadenas productivas, decisiones en equipo, delegación de competencias...²².

Es lo que se conoce como *proceso de administrativización* del Derecho penal en el control de grandes riesgos de naturaleza estructural, sistémica: p.e. medio ambiente²³. El Derecho penal ha asumido una forma de razonar, como es la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo. De este modo, el Derecho penal se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales, en el que lo decisivo empieza a ser el problema de las “grandes cifras”, y no la dimensión de lesividad del comportamiento individual, que, en muchos casos, directamente, no podrá apreciarse, dada la naturaleza colectiva, y hasta universal, del bien jurídico protegido.

De otra parte, se ha afirmado que es también en cierta medida un *Derecho Penal simbólico* o de educación social²⁴. Un Derecho penal que, por encima de una eficacia real, tan sólo persigue crear en la sociedad la imagen de que el sistema funciona, con el fin de generar seguridad. Nada hay más barato ni más efectivo en términos propagandísticos que la tipificación, como delito, de nuevos comportamientos. Puede decirse, por ello, que la huida hacia el Derecho penal no siempre será la solución preventiva más efectiva, aunque posiblemente sí las más efectista²⁵. Sin embargo, esa ineficacia, al propio tiempo, resulta desconcertante para una sociedad que espera lo máximo del Derecho penal, produciéndose así un incremento de la desconfianza en el propio sistema que suele conducir a la petición de mayores penas en busca de esa eficacia soñada.

2. La reconstrucción del Derecho Penal de la peligrosidad: el individuo como un foco de riesgo en sí mismo

Bien miradas, efectivamente, buena parte de las reformas penales de los últimos tiempos, particularmente aquellas que han tenido un mayor impacto real y práctico, no han incidido en la delincuencia socioeconómica, sino en la tradicional *criminalidad de la marginación y de la exclusión social*, con el énfasis puesto en el carácter de delincuencia organizada, fundamentalmente en el terrorismo, en los tráfico ilícitos, en la explotación sexual, en la violencia doméstica y en la tradicional criminalidad de los desposeídos.... Una expansión del Derecho penal que, como afirmara DÍEZ RIPOLLÉS, es de naturaleza “securitaria” y tiene poco que ver con la genuina delincuencia creadora de “nuevos” riesgos, pero a la que se le ha aplicado la «*la ideología de la distribución o reparto de riesgos entre el individuo y la sociedad*»²⁶.

²¹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 51, por todos.

²² Cfr. PALMA HERRERA, J.M. y AGUILERA GORDILLO, R., *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, 2017, Cizur Menor: Aranzadi.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 121 y ss.

²⁴ Así, HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, T. 42, pp. 235 y ss., p. 240.

²⁵ Cfr. las consideraciones de QUINTERO OLIVARES en *El problema penal*, cit., p. 55 ss. y 105 y ss.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 279-280, con ulteriores precisiones en pp. 281 a 283 y 284 para la cita literal.

El individuo, en sí mismo, pasa de ser un sujeto que genera o provoca riesgos con su actuación delictiva, a ser considerado un «foco de riesgo» en sí mismo. Y ello es tratado desde el punto de vista político-criminal desde el prisma de la ideología de reparto de riesgos, basada en la actividad de seguros o actuarial, conforme a la que la sociedad rechaza hacerse cargo de los riesgos derivados de la reincidencia delictiva. Estos corren a cargo del delincuente que voluntariamente los genera.

Ello conduce, en primer lugar, a que la sociedad se vea descargada de la obligación de promover su resocialización; en segundo lugar, a reabrir el planteamiento de la *inocuidad selectiva*; y, en tercer lugar, a la superación del principio de culpabilidad, con la intervención penal más allá del tiempo de cumplimiento de la condena, así como anticiparla a momentos previos a ella, mediante medidas de seguridad²⁷. El último paso en la configuración de las bases analíticas del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana se logra mediante la *distinción entre quienes merecen o no ser considerados ciudadanos de una determinada comunidad*, degradando de esta forma al delincuente para poder justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean.

Paradigma de esta evolución ha sido la construcción dogmática del “Derecho Penal del enemigo” de JAKOBS²⁸: «*Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal*. Si esta garantía no se da, o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo»²⁹. Es más, se trata de un *deber del Estado* el no tratarlo ya como persona, «ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas»³⁰. Frente al enemigo no vale todo, pues se le sigue reconociendo como persona potencial³¹, pero *puede irse más allá de lo necesario*. En cualquier caso, esta medida supone ir más allá de la legítima defensa, que exige la actualidad del ataque; frente al enemigo, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras. El Derecho penal del enemigo funciona con unas reglas diversas a las propias del derecho jurídico-estatal interno, de la normalidad, y, reconoce, certeramente, que todavía no ha resuelto en absoluto la cuestión de si, realmente, puede ser calificado como “derecho”³².

Las características definitorias del Derecho penal del enemigo serían, pues: 1) un amplio adelantamiento de la punibilidad, con el fin de combatir cuanto antes la peligrosidad del sujeto, tratando de evitar daños futuros; 2) una falta de reducción de la penalidad proporcional al adelantamiento de la intervención; 3) esta regulación significa el paso de la legislación de Derecho penal a la *legislación de lucha* contra la delincuencia, dirigida particularmente frente a la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada y también, aun de forma menos definida, frente a otros delitos, p.e. los de naturaleza sexual o los relacionados con la corrupción. En todos estos supuestos *la expectativa de derecho es defraudada de manera duradera*, tratando el legislador de combatir a individuos que, en su actitud mostrada (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (pe. delincuencia patrimonial profesionalizada) o mediante su incorporación a una organización (terrorismo, criminalidad organizada o incluso en la conspiración para delinquir), se han apartado probablemente de forma duradera y, al

²⁷ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 285-286.

²⁸ JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 294 y ss. del mismo autor, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Madrid, 2006, pp. 21 y ss.

²⁹ JAKOBS, G., «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo. Comentario», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT (coords. de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE (Coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, Valencia: Tirant, p. 58.

³⁰ «Por tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana». JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 47.

³¹ En tanto que el delincuente ha de tener el derecho de volver a arreglarse de con la sociedad y porque tiene la obligación de proceder a la reparación, teniendo el deber como presupuesto la existencia de personalidad. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 29.

³² JAKOBS, “La autocomprensión ...Comentario”, cit., p. 58.

menos, de modo decidido, del Derecho³³; 4) supresión de garantías procesales. Con este derecho, afirma JAKOBS, «El estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos»³⁴. Frente ellos, el objetivo claro del Derecho penal es, pues, la seguridad cognitiva, el aseguramiento de la sociedad frente al peligro claro y permanente que comporta el “enemigo”, lo que justificaría una amplia renuncia a las garantías materiales y procesales que conforman el Derecho penal del ciudadano. El Derecho penal de enemigos es, pues, *una guerra*, cuyo carácter ilimitado o total depende de cuánto se tema al enemigo³⁵.

El Derecho penal del enemigo sería, por lo demás, una solución inevitable en la sociedad actual, donde el número de enemigos, vaticina JAKOBS, no hará más que crecer. En una sociedad donde han perdido fuerza anteriores referencias valorativas como la religión, la familia o la nacionalidad y no se han sustituido por otras nuevas, es mucho más fácil para el individuo construir su identidad personal al margen del Derecho. Más aún, si atendemos al «poder detonante» de la pluralidad cultural, sin integración real, como factor de desvertebración de la sociedad³⁶.

IV. DISCUSIÓN: IMPLICACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL PARADIGMA DEL RIESGO EN EL DERECHO PENAL

En lo que sigue, me gustaría introducir, necesariamente de forma breve, los términos fundamentales en los que se han planteado el debate en torno al Derecho Penal del riesgo. Un debate que ha sido académicamente muy intenso, si bien parece haberse “apagado” un tanto en los últimos años. De otra parte, circunscribo estas consideraciones a los dos rasgos centrales que caracterizan al Derecho Penal actual en cuanto a la gestión de la noción de riesgo: la expansión extensiva relacionada con el control de grandes riesgos estructurales de naturaleza socioeconómica y la expansión intensiva que ha supuesto el Derecho Penal de la inseguridad ciudadana, particularmente en lo referido a la reconstrucción del Derecho penal de la peligrosidad.

1. *Ilegitimidad democrática de prescindir del Derecho Penal del riesgo en el siglo XXI*

Resulta imposible tratar aquí con detalle que merece el debate que a lo largo de los últimos años se ha ido desarrollando en torno a la modernización del Derecho Penal. Muy brevemente, podrían destacarse tres posiciones básicas, vinculadas con el Derecho Penal del riesgo de naturaleza socioeconómica.

La primera de ellas podría denominarse la opción minimalista de la denominada “Escuela de Frankfurt”. En torno a esta etiqueta se han alineado las posiciones críticas de autores como HASSEMER, LÜDERSEN, HERZOG o PRITTWITZ³⁷, cuyas posiciones críticas se centran en el nuevo modelo de Derecho penal se aleja del Derecho penal liberal que surgió con la Ilustración, que sería para ellos el Derecho penal clásico. Se propone, por tanto, una reducción radical orientada a la defensa de un *modelo ultraliberal de Derecho penal*. El Derecho penal debe configurarse como un Derecho protector de bienes jurídicos de personas físicas individuales, lo que reduciría la intervención penal a las conductas atentatorias contra la vida, salud, libertad y propiedad. De otra parte, el Derecho penal habría de

³³ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 40.

³⁴ JAKOBS, G., op. cit., p. 58-59

³⁵ Las ideas básicas que conforman el sustrato filosófico e ideológico del “Derecho penal del enemigo” provienen de una larga tradición. Cfr. en GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, cit., pp. 117-168.

³⁶ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 60.

³⁷ Cfr., sobre la posición de esta escuela, INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed. alemana), AREA DE DERECHO PENAL DE LA U. POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, cit., *passim*. También pueden consultarse otros trabajos de los autores citados, además de los referidos en el texto, como HERZOG, F., «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo», pp. 249 y ss.; y PRITTWITZ, C., «Sociedad del riesgo y Derecho penal», pp. 259 y ss., ambos en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, cit.

mantener el máximo nivel de garantías procesales y materiales, en cuanto a la configuración de los tipos penales y a la imputación³⁸.

La segunda posición que podría destacarse sería la del *Derecho Penal de dos/tres velocidades* de SILVA SÁNCHEZ, quien parte de la premisa de que el cambio en los presupuestos de ese Derecho penal clásico es absolutamente necesario, si bien hay que distinguir entre lo que es “expansión razonable” y una “expansión irrazonable” del Derecho penal³⁹. De lo que se trata, entonces, es de tratar de compaginar el proceso expansivo y la búsqueda de eficacia, con el respeto de los principios y garantías que impone un Estado de Derecho, lo que considera que puede lograrse racionalizando el uso de la pena privativa de libertad⁴⁰. Propone admitir esos nuevos mecanismos de intervención propios del nuevo Derecho penal siempre y cuando no se prevean en relación a las mismas penas privativas de libertad⁴¹. De este modo, los ejemplos que hoy conocemos, como los delitos en materia de drogas, económicos, ecológicos, etc., para los que, precisamente, se prevén penas privativas de libertad, tendrían que integrarse en el núcleo duro del Derecho penal o *Derecho penal de la primera velocidad*, en el que, como consecuencia de la existencia de este tipo de penas se aplicarían las máximas garantías y las más rigurosas reglas de imputación. La otra alternativa sería reubicarlos en un *Derecho penal de segunda velocidad*, en cuyo caso estaría permitido, respecto a los mismos, cierto relajamiento de las garantías de imputación penal, compensada por la renuncia al uso de la pena privativa de libertad. Una última opción sería el *Derecho penal de tercera velocidad*, ciertamente cercana al Derecho Penal del enemigo, que solo sería admisible por razones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia, y que combinaría el relajamiento de garantías y reglas de imputación con el uso de penas privativas de libertad. Esta clase de Derecho penal, planteado como “mal menor” y siempre que no haya riesgo de contaminación, podría plantearse en los supuestos de delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta o reiterada o en fenómenos como la delincuencia organizada o el terrorismo, que amenazan con socavar los cimientos mismos de la sociedad constituida en Estado⁴².

En tercer lugar, podríamos agrupar aquellas posiciones que se muestran, sin perjuicio de los matices entre ellas, claramente a favor de la modernización del Derecho penal y que parten de dos presupuestos centrales. En primer lugar, del reconocimiento de la necesidad de proteger penalmente bienes jurídicos supraindividuales. En segundo, de negar la premisa mayor de la teoría crítica de la modernización del Derecho penal, oponiéndose a la incompatibilidad entre éste nuevo Derecho y los principios y garantías político-criminales básicas de un Estado de Derecho, así como a las tradicionales reglas de imputación derivadas de éste. Ello, sin perjuicio de que algunos de ellos reconozcan la necesidad de flexibilizar en parte algunos de ellos para poder adaptarse adecuadamente a la nueva realidad normativa y criminológica⁴³.

Radicalmente a favor de la modernización del Derecho penal se ha manifestado, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, quien defiende un rechazo frontal de lo que él llama el *discurso de la resistencia*⁴⁴, proveniente de la Escuela de Frankfurt y otros discursos ultraliberales, que debe rechazarse, porque se trata de un discurso «insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo», al tiempo que se opone, con idéntica vehemencia, a que pueda considerarse al “Derecho penal liberal” como un modelo clásico, ideal de Derecho penal. A su juicio, este modelo de Derecho penal es un modelo histórico, que surgió en unas coordenadas socio-políticas muy concretas

³⁸ HASSEMER, «Rasgos y crisis...», cit., p. 237.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., p. 26.

⁴⁰ Op. cit., p. 152.

⁴¹ Op. cit., p. 155 y ss.

⁴² Op. cit., p. 163.

⁴³ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, 2003, Valencia: Tirant, pp. 155-156.

⁴⁴ Cuyo único valor que le puede ser concedido en el plano científico, a juicio de este autor, es el de simple reafirmación de los postulados liberales y mera función de resistencia a la modernización del Derecho penal. GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 199 y páginas siguientes con ulteriores consideraciones críticas. En cuanto a la cita literal, p. 37.

(el Estado liberal burgués) y cuyo contenido responde básicamente a los intereses de las clases dominantes en tal contexto.

También se muestran a favor de la necesidad de proteger bienes jurídicos supraindividuales otros autores como CORCOY BIDASOLO⁴⁵, muy crítica también con estos planteamientos y para quien la propuesta de SILVA SÁNCHEZ es un fraude de etiquetas, que esconde en tres modelos de Derecho penal, tres “clases” de ciudadanos: de primera, de segunda y de tercera. ; O GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴⁶, quien afirma que la identificación del bien jurídico con los intereses exclusivamente individuales «es un prejuicio inadmisibles, que desconoce la realidad» y que, además «guste o no guste, la exclusión del ámbito legítimo de la intervención penal de los intereses colectivos privilegia al mundo de los negocios, de las finanzas, del crimen organizado, de la corrupción política y administrativa...»...

Ante estos planteamientos, comparto plenamente la opinión de que el Derecho penal no puede sustraerse de intervenir en el control de los nuevos riesgos generados por el progreso social y económico. Menos aun, oponiendo en bloque la conveniencia y exclusiva legitimidad de un modelo de Derecho penal del siglo XIX, del Estado de Derecho liberal burgués (si es que alguna vez existió con los rasgos que se le atribuyen), para proteger la convivencia y los bienes jurídicos fundamentales propios de la sociedad del S. XXI, que aspira a ser un Estado social y democrático de Derecho, ciertamente diverso.

De entrada, la opción minimalista de la Escuela de Frankfurt *se aviene francamente mal con la idea de la historicidad y positividad del Derecho penal*, que debe, para poder incidir de alguna manera en la sociedad cuya convivencia pretende regular. Y nuestra sociedad occidental, como ha afirmado CORCOY BIDASOLO, junto a los bienes clásicos de naturaleza individual, no se cuestiona la necesidad de proteger penalmente los riesgos de tipo atómico, químico, ecológico, genético o socioeconómico⁴⁷.

Eso no puede significar una total ruptura con el pasado, ni, menos aún, un olvido de los logros y conquistas básicas de éste. En nuestro caso, ello debe suponer sustraerse a las garantías derivadas de un Estado de Derecho. Pero, necesariamente, el entendimiento de las mismas no puede ser absolutamente descontextualizado, idealizado, hasta desproveerlo de cualquier referencia espacio-temporal. Manteniendo su esencia, deben ser adaptadas a su significado en el modelo de Estado de Derecho actual, que es también democrático y sobre todo, es o debe ser también social, que atiende a la vigencia real de los derechos, a la transformación social para su consecución y que también mira al conjunto de la ciudadanía y sus necesidades (también futuras, dada la escasez, finitud y degeneración de los recursos) como sujeto colectivo. Ello, como se desprende claramente del art. 9.2 de la Constitución, implica añadir un significativo contenido material al Estado de Derecho, sustancialmente diverso al modelo propio del Estado liberal.

Como señala JARIA I MANZANO, a partir de esta cláusula social se reconocen una serie de bienes jurídicos constitucionales que permiten la expansión de la actividad tuitiva y reguladora de los poderes públicos, particularmente los establecidos en el Capítulo III, como la salud, la vivienda o el medio ambiente..., representando una “cláusula de habilitación” para la acción del Estado a través también del Derecho penal y con respeto a los principios de intervención mínima, proporcionalidad, tipicidad y legalidad⁴⁸. Así mismo, este autor subraya la conexión del Estado social con la seguridad, reclamando la acción de los poderes públicos también para salvaguardar el ámbito de confort de las personas que les permita desplegar su autonomía. Ello supone para el Derecho penal, afirma, no sólo el establecimiento de nuevos bienes jurídicos dignos de protección, sino también nuevas

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, M., «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004, pp. 25 y ss., p. 29.

⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4^a ed., 2006, Madrid: EDIASA., p. 209.

⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, «Límites objetivos ... », cit., p. 28.

⁴⁸ JARIA I MANZANO, J., “El marco constitucional del Derecho Penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), JARIA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, 2015, Valencia: Tirant, p. 135 y ss., p. 175, advirtiendo también acerca de la erosión de esta cláusula con la modificación del art. 135 CE y su mayor fragilidad (p. 177). También, QUINTERO OLIVARES, “Aspectos generales”, en la misma obra, pp. 22 y ss., pp. 27 y 28.

categorías delictivas, como ocurre con los *delitos de riesgo*, que puede ser considerado la manifestación penal paradigmática del Estado social⁴⁹.

Al mismo tiempo, desde un punto de vista dogmático, esta modernización del Derecho y de la Ciencia del Derecho penal no puede ningunear el sólido edificio conceptual y sistemático que nos ofrece la Teoría jurídica del Delito y las reglas de imputación que la conforman. Pero hace falta un esfuerzo de adaptación del mismo, esa “nueva” dogmática que reclamara ROXIN para afrontar las particularidades del nuevo Derecho penal y que, habrá de ser contrastada con las exigencias y garantías de un Estado de Derecho.

Esta apuesta decidida por la modernización del Derecho penal tampoco puede significar que el jurista deba aceptar, como expansión adecuada y razonable, todo lo que el legislador atribuya al Derecho penal. Como siempre, el dogmático debe esmerarse en su labor de crítica y proponer reformas *de lege ferenda*. Pero esta labor, como ya se ha anticipado, debe hacerse “desde dentro”, apostando realmente por una dogmática “comprometida”, esto es, tomando como propio el nuevo Derecho penal positivo vigente y no sustrayéndose de esta labor, remitiéndolo en bloque a un lugar nuevo e indefinido. Al mismo tiempo, tampoco sustrayéndolo, en bloque, del rasgo más definitorio con que cuenta el Derecho penal: la pena privativa de libertad. En esencia, ello implica desnaturalizar de forma absoluta la calificación de “Derecho penal” para ese sector, que habría de incardinarse en el pretendido “Derecho penal de segunda velocidad”, al tiempo que supondría desconocer deliberadamente que para este ámbito de la criminalidad la pena pecuniaria es del todo inocua y, como ha señalado GARCÍA-PABLOS, también injusta, porque en último término forma parte de los costes empresariales, se repercute en el precio y termina pagándola el comprador final⁵⁰.

Todo ello, sin que haga falta insistir en las consideraciones valorativas y políticas, que pueden efectivamente deducirse con facilidad de la sustracción del genuino Derecho penal de toda la delincuencia de naturaleza esencialmente económica (la de los *poderosos*); así como de la no aceptación, como bienes jurídico-penales, de valores o intereses que, como el medio ambiente o la salud pública, que son absolutamente esenciales para la sociedad del presente; y para la sociedad del futuro, cuyo contexto vital nos corresponde a nosotros preservar.

A mi juicio, tales soluciones no se corresponden con el sentir general de la sociedad y no pueden ser, por tanto, bien entendidas por los ciudadanos, a cuyo servicio debe estar, sin duda alguna, el Derecho penal⁵¹. Más aún de una ciudadanía que está indignada con una crisis económica del sistema capitalista brutal, que se ha cebado con los más débiles, y con una corrupción generalizada en el mercado y en la Administración. De una ciudadanía que, a resultas de todo ello, lucha por consolidar su empoderamiento, es más consciente de preservar las condiciones de vida ante riesgos imprevisibles y estructurales y se está haciendo más dueña de sus derechos constitucionales, como sujeto individual y colectivo, más allá de los derechos fundamentales de primera generación.

⁴⁹ JARIA I MANZANO, “El marco constitucional...”, p. 176.

⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción...*, cit., p. 209,

⁵¹ Me parece muy acertada la petición de *moderación* a la ciencia penal que hace KUHLEN, “La autocomprensión... Comentario”, cit., p. 74. «Porque el cómo se tome partido ante los desafíos jurídicos penales depende fundamentalmente de *valoraciones*, y no hay ninguna razón que fundamente la hipótesis de que los penalistas valoren “más correctamente” o “mejor” que los políticos que hacen el Derecho o los ciudadanos sin formación jurídica» (op.cit., loc. cit.). Y añade todavía otra consideración respecto de la tacha sistemática de “populista” de la actual política criminal por parte de la Teoría crítica. Así, afirma, «hasta qué punto se ha hecho difícil la posición de la crítica se aclara, si se desplaza la atención de los pretendidos políticos populistas al *pueblo* mismo. ¿Cómo se le puede pedir en realidad *su* capacidad de juicio en cuestiones político-criminales si obliga, por así decirlo, en sentido simbólico y populista, a una Política criminal errada por principio?» (76-79). «La crítica al moderno Derecho penal (concluye)... ha establecido una relación muy difícil no sólo con la política criminal existente, sino también con la población, cuyo modo de ver las cosas no es tomado en consideración por esta Política criminal. Según esta opinión, los ciudadanos no están en su mayoría en situación de enjuiciar racionalmente cuestiones político-criminales y por eso se convierte en el objeto de la aclaración científica. Este modo de ver las cosas está equivocado...» (op. cit., p. 84).

2. “Derecho Penal individualizado” y Biopredicción

Cuando se traslada el discurso del riesgo al sector de la peligrosidad criminal, la política criminal se convierte en una cuestión, si cabe, aún más peliaguda. Y ello, porque la experiencia histórica demuestra que es en este sector de la delincuencia (el que incide más en la seguridad ciudadana) donde este discurso tiene un impacto real y más amplio, por las razones apuntadas.

Es verdad, preciso es reconocerlo, que las dificultades para contener una delincuencia, como la terrorista o, en general, la delincuencia organizada, sobre todo a escala internacional, ponen en *jaque* a todo el sistema punitivo de los Estados de nuestro entorno cultural, construido sobre un modelo de delincuencia esencialmente individual, localizada y ocasional, absolutamente diversa; y revestido con las garantías propias de un Estado de Derecho. Frente a alguien que está dispuesto a morir, matando previamente a todos cuanto alcance la bomba adosada a su cuerpo o consiga atropellar su vehículo, la amenaza de la cárcel es más que relativa. Frente a estos sujetos y colectivos, la eficacia preventiva de la pena es, aunque sea grave, probablemente insignificante para contramotivar el comportamiento criminal. A un nivel inferior, pero que se deja sentir mucho en la seguridad ciudadana, el terrorismo nacional, las bandas de delincuencia organizada, que cada día amplían más sus actividades delictivas hacia la delincuencia tradicional, manteniendo sus tradicionales ámbitos como el tráfico de drogas, de seres humanos, inmigración ilegal, trata de personas, explotación sexual de mujeres y menores..., lanzan un verdadero órdago al aparato punitivo del Estado; y la sociedad lo percibe como tal. El Estado de Derecho se ve en gran medida impotente para atajar, de una forma visiblemente efectiva para la sociedad, esta clase de criminalidad. La verdad es que, con el mismo convencimiento, no parece que un radicalizado “Derecho penal del enemigo” tampoco pueda estar en muchas mejores condiciones para resolver este problema y la realidad no hace más que confirmar día a día esta impresión. La violencia gratuita no engendra más que violencia, igualmente gratuita e ilegítima⁵².

La propuesta teórica de JAKOBS fue y sigue siendo absolutamente impactante⁵³, sobre todo porque el autor “describe” una situación que se percibe como real, sobre todo a nivel internacional. Y lo hace con tal poder de convicción, que nos trasmite fatalmente la idea de que se trata de un modelo penal *inevitable*, dada la acreditada falta de eficacia del aparato punitivo para afrontar esta clase de criminalidad. Resulta sumamente objetable, se le ha señalado, limitarse simplemente a describir sin valorar⁵⁴ este modelo de Derecho penal y que implique retirar al individuo el *status* de “*persona*” y excluirlo del contrato social, aunque sea transitoriamente. Eso, como línea de principio, por más matices que se le puedan añadir, resulta incompatible con la dignidad del ser humano, como ser esencialmente social e igual a todos los demás, y con la democracia⁵⁵. Lo que ha estado sucediendo a nivel internacional debe calificarse simplemente de “lucha o guerra contra el terrorismo”; o “contra el narcotráfico”... Y lo que genera es el mismo producto: más guerras como lo fue la de Irak o es ahora en Siria en la lucha contra el Daesh; a estados de excepción, como el que se tuvo que instaurar en Francia tras la ola de atentados yihadistas en 2017 perpetrados por *lobos solitarios*; a movimientos masivos de refugiados que parecen

⁵² Vid. en este sentido, PRITTWITZ, C., “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *La Política criminal en Europa*, 2004, Barcelona: Atelier, pp. 107 y ss.; p. 118., recalando, además, que carece de fundamento empírico alguno (p. 119).

⁵³ En cuanto al problema planteado, la ciencia en su crítica ha llegado a la posición, sorprendente, «que el diagnóstico da miedo u que su formulación es indecorosa», dice JAKOBS, «ciertamente, el mundo puede dar miedo y, de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje. Ninguna palabra más sobre esto». Vid. JAKOBS G./CANCIO MELIA, M.: *Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Madrid: Thomson-Civitas, p. 17. “Provoca, ya desde el principio, un rechazo emocional”, derivado, justificadamente, de la contemplación histórica y actual del uso que en algunos casos ha podido hacerse del Derecho penal en algunos países. Así, GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, 2005, Valencia: Tirant, p. 94.

⁵⁴ En este sentido, MUÑOZ CONDE, MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “Derecho penal del enemigo”, cit., p. 173, descalificando la propuesta de JAKOBS por su ambigüedad valorativa.

⁵⁵ Resaltando esta incompatibilidad con la dignidad del ser humano y el “derecho penal del enemigo”, MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del nacionalsocialismo*, Valencia, 2002, p. 119, entre otros.

no importarle a nadie más de tres telediarios o frente a quienes los Estados se ven, simplemente imponentes y con una creciente y cada vez menos disimulada reacción social a asumirlos... En este contexto internacional, no hay ningún Derecho penal que se hace realmente valer, sólo fuerza y el modelo de guerra del S. XIX, cuyas reglas humanitarias y límites están todavía por definir⁵⁶.

En todo caso, la calificación y discusión en torno a un supuesto “Derecho penal del enemigo” (si es que se quiere seguir admitiendo esta denominación) parece que sólo debería atribuirse a las manifestaciones legislativas nacionales, o de la Unión Europea, correspondientes pues a sociedades democráticas⁵⁷, más o menos orientadas a esta construcción teórica, por incorporar un tratamiento penal particular, con un marcado acento punitivista, a determinados sectores de la criminalidad. En particular, aquellas que implican una apuesta radical por la prevención general y por la especial inocuidadora, bajo el simbólico lema de “tolerancia cero”, desconociendo en gran medida el fin resocializador al que debe aspirar la ejecución de las penas; y que contemplan modelos de excepción para determinadas clases de delincuencia, o de delincuentes (“enemigo interior”), sobre todo en materia de terrorismo, delincuencia organizada, en particular del narcotráfico, delincuencia sexual y patrimonial profesionalizada y la proveniente de la inmigración ilegal.

Lo que se identifica como Derecho Penal del enemigo debe analizarse como un modelo excepcional de autor (por su mayor intensidad represiva) en el seno de un Derecho penal, que global y progresivamente va incorporando la peligrosidad criminal desde el propio seno del injusto y que se despliega cada vez más ampliamente en la reacción punitiva, que se hace cada vez más pluridimensional, con una evidente eliminación de las fronteras entre las genuinas penas y las medidas de seguridad. A diferencia del genuino Derecho Penal del riesgo, en lo que aquí se está tratando, la defensa social no se aborda a partir de la contención y control de los riesgos derivados del progreso o de sectores que antes eran propios del Derecho Administrativo. Ahora *se trata de conjurar el peligro (presunto) que proviene del propio autor, quien no proporciona una suficiente “garantía cognitiva” de que se va a comportar respetando el ordenamiento jurídico.*

Y así, mientras que Derecho penal del hecho técnicamente vincula la punibilidad solo a la acción típica peligrosa, en tanto generadora de un peligro o una lesión para un bien jurídico; el Derecho Penal de autor actual, la penalidad se asocia también (parcialmente) a lo que el autor es. Su personalidad y su modo ilícito de conducirse en la vida representan un riesgo incrementado para el bien jurídico, en tanto que se percibe una mayor probabilidad de que se repitan comportamientos de la misma naturaleza en el futuro, con la misma o con una mayor gravedad⁵⁸. En definitiva, la punibilidad se asocia también a la peligrosidad del autor.

En el Derecho Penal vigente, lo que está ocurriendo es una intensificación cuantitativa y cualitativa de la referencia a la peligrosidad del autor, tanto en el desarrollo de tipos criminológicos de autor (p.e. terrorismo, delincuencia organizada, maltrato doméstico, delincuencia sexual, delincuencia patrimonial profesionalizada...), como en el diseño general de las consecuencias jurídicas, habiéndose establecido realmente un modelo global, que sólo formalmente distingue entre penas, medidas de seguridad y otras consecuencias, pero en el que, materialmente, todos los instrumentos actúan conformando la respuesta, cada vez más individualizada a la culpabilidad y a la peligrosidad del autor

⁵⁶ Sin dejar de reconocer, además, que esta construcción puede dar “cobertura teórica” a quienes necesitan legitimar su opción clara por un derecho penal autoritario. Así, PRITTWITZ, quien llama la atención sobre el particular daño que en América Latina, zona en la que existe una fuerte tradición de Derecho penal autoritario, produjo la construcción de JAKOBS. Vid., PRITTWITZ, «Derecho penal del enemigo...», cit., p. 119.

⁵⁷ Con razón señala GRACIA MARTÍN que la discusión en torno al “Derecho penal del enemigo” no tiene sentido en un Estado totalitario. Vid., *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, cit., p. 95.

⁵⁸ Este concepto, señala ROXIN tiene la gran dificultad de que “es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente)” ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. T. I*, Madrid: Civitas, p. 181. Y ello puede ser en un futuro aun más cierto con los aportes de la Neurociencia. Cfr. GREENE, J. & COHEN, J., “For the law, neuroscience changes nothing and everything”, *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 2004, 359, 1775-1785.

conjuntamente⁵⁹. *Desaparecida la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, simplemente, la respuesta a la peligrosidad del imputable se va progresivamente (re)incorporando también al sistema penal.*

El nuestro no es ya, si es que alguna vez lo fue realmente, un sistema puro de Derecho penal de la culpabilidad por el hecho cometido frente al derecho penal de la peligrosidad, circunscrito al ámbito de la inimputabilidad o de la semiimputabilidad. En esencia, nuestro legislador parece haber rechazado (a mi juicio con resignación práctica) lo que podría ser una alternativa sistemática más coherente, como podría haber sido la de introducir la custodia de seguridad, en tanto que acabaría ejecutándose también en las prisiones⁶⁰. En su lugar, la pena de prisión fundamentalmente, se alarga mediante la opción de incrementar la penalidad por la peligrosidad del sujeto, directamente; o se incrementa el rigor punitivo, incorporando medidas (obligaciones o deberes) que complementan la estricta ejecución de lo que formalmente son las penas.

El resultado, como hemos desarrollado en otro lugar, es un Derecho Penal que en el que se está agudizando la *tendencia a la individualización de la respuesta penal para sectores o categorías de criminalidad* que presentan una especial peligrosidad como colectivo, es decir, en términos generales o estadísticos, aun cuando dicha peligrosidad no aparezca específicamente en el sujeto concreto. También hemos expresado la opinión de que, a pesar de sus indudables objeciones sistemáticas, garantísticas y operativas, esta puede ser una orientación político-criminal legítima, a condición de que la predicción de la peligrosidad mejore sustancialmente, apoyada en métodos científicos fiables y en un conocimiento criminológico que pueda servir realmente de apoyo a las decisiones de política-criminal⁶¹.

2.1. Implicaciones dogmáticas del perfeccionamiento de la predicción de la peligrosidad criminal: especial consideración a la biopredicción

El conocimiento cada vez más preciso de los factores de riesgo que favorecen la comisión delictiva y la reincidencia puede contribuir a la transformación del Derecho Penal actual en dos dimensiones, implicando ambas un adelantamiento de la línea de defensa en la tutela de bienes jurídicos. La primera de ellas abstracta, conectada con el juicio de antijuricidad y que vendría a suponer una ampliación formal y material del ámbito de lo injusto; y la otra, una dimensión individual, conectada con el juicio de culpabilidad del autor, que también vendría a suponer una ampliación de la responsabilidad penal, particularmente del ámbito de la imprudencia.

Así, como se sabe, la tipificación expresa, entre otras valoraciones, un juicio de relevancia para el derecho penal, en tanto lesión o puesta en peligro no permitidas para el bien jurídico. Pues bien, *un mejor conocimiento del riesgo del comportamiento delictivo podría ser muy útil para informar “con sentido” la posible existencia de tipos agravados o atenuados fundamentados en la peligrosidad del autor, en base a su pertenencia a un perfil criminológico determinado.* Por ejemplo, la pertenencia de un sujeto a una organización criminal o haber hecho del delito un modo de vida (delincuencia patrimonial profesionalizada) para sustentar una penalidad agravada en razón de un mayor riesgo de reiteración delictiva o incorporar mejores alternativas. Aquí, *con independencia del perfil concreto del autor, su pertenencia al grupo o su actividad, como se ha dicho, definirían su peligrosidad (estadística y abstracta).* Obviamente, en la medida en que el riesgo de reiteración derivado del autor cofundamenta el injusto, la capacidad de la culpabilidad por el hecho de actuar como límite se resiente claramente, aunque probablemente no de un modo tan diferente a como queda desvirtuada con la prevención general en tanto función central que cumplen las conminaciones legales. De otra parte, aun cuando en la individualización final de la pena, podría atenderse a las características individuales del

⁵⁹ GONZÁLEZ TAPIA, M^a.I., “Derecho penal de la Peligrosidad y Neuropredicción. Hacia un ‘Derecho Penal individualizado’”, en SUÁREZ LÓPEZ, J.M. / BARQUÍN SANZ, J. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./ SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (Coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018, Madrid: Dykinson, pp. 327 y ss.

⁶⁰ Muy interesante sobre esta medida, los problemas constitucionales y los resultados prácticos de la misma, BORJA JIMÉNEZ, E., “Custodia de seguridad, peligrosidad potcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, núm. 18, pp. 1 y ss., p. 55.

⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M.I., “Derecho penal de la Peligrosidad...”, cit., *pasim*.

sujeto, que neutralicen esa peligrosidad inicial supuesta (factores protectores o que contrarrestan su peligrosidad estadística en el caso concreto), no puede obviarse que se manifiesta aquí la problemática general que presenta el hecho de trasladar inferencias negativas derivadas de las características “medias” (estadísticas) de un grupo que pueden no aparecer específicamente en un sujeto en cuestión.

A su vez, como sugiere BAUM⁶², desde una perspectiva material o de la lesividad del comportamiento, una mejora en la predicción de la peligrosidad criminal *podría incidir en la ampliación del ámbito de lo previsible y lo probable y, por tanto, en la imputación objetiva, con la concreción (restringiéndolo) del riesgo permitido y la redefinición de la norma de cuidado (ampliándola) en atención a circunstancias concurrentes en un círculo específico de autores*. Y se haría, como consecuencia de mejorar el conocimiento referido, no ya a la peligrosidad de la conducta, si no a las *probabilidades de que el autor incurra en un comportamiento ilícito del tipo considerado o de que las características psico-biológicas del autor modifiquen la estadística de la peligrosidad general de la conducta*. Así, por ejemplo, el hecho mismo de conducir aparece vinculado a una norma de cuidado que es diversa para quienes no tienen (o no sospechan que pueden padecer epilepsia), que para aquellos que ya están diagnosticados, para los que, en atención al riesgo de tener un desvanecimiento en la conducción, no deben realizar esa conducta que pone en riesgo a los demás. E incluso, para quienes sin tener un diagnóstico cierto y actual, tuvieran biomarcadores que previeran con porcentaje relevante que podrían padecer los síntomas de la enfermedad en un corto espacio de tiempo. En el primer caso, la propia norma de cuidado determinaría la prohibición de conducir, mientras que en el segundo, un más ambiguo criterio de precaución, derivaría en la necesidad de, o bien no conducir, o bien tomar precauciones para evitar la eventualidad prevista. Y en ambos casos, la norma de cuidado es más amplia, y la posibilidad de un evento lesivo para los demás convierte en una misma conducta en prohibida sólo para un cierto grupo de personas y, por tanto, modifica el riesgo asociado a exactamente la misma conducta: conducir.

Así mismo, y consecuentemente, el incremento del conocimiento del riesgo delictivo también tendría incidencia en el ámbito de la culpabilidad, esto es, en el juicio de imputación que se hace al autor, *ampliándose individualmente los deberes de precaución y de control que son exigibles al conjunto de los ciudadanos (peligrosidad individual y concreta)*.

Y ello, por dos razones. Desde la perspectiva de la imputabilidad, porque la referencia en nuestro ordenamiento, por ejemplo, a la “anomalía o alternación psíquica” y no a una enfermedad mental en sentido estricto, abre la puerta a alteraciones neurológicas o daños cerebrales que no encajan en la noción de enfermedad o trastorno mental, pero que pueden estimarse patológicas como consecuencia de apartarse de la “media” estadística, lo que en el futuro va a poder ser contrastado mucho más fácilmente a partir de la acumulación de datos que se está efectuando y del tratamiento actuarial de los mismos respecto de la estructura y del funcionamiento normal del cerebro en el ser humano. Y si esa anomalía o alternación psíquica puede llegar a situarse en la base explicativa de las dificultades relativas a la capacidad cognitiva o de la capacidad de control, se habrá ampliado indirectamente el ámbito de la exclusión o de la atenuación de la responsabilidad criminal, pero, al mismo tiempo, ampliado el campo de control de la peligrosidad criminal por parte del Derecho Penal. De hecho, al momento de escribir estas páginas, ha quedado “visto para sentencia” el denominado “Crimen de Pioz”, en el que se ha admitido por primera vez en nuestros Tribunales un PET como prueba y en el que se está dilucidando si el responsable tenía o no una anomalía psíquica en el lóbulo temporal y la incidencia que esta podría tener en su capacidad de control. Y de concederse que así es, con independencia de su encaje psiquiátrico o psicológico, lo cierto es que estaría abierto el campo también de la imposición de medidas de seguridad sobre la base de una peligrosidad derivada directamente de su configuración cerebral; y, en caso de apreciarse sólo una atenuación, abonado el terreno para cuestionarse la racionalidad político-criminal de

⁶² Cfr., sobre estas cuestiones, se puede consultar el excelente e inspirador trabajo de BAUM, M. L., *The Neuroethic of Biomarkers. What the Development of Bioprediction Means for Moral Responsibility, Justice, and the Nature of Mental Disorder*, 2016, Oxford: OUP, *passim*.

atenuar la responsabilidad criminal y no atender al mismo tiempo al mayor riesgo que para la sociedad representa el autor.

De otra parte, la mejora en la evaluación del riesgo que proviene del propio autor, en términos de ampliación de lo que resulta previsible, podría tener también *incidencia en lo que le resulta previsible y exigible al autor, desde el momento en que tenga conocimiento de los riesgos que se derivan de su persona o, incluso, desde el momento en que debería haberse cerciorado de la presencia o ausencia de los mismo*. Podría incidir claramente en aspectos como las “*actio libera in causa*” o la imprudencia, en cuya base está la previsibilidad del riesgo y la capacidad/obligación de evitación, neutralización o control del mismo por parte del agente, por ejemplo, tomándose un específico tratamiento.

Esta problemática fue apuntada en términos generales ya en otro trabajo, a propósito del mal llamado “gen guerrero”, en el que se discutía el tratamiento jurídico de la conocida interacción entre la versión corta del alelo MAOA-L, regulador de la serotonina, en combinación con un maltrato severo desde la infancia, que daría lugar (solo en varones) a una mayor propensión al comportamiento futuro violento e impulsivo y afectando, en consecuencia, a la capacidad de autocontrol del sujeto. En atención a la falta de concreción por parte de la ciencia de una afectación grave de dicha capacidad volitiva, se concluía que tal interacción podría dar lugar únicamente a una atenuación de la responsabilidad criminal y se planteaba también la espinosa cuestión de cómo, a diferencia de la solución que podría darse en nuestro ordenamiento jurídico, en Italia este supuesto (*Caso Bayout*)⁶³ dio lugar a la aplicación conjunta de una medida de seguridad en atención a la peligrosidad sociobiológica del autor. De otra parte, yendo más allá, imaginemos que ese mismo sujeto reiterase un comportamiento delictivo que respondiera a los mismos parámetros violento-reactivos. Podría plantearse si no debería el sujeto haberse planteado dicha eventualidad, si no debería haberse el sujeto medicado para evitar tales reacciones en el futuro o si, ante este nuevo supuesto, no podría argumentarse válidamente una disminución de su responsabilidad criminal (subsistiendo acreditada su peligrosidad) en atención a la previsibilidad del evento ocurrido. ¿Merecería no sólo que permaneciera intacta su responsabilidad criminal sino también una medida de seguridad que neutralizara el riesgo que el sujeto supone? ¿Qué pasaría si un sujeto hubiera sido genotipado de tal forma, conociera su propensión al comportamiento violento en respuesta a provocaciones incluso socialmente menores, y no tomara precauciones..., ¿Podría sostenerse una disminución de su responsabilidad criminal? Aquí se dejan sólo planteadas esas cuestiones...

Y por supuesto, esta intensificación de la referencia a la peligrosidad también se manifiesta en el Derecho Penal actual en su ámbito, por así decirlo, más natural y tradicionalmente indiscutido, como es en la individualización de la pena “en atención a las circunstancias del autor” o en la elección de la penalidad principal y accesoria, ya que, particularmente esta última, responde a la idea de neutralizar el riesgo de reiteración. También, por supuesto, en el ámbito de la ejecución penitenciaria o de las alternativas a la misma, para definir el tratamiento más adecuado, para orientar las obligaciones o deberes que deben acompañar la decisión sobre la libertad condicional o la suspensión, para decidir acerca de la conveniencia de la libertad vigilada u otras medidas de control...

La pregunta es, obviamente, qué convierte en diferentes las previsiones de futuro respecto de la predicción criminal a lo que ya existe en la actualidad o se ha planteado en otros momentos históricos, porque, en realidad, ninguno de los conceptos dogmáticos que se están identificando son nuevos, ni los planteamiento sugeridos tampoco. Y tampoco lo son, en su mayoría, los perfiles criminológicos identificados: delincuentes sexuales, delincuente patrimonial reincidente, delincuencia organizada, maltratadores, corrupción... Tampoco es, desde luego, ajeno al Derecho Penal la idea de peligrosidad de base biológica, como lo demuestra directamente la previsión expresa de las medidas de seguridad para los inimputables o el positivismo criminológico de la Scuola Positiva, por ejemplo. Sin embargo, a mi juicio, lo que supone un cambio muy relevante respecto de la situación anterior es que, mientras que en el último siglo y hasta ahora la peligrosidad se ha evaluado atendiendo

⁶³ Cfr., FERESIN, E., “Lighter sentence for murderer with bad genes”, *Nature*, 30 Octubre 2009, <https://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html> (últ. vista: 22/11/18).

particularmente a factores de riesgo dinámicos (sociales o situacionales), silenciándose las influencias sociobiológicas en el comportamiento criminal, en la actualidad se están recuperando decididamente tales ideas, que explicarían un porcentaje significativo de la estadística criminal, más allá del terreno de la enfermedad mental o de las adicciones. *En la actualidad, están irrumpiendo de nuevo con fuerza los factores de riesgo estáticos o neurobiológicos, como consecuencia del avance espectacular de las Neurociencias y con una tecnología que permite cosas impensables hace sólo veinte años.* La ciencia parece tener pocas dudas de que los factores biológicos y psicológicos juegan un papel muy relevante en la etiología del comportamiento antisocial, particularmente en lo que se refiere al comportamiento antisocial persistente y de naturaleza violenta . Estamos asistiendo a un consenso cada vez más generalizado, y expresado abiertamente, respecto de la necesidad de incorporar también el conocimiento relativo a las bases sociobiológicas del comportamiento criminal, recuperándose una perspectiva biologicista en la Criminología (Criminología Biosocial)⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. BARNES, J.C., BOUTWELL, B.B., BEAVER, K.M., GIBSON, C.L., Wright, J.P., “On the consequences of ignoring genetic influences in criminological research”, *Journal of Criminal Justice*, 2014, Volume 42, Issue 6, pp. 471 y ss. O también, entre otros, FOX, B., “It's nature and nurture: Integrating biology and genetics into the social learning theory of criminal behavior”, *Journal of Criminal Justice*, 2017, Volume 49, pp. 22 y ss.

REFLEXIONES SOBRE LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y LA REFORMA PENAL DE LA IMPRUDENCIA EN SUPUESTOS DE CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

Eva M^a Domínguez Izquierdo
Profesora de Derecho penal
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2018

RESUMEN: En el marco de la decisión de suprimir definitivamente el catálogo de faltas recogido hasta entonces en el libro III del CP, la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo importantes modificaciones en la regulación de la imprudencia punible en sede de los delitos de homicidio y lesiones que han tenido especial repercusión en el contexto del tráfico y la seguridad vial al eliminar los supuestos de imprudencia leve del ámbito penal, creando, al mismo tiempo, una nueva categoría de imprudencia -la menos grave- que origina numerosos problemas interpretativos y de delimitación. Con tales precedentes, se realizan unas reflexiones sobre la Propuesta de Reforma del CP sobre esta materia actualmente en trámite parlamentario, cuya pretensión es definir y concretar *ex lege* lo que ha de entenderse por imprudencia *grave* y *menos grave* a estos efectos, agravar las penas considerablemente cuando el número de víctimas sea elevado y crear un nuevo, aunque muy discutible, delito de fuga del lugar del accidente en sede de los delitos contra la seguridad vial.

ABSTRACT: Within the framework of the decision to permanently abolish the catalogue of misdemeanours which was included into Book III of the Penal Code, the Organic Law 1/2015, 30th of March, introduced relevant changes into the current legislation concerning criminal negligence regarding homicides and injuries which have a special impact in the field of traffic and road safety. Slight negligence cases have been removed from the Criminal Law meanwhile, at the same time, a new category of negligence (the slight one) which is presenting a number of problems concerning interpretation and delimitation has been created. At this point I will reflect on the proposed reform of the Penal Code on this area, which is going through parliament at the time of writing, whose aim is to define and concretise *ex lege* what has to be understood as gross and slight negligence, to increase the penalties in case there is a high number of victims and to create a new, albeit highly arguable, offence: failing to stop at scene of accident.

PALABRAS CLAVE: imprudencia grave, menos grave, homicidio, lesiones, conducción de vehículos a motor.

KEYWORDS: gross negligence, slight negligence, homicide, injuries, driving a mechanically propelled vehicle.

I. ANTECEDENTES

La reforma del CP operada por LO 1/2015 de 30 de marzo introdujo novedades muy importantes en el ámbito de la imprudencia incluyendo - y alterando al tiempo el modelo vigente hasta ese momento- como nueva modalidad intermedia en el ámbito de los delitos culposos la imprudencia “menos grave”¹ -si bien con virtualidad únicamente para los delitos de lesiones y homicidio- junto a las ya consolidadas categorías de imprudencia grave y leve, quedando esta última clase de comportamiento negligente despenalizado² y relegado a la vía civil³ o administrativa. Esta nueva variedad de imprudencia viene, de esta forma, a terminar con lo que ha sido una clasificación clásica en dos categorías: temeraria o grave y simple⁴ o leve⁵. Con ello se intentaba dejar patente que, aun desechando del ámbito penal la imprudencia leve o poco significativa, sigue existiendo un espacio medio para conductas no demasiado graves que vayan más allá de un mero despiste, que no permiten calificar al conductor, si nos situamos en el ámbito del tráfico rodado, como autor de una infracción constitutiva de delito pero que, al tiempo, existen otros casos en los que la conducta no excesivamente negligente, causa lesiones de extraordinaria gravedad que “si tiene gravedad suficiente y merece una pena de cierta entidad debe ser reconducida a los nuevos supuestos de imprudencia menos grave”⁶ del CP. Esta decisión conlleva unas consecuencias no suficientemente valoradas en su día por el legislador. Por una parte, algunos comportamientos imprudentes anteriormente graves a los que se anudaba una pena de prisión pasan a ser catalogados, en ocasiones, como “menos grave” y castigados con multa, en ese reparto de la franja intermedia. En el caso de la salud, y en el nivel inferior, algunas actuaciones determinantes de una afectación de la integridad de escaso nivel (los resultados lesivos atenuados del art. 147.2 CP anterior y posterior a la reforma), aun siendo causados por imprudencia grave, pasan de ser falta a ser impunes⁷. También se excluye del ámbito penal las antiguas faltas de homicidio y lesiones causadas por imprudencia leve.

¹ Ha sido una constante en nuestros Códigos penales castigar, de forma invariable, lo que siempre se ha conocido como “imprudencia simple”, ya fuera delito o falta. Vid. CP 1948, aunque, eso sí, progresivamente, ha ido perdiendo presencia y entidad, por cuanto, sobre todo a partir de la reforma de 1989, aquellas imprudencias simples se redujeron a los males constitutivos de delito, terminado en el CP 1995 afectando únicamente a los bienes personalísimos (vida e integridad física o psíquica). La tendencia culmina ahora llevando a la impunidad la causación de los resultados lesivos para tales bienes jurídicos originados por imprudencia leve.

² Hasta este momento, la imprudencia leve sólo era penalizada afectando a bienes personales en casos puntuales, casi de forma extraordinaria como “faltas”. Se despenalizan, a tenor de la citada reforma, las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve, así como las lesiones atenuadas (art. 147.2 CP anterior a la Reforma) causadas por imprudencia grave tipificadas en el art. 621 CP que son suprimidas al quedar derogado el libro III del CP. En la actualidad, las lesiones previstas en el art. 147.2 CP, esto es, aquellas que no requieran tratamiento médico quirúrgico tras la primera asistencia facultativa, sólo se castigan penalmente si concurre dolo. Lo mismo sucede con el maltrato de obra previsto en el art. 147.3 CP. Tampoco se castigan penalmente en la actualidad y hasta ver cómo resulta finalmente el Texto de Reforma que se encuentra en Trámite parlamentario, las lesiones del art. 147.1 CP cuando se produzcan por imprudencia menos grave.

³ La justificación de esta Reforma que excluye la imprudencia leve e introduce la menos grave, la encontramos en la Exposición de Motivos de la propia Ley 1/2015, por cuanto, “no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los arts. 1902 y siguientes del Código civil”. Tal decisión legislativa comporta, no obstante, un elevado coste para las víctimas cuando se trata de homicidios imprudentes leves mediante la utilización de vehículos de motor. Por este motivo, aunque no es suficiente, se optó por eximir del abono de las tasas judiciales en los procesos civiles iniciados para reclamar las indemnizaciones pertinentes por los daños y perjuicios ocasionados en accidentes de tráfico. Decisión adoptada en Consejo de Ministros de febrero de 2015 que queda plasmada legalmente en el art. 15 del RDLeg 1/2015.

⁴ Aunque esta permitiera su distinción ente imprudencia simple “con o sin infracción del reglamento”.

⁵ En contra de esta despenalización se manifestó firmemente la doctrina durante el trámite parlamentario de la Reforma. Así, ALVAREZ GARCIA, J., en diario de Sesiones núm. 503, de 18 de febrero de 2014, 503, pág. 12. Vid, en el mismo sentido crítico, DIEZ RIPOLLÉS Y GÓMEZ LANZ, J, Diario de sesiones, Congreso de los diputados, Comisiones (527) núm. 514, 11 de marzo de 2014 (páginas 3 y ss.). La enmienda núm. 776 BOCG serie A, núm. 66-2 de 10 de diciembre de 2014 (pág. 505) proponía la introducción de imprudencia leve como delito. Finalmente, prosperó la inclusión de dos nuevos delitos por imprudencia “menos grave” (lesiones y homicidio). Vid. las enmiendas núm. 819 y 820. BOCG serie a, núm. 66-2 de 10 de diciembre de 2014 (págs. 531 y ss.).

⁶ Enmiendas 819 y 820 cit.

⁷ Así, en algunas sentencias subyace la idea de que la antigua imprudencia leve se identifica, al menos formalmente, con la menos grave. Esto ocurre en las SSAP de Madrid 789/2015, de 7 de diciembre (La Ley

Se opta, por tanto, de una forma clara por una menor protección de la vida y la salud ante comportamientos imprudentes en general, a pesar de la práctica jurisprudencial que venía poniendo de relieve la difusa línea diferenciadora entre la imprudencia grave y la leve resultando finalmente sobredimensionada esta última categoría o modalidad de culpa a costa de anteponer los fines meramente indemnizatorios. Sin embargo, si la finalidad pretendida era que los resultados lesivos graves no pudieran dar lugar a una imprudencia leve (falta) no era necesario crear una nueva categoría de imprudencia, eliminando la leve, sobre todo porque ello implica confundir la entidad del resultado finalmente causado con la gravedad del comportamiento negligente y origina, al tiempo, insalvables problemas de graduación de la culpa. Ciertamente, la FGE⁸ venía poniendo de manifiesto que en la práctica judicial se observaba una tendencia a la degradación de la imprudencia en el sector estadísticamente más importante en el día a día como es el que hace referencia a la siniestralidad en el tráfico, hasta el punto en que se había diluido de forma generalizada la diferencia entre imprudencia grave y leve en la búsqueda prioritaria de la obtención de indemnizaciones. Sin embargo, la solución que aporta la ley actual no garantiza que se vaya a graduar mejor el nivel de las imprudencias acudiendo a una categoría intermedia de contornos inciertos. Al contrario, es posible que las faltas de diligencia leve puedan ser catalogadas en unas ocasiones como imprudencia menos grave (delito leve) y en otras como imprudencia leve (vía civil). Tampoco la finalidad de aligerar la carga de los juzgados de lo penal derivando a la jurisdicción civil las imprudencias muy leves se garantiza plenamente con la nueva fórmula pues la persona agraviada obtiene ciertas ventajas en la vía penal, fundamentalmente el informe forense y el denominado “auto de cuantía máxima” (al menos, para casos de sentencia absolutoria o fallecimiento)⁹. Esto ocasiona que, finalmente, no se pueda prescindir de las diligencias de prueba y derivar el asunto a la vía civil únicamente en atención al atestado policial. Esto es, se puede haber suprimido el acto del juicio, pero no se pueden obviar todos los imprescindibles pasos anteriores ya que, de algún modo, se ha de valorar la entidad del hecho y sus circunstancias.

De esta forma, en lo que respecta a los resultados de muerte, encontramos en el texto vigente como reflejo de las nuevas denominaciones legales que han adoptado las categorías de imprudencia punible, el homicidio causado por *imprudencia grave*¹⁰ y el cometido con *imprudencia menos grave* (art. 142, 1 y 2 CP respectivamente)¹¹ siendo en el último caso únicamente perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal¹². Alude así el apartado primero a la imprudencia “grave” –denominada en el CPTR-73 temeraria– como la forma más grave de infringir la norma de cuidado, bien se trate de culpa consciente o inconsciente (o si se prefiere, con o sin representación), pues se trata de categorías dogmáticas diferentes y sin que se precise la infracción de reglamentos, en la medida en que las previsiones que se contengan en esta normativa no han de corresponderse necesariamente con la norma de cuidado o con las precauciones más elementales, quedando el umbral de la intervención penal situado en esa zona imprecisa que sería la imprudencia menos grave que irrumpe en nuestro ordenamiento como

201091/2015), y 561/2015, de 4 de septiembre, ambas de la Sección 23^a, referidas a colisiones por alcance sucedidas con anterioridad al 1 de julio de 2015 y en las que se afirma, sin más argumentación, la existencia de un supuesto de lesiones causadas por imprudencia menos grave, pero atípicas al no alcanzar los resultados de los arts. 149 o 150 CP. En contra, negando expresamente que la imprudencia menos grave pueda equipararse a la antigua leve, la SAP de Madrid 865/2015, de 19 de octubre (La Ley 171787/2015), Sección 2^a.

⁸ Vid. Instrucción FGE 3/2003, pág. 2.

⁹ Tras la Reforma en 2016 del art. 13 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro.

¹⁰ Incluye la imprudencia profesional, que conlleva como pena adicional la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

¹¹ El homicidio causado por imprudencia grave conlleva una pena de prisión de uno a cuatro años. Se añade la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años si se hubiera cometido utilizando los mismos y la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años si se hubiera cometido utilizando un arma de fuego. La imprudencia menos grave que causa la muerte de otro está castigada con una pena de multa de tres a dieciocho meses y las mismas penas privativas de derechos si se cometiere mediante vehículo a motor o armas de fuego de tres a 18 meses.

¹² Esta condición de perseguibilidad también ocasiona problemas en la práctica forense tratándose de homicidios imprudentes que tienen lugar en el tráfico rodado y que además contradice las directrices que el propio Ministerio Fiscal había propuesto para asumir el protagonismo en la acción penal. Este esfuerzo quedaba plasmado en la Circular 10/2011 donde se pone de relieve que gracias al mismo “se ha elevado el número de procedimientos tramitados las condenas impuestas por los tipos de homicidio y lesiones imprudentes”.

consecuencia de la supresión poco meditada del homicidio por imprudencia leve y que, como categoría intermedia, justifica la elevación de la pena de multa situada ahora en un arco de tres a dieciocho meses frente a la pena de uno a dos meses que preveía la extinta falta del art. 621.1 CP para los homicidios ocasionados por imprudencia leve.

En lo que respecta a las lesiones imprudentes, el art. 152 CP castiga, en su apartado primero, con diferentes penas, la causación por imprudencia grave de las lesiones descritas en los arts. 147.1¹³, 149¹⁴ y 150¹⁵ CP y en su apartado segundo, la producción por imprudencia menos grave de alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP¹⁶, quedando impune la conducta si se causara el resultado del art. 147.1 CP (aspecto éste que ha sido modificado finalmente en el texto proyectado que se comenta). Ello ha conllevado, no obstante, la imposibilidad de acudir a la vía penal tratándose de las lesiones del art. 147.2 (que no conllevan tratamiento médico quirúrgico), ya sean imputadas a título de imprudencia grave o menos grave y, tratándose de imprudencia menos grave, aun cuando se tratase de las lesiones previstas en el art. 147.1 CP (recordemos que éstas ya conllevan tratamiento médico-quirúrgico posterior a una primera asistencia facultativa) o se ocasionare cualquier tipo de resultado por imprudencia leve. Supuestos que, en la práctica, constituyen el grueso de los accidentes de tráfico¹⁷ que, de este modo, no podrán contar con el dictamen pericial del forense judicial. De ahí el problema práctico que se suscita.

Parece pues que el legislador introdujo con esta reforma de 2015, un nivel medio de imprudencia que engloba parte de las que anteriormente se consideraban leves pero que también se nutre de algunos supuestos de menor gravedad que han sido detraídos del concepto de imprudencia grave. No puede ser de otro modo cuando el total que antes se repartía en dos porciones pasa a dividirse en tres. A tenor de ello puede decirse que, realmente, se despenalizaron sólo parcialmente los casos de imprudencia leve, quedando aun dentro del ámbito punitivo las imprudencias leves más graves, si se pudiera expresar así, integradas en esta especie de imprudencia de grado medio. La imprudencia menos grave supondrá, de este modo, un plus respecto de la despenalizada imprudencia leve¹⁸ sin que quepa hacer una subsunción de una en la otra.

Ante esta situación, a las dificultades que siempre han existido para delimitar la imprudencia grave de la leve¹⁹ se une este tercer género que obliga a delimitar con mayor

¹³ Lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental y que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico.

¹⁴ Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica.

¹⁵ Pérdida o inutilidad de un órgano no principal o la deformidad.

¹⁶ Sin embargo, a tenor de lo establecido en el CP, las muertes ocasionadas por imprudencia grave (art. 142.1CP) y las lesiones causadas por este mismo tipo de culpa (art. 152.1) tienen la consideración de “delito menos grave” pues la pena que se le asigna es considerada “menos grave” (art. 13.2 CP y art. 33.3 CP). Del mismo modo, las muertes originadas por imprudencia menos grave (142.2) y las lesiones causadas por imprudencia menos grave (art. 152.2 en relación con los arts. 149 y 150 CP) tienen la consideración de “delito leve” (arts. 13.3 y 33.4 CP). Ello tiene sus repercusiones en cuestiones tan trascendentes como los plazos de prescripción (prescriben al año según indica el art. 131), o, por ejemplo, en materia de reincidencia ya que a tenor de lo establecido en el art. 22.8 CP no se computarán a los efectos de esta agravante ni los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, *ni los que correspondan a delitos leves*. También resulta relevante destacar que los delitos leves no suponen un obstáculo para dejar en suspenso la ejecución de la pena por incumplimiento de lo establecido en el art. 80.2 1º, CP que exige que “el condenado haya delinquirido por primera vez”. Finalmente, los delitos leves posibilitan acudir al procedimiento para el enjuiciamiento regulado en el Título III bis LECrim: el proceso de aceptación por decreto, siempre que se haya indemnizado a las víctimas o no se ha acudido a la vía de la mediación (vid. el art. 803 bis LECrim que requiere que el delito esté castigado con pena de multa) y acudir a la vía de lo establecido en el art. 963 de la Ley procesal penal para lograr el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal tratándose de un delito leve y no existiendo un interés público relevante en la persecución del hecho.

¹⁷ Así lo indica la Circular de la FGE 2/2015 sobre el régimen transitorio tras la Reforma operada por la LO 1/2015.

¹⁸ Según la Circular de la FGE 2/2015 sobre el régimen transitorio tras la Reforma operada por la LO 1/2015, la nueva regulación recoge una modulación de la imprudencia delictiva “que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código penal”.

¹⁹ Se entiende por imprudencia grave -equivale a la antigua imprudencia temeraria- aquella que omite las más elementales o rudimentarias normas de cuidado, o como señala la Jurisprudencia la que no cometería el hombre menos cuidadoso o diligente, aquella que infringe deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de ajenidad. Vid. STS de 22 de septiembre de 1995 (La Ley 14713/1995) y 14 de febrero de 1997 (La Ley 2257/1997). La imprudencia leve consistiría en una falta de atención de poca entidad a las normas de cuidado. Se aproxima, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social.

precisión el aspecto objetivo de la conducta culposa. Esto es: el desvalor de la acción (la infracción de la norma de cuidado). Si la *imprudencia grave* conlleva la ausencia total y absoluta de las más elementales normas de cuidado, aquellas que observaría aún la persona menos cuidadosa y el olvido de las medidas de previsión más elementales y la imprudencia leve se ha caracterizado comúnmente como la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, una infracción de escasa relevancia porque se refiere a descuidos leves o a la falta de adopción de medidas de cautela que suponen un nivel muy alto de diligencia, la imprudencia *menos grave* habría que situarla, al menos a nivel teórico y genérico, de forma residual o por exclusión de lo anterior, en la idea de diligencia media y que no es ni grave ni leve. Sin embargo, a efectos prácticos puede ocasionar una gran casuística. Por ello el legislador en la Reforma proyectada que ahora comentamos ha intentado definir, adelantamos que no con demasiado acierto, estas categorías punibles, cuando menos en el ámbito de las imprudencias que ocasionan muertes o lesiones como consecuencia de la utilización de vehículos a motor o ciclomotores. Así, realmente, algunos casos antes calificados como faltas de homicidio o lesiones por imprudencia leve contenidos en el art. 621 del CP podrán ser ahora calificados como delitos leves²⁰ por imprudencia menos grave e incluidos en los arts. 142.2 y 152.2 CP, que, además, continuarán enjuiciándose por los trámites del procedimiento para los juicios por delitos leves (disposición final, 2º, apartado 8) y que continúan sometidos al mismo requisito de procedibilidad de la denuncia previa por parte del agraviado o sus representantes. Otros, sin embargo, deberán solventarse por la vía civil si se pretende un resarcimiento.

Con estos precedentes, y a iniciativa del mismo grupo parlamentario que llevó en solitario y con ausencia total de debate, la reforma de 2015²¹, se presenta *la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente* (BOCG de 30 de junio de 2017) que pretende incrementar las penas en supuestos de imprudencias que causen resultados de lesiones o muertes relacionados con la seguridad vial, aportar una interpretación auténtica de los conceptos de imprudencia grave y menos grave en tales supuestos y crear, de forma independiente al delito de omisión del deber de socorro, el delito de fuga del lugar del accidente, se encuentre o no el sujeto afectado en peligro manifiesto y grave e, incluso, aunque haya fallecido.

La Exposición de Motivos del Texto aprobado el día 22 de noviembre en el Congreso de los Diputados²² señala que la LO que se informa “*responde a una importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y se asienta sobre tres ejes:*

1º La introducción de tres supuestos que se van a considerar imprudencia grave por disposición de ley, así como una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave

2º El aumento de la punición de este tipo de conductas

*3º La introducción del delito de abandono del lugar del accidente”*²³.

²⁰ Obsérvese que, a tenor de lo dispuesto en el art. 13.4 CP, cuando la pena por su extensión pueda considerarse como como leve y como menos grave, el delito se considerará en todo caso como leve. En el caso de los arts. 142.2 y 152.2 CP, el límite mínimo de la multa se sitúa en tres meses (pena leve), aun cuando el máximo se sitúe en la franja que correspondería a la pena y, en consecuencia, al delito “menos grave”.

²¹ El Partido Popular que contaba entonces con mayoría absoluta parlamentaria.

²² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2018, XII Legislatura núm. 168. Sesión Plenaria núm. 161, de 22 de noviembre. La propuesta de modificación se encuentra a día de hoy en el Senado (fecha de presentación: 29/11/2018) pendiente del Informe por la Comisión de Justicia.

²³ Las enmiendas que subsisten en el Senado son las presentadas por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos- en Comú Podem- En Marea (GPPOD). Pueden consultarse en *BOCG. Senado, núm. 322, 21 de diciembre de 2018*. Curiosamente, la primera enmienda, de sustitución” se refiere a la Exposición de Motivos que debería hacer alusión a la siguiente justificación:

“La responsabilidad penal por imprudencias muy graves con múltiples víctimas ha sido objeto de debate en los últimos tiempos, en particular en el ámbito de la seguridad vial. El marco de individualización de la pena a disposición de los órganos judiciales en los arts. 142 y 152 del vigente Código Penal es demasiado estrecho para poder adecuar la responsabilidad penal a la gravedad de la conducta imprudente y del resultado lesivo, resultando conveniente introducir la posibilidad de imponer la pena superior en grado si ese incremento se estima proporcionado a la gravedad ex ante de la imprudencia y al número y entidad de los resultados producidos (...) Por

Ante una reforma de este calado, la posición puede ser compartir el fondo de política criminal que la sustenta puesto que la seguridad vial constituye un bien colectivo que provoca en la ciudadanía un sentimiento de cierta desprotección en la idea de que no se responde con suficiente contundencia ante actuaciones peligrosas –muchas veces finalmente lesivas para bienes individuales como la vida o la integridad– que se suscitan con demasiada frecuencia. Este punto, en principio positivo o de buena voluntad, se ve enturbiado desde el momento en que se analiza ligeramente el resultado –aun no definitivo y esperamos que subsanable– desde una perspectiva de técnica legislativa ya que el Texto aprobado adolece de graves defectos de base como el hecho de delimitar los contornos del tipo penal haciendo referencia a un reglamento, la excepcionalidad que propone a las reglas de los concursos de delitos con ausencia de respeto al principio de proporcionalidad y la utilización de demasiados términos vagos o imprecisos.

Dejando al margen la introducción del nuevo delito de fuga en el seno de los delitos contra la seguridad vial, estas líneas se dedican a las novedades que se introducen en el ámbito de la imprudencia. A este respecto, inicialmente, puede advertirse que, como en marco de otras recientes reformas, el legislador en su carrera de punitivismo exacerbado, parece olvidarse del principio de intervención mínima y de que el derecho administrativo cuenta con sanciones verdaderamente aflictivas para los administrados, por lo demás, mucho más

otro lado, la despenalización de las faltas de imprudencia leve realizada por la Ley Orgánica 1/2015, al no haberse acompañado de la necesaria adecuación de las normas civiles correspondientes, ha generado una relevante indefensión de las víctimas de dichas imprudencias, muy en particular en el ámbito de la seguridad vial y en relación a las compañías aseguradoras. Así las cosas, es preciso modificar el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con el fin de crear un procedimiento ágil que garantice la igualdad de armas procesales de las víctimas de imprudencias leves”. Pág. 4.

Precisamente por ello presenta una enmienda n^o 8 de adición:

“Se modifica el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor en los siguientes términos:

Uno. El apartado 1 del artículo 7 queda redactado del siguiente modo:

“1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes, así como los gastos y otros perjuicios a los que tenga derecho según establece la normativa aplicable. Dentro de estos gastos y otros perjuicios se entenderán incluidos los informes médicos, asistenciales o periciales necesarios para determinar el perjuicio sufrido por la o las víctimas del accidente y, en caso de interposición de demanda judicial, los honorarios y derechos de defensa jurídica y representación procesal que sean preceptivos. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año.

No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño. Esta reclamación interrumpirá el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se presente al asegurador obligado a satisfacer el importe de los daños sufridos al perjudicado. Tal interrupción se prolongará hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva. La información de interés contenida en los atestados e informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargadas de la vigilancia del tráfico que recojan las circunstancias del accidente podrá ser facilitada por éstas a petición de las partes afectadas, perjudicados o entidades aseguradoras, salvo en el caso en que las diligencias se hayan entregado a la autoridad judicial competente para conocer los hechos, en cuyo caso deberán solicitar dicha información a ésta.”

Dos. El apartado 5 del artículo 7 queda redactado del siguiente modo:

“5. En caso de disconformidad del perjudicado con la oferta motivada, una o ambas las partes, sin necesidad de común acuerdo, podrán pedir informes periciales complementarios al profesional o institución médica de libre elección que crean conveniente o al Instituto de Medicina Legal, siempre que no hubiese intervenido previamente. El asegurador no podrá oponerse a recabarlos y deberá facilitar su realización. El Instituto de Medicina Legal que deba realizar el informe solicitará a la aseguradora que aporte los medios de prueba de los que disponga, entregando copia del informe pericial que emita a las partes. La solicitud de intervención pericial complementaria obligará al asegurador a efectuar una nueva oferta motivada en el plazo de un mes desde la entrega del informe pericial complementario, continuando interrumpido el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales. En caso de que el asegurador no efectúe dicha nueva oferta motivada en el plazo previsto o que a la misma el perjudicado manifieste su disconformidad, quedará expedito el ejercicio de las acciones judiciales, a través del procedimiento declarativo que corresponda. En el caso de que los informes complementarios den lugar a una nueva valoración motivada de importe superior en un 50 % a la oferta motivada rechazada por la persona lesionada, los costes de dichos informes irán a cargo del asegurador.” Páginas 8 y 9 BOCG. Senado cit. Se pone así el acento en mecanismos distintos al Derecho penal.

rápidas que las penas y con avances tecnológicos de mejores resultados, que pueden contribuir a solventar eficazmente muchas de las cuestiones que se remiten directamente a la vía penal, como si esta rama del ordenamiento tuviera una función pedagógica omnimoda. Y esta es una mala costumbre la de recurrir siempre al Derecho penal como si fuera una barrera insalvable que hiciera desistir a todos los ciudadanos de comportamientos dañinos para la sociedad, porque el Derecho penal no se reduce a la prevención general (negativa) por más que esta función también sea relevante²⁴. Veamos el alcance de la reforma proyectada.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

Desde la remodelación operada en 2015, tanto la doctrina como la Jurisprudencia reclamaban la necesidad de clarificar los conceptos de “imprudencia grave” y de “imprudencia menos grave” una vez desterrada del CP, al menos nominalmente, la imprudencia leve, pues la ausencia de criterio legal y la nueva subdivisión en tres categorías de culpa, ciertamente da lugar a muchos problemas interpretativos y a un serio problema de seguridad jurídica. El Texto de la Reforma proyectada y aprobada en la primera Cámara el mes de noviembre pasado, realiza un intento al respecto, pero únicamente para las imprudencias con resultado de lesiones o muerte que hubieran tenido lugar utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, haciendo ley lo que hasta ahora venía siendo una práctica jurisprudencial²⁵ destacadamente uniforme en los últimos años²⁶.

En el caso de la muerte, la imprudencia grave sólo se delimita o define por el legislador remitiéndonos a los casos de conducción con exceso de velocidad o consumo de sustancias de abuso (art. 142.1, segundo inciso, *in fine*), mientras que, tratándose de la imprudencia menos grave con resultado de muerte, el grado de imprudencia nos reconduce al art. 76 del RDLeg. 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor, esto es, a las infracciones reputadas graves en la norma de tráfico²⁷. Estas previsiones se han recogido de forma paralela y con idénticos términos para supuestos de causación de lesiones por imprudencia grave o menos grave (art. 152.1 y 2 CP) mediante vehículo de motor. Con ello tal vez se pretende limitar, de

²⁴ También ha de recordarse que a los condenados por delitos de homicidio imprudente (grave o menos grave de los apartados 1 y 2 del art. 142) les es aplicable la medida de libertad vigilada del art. 140 bis CP posterior al cumplimiento de la pena, sin que ello presente una justificación admisible.

²⁵ Vid. SAP de Valencia, secc. 2^a, sent. 281/2017 de 3 de mayo de 2017 (La Ley 108316/2017) considerando existentes unas lesiones por imprudencia grave –exigiendo un nexo causal– cuando se conducía a una velocidad superior a la permitida habiendo consumido, además, diversas bebidas alcohólicas. Es más, la sentencia llega a absolver por el delito de conducción en estado etílico, con lo que la aplicación jurisprudencial ha ido por delante de la plasmación legal.

²⁶ Vid. SA Provincial de Vizcaya, secc. n.º 6, de 25 de marzo, 90121/2015 (La Ley 52622/2015) en la que se analizan los límites de la gravedad de la imprudencia vinculada al deber de cuidado infringido y el deber de advertir el peligro y evitarlo. Finalmente, absuelve por entender que la conducta queda relegada al ámbito civil. Vid., SAP de Ávila de 4 de julio de 2017, 71/2017 sobre la imprudencia grave en el caso de atropello a un peatón al no percatarse el conductor de su presencia por conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas (La Ley 2196/2017) aportando un “sólido cuerpo de doctrina sobre el concepto y diferenciación de la Imprudencia grave y leve (correlativos a los anteriores conceptos de “Temeraria y Simple” del CP TRF- 73), exponente del cual serían las SSTS 18 de Marzo de 1.990 ; 9 de Junio de 1.982 ; 11 de Marzo de 1.999 ; 9 de Junio de 1.999 ; 1 de Diciembre de 2.000 ; 19 de Diciembre de 2.001 ; 15 de Abril de 2.002 ; 21 de Mayo de 2.003 ; 22 de Febrero de 2.005 ; SSTS 10 de Febrero de 2.006 ; STS de 15 de Marzo de 2.007 ; 23 de Febrero de 2.009 , entre otras”.

²⁷ Si nos remontamos a los antecedentes parlamentarios de la Ley Orgánica de Reforma 1/2015, el Proyecto (121/000065, BOCG. 4-10-2013) llevaba a cabo una completa despenalización de las faltas del art. 621, dando a los únicos delitos contemplados de los arts. 142 y 152, basados en la imprudencia grave, nueva redacción. Precisamente, para la valoración de la gravedad cuando se trataba de imprudencias cometidas con vehículos de motor se hacía depender su calificación “en particular de: 1. La gravedad del riesgo no permitido creado y, en particular, si el mismo constituye una infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. 2. La relevancia del riesgo creado en el contexto concreto en que se lleva a cabo la conducta peligrosa (...)”. Por tanto, es una remisión que ya ha estado en la mente del legislador en otros momentos, si bien ahora para definir la imprudencia menos grave que finalmente se introdujo en el Texto definitivo.

algún modo, los excesos que en la práctica puede conllevar la despenalización de la imprudencia leve²⁸ y las consecuencias que ello acarrea.

1. El homicidio imprudente en el ámbito de la circulación

1.1. La reforma del art. 142.1 CP: muerte por imprudencia grave

La reforma propuesta, en este caso, se ha limitado –aunque no es poco– a añadir en el inciso segundo (in fine) del apartado primero, con la misma pena invariable de prisión de uno a cuatro años más la privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años, que, como se viene apuntando, “a los efectos de este apartado²⁹ se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 determinara la producción de hecho”.

La redacción inicial (Texto presentado en 2017) rezaba: “A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 del Código Penal”. En este sentido, el precepto ha mejorado ligeramente en la medida en que tal presunción *iuris et de iure* abocaba a considerar, sin más, en todo caso la existencia de una imprudencia grave cuando estén presentes en la conducción algunas de las circunstancias del art. 379 CP³⁰ (que el sujeto se encuentre bajo los efectos de las drogas o el alcohol, con unas determinadas tasas de esta sustancia o circule a una determinada velocidad excesiva) podía resultar contraria a la Constitución³¹ por contravenir principios esenciales que limitan el *ius puniendi*. Así, si el sujeto va conduciendo correctamente, aun estando presentes las circunstancias especificadas y de forma súbita apareciera un peatón que es atropellado, el hecho de imputarle una imprudencia grave sin acudir a los preceptivos criterios de imputación objetiva³² suponía, como se advirtió, un atentado claro al principio de culpabilidad³³ y un claro renacimiento del viejo principio “*versari in re ilícita*”. Se exige ahora, sin embargo, una relación de causalidad entre las conductas mencionadas (que no son realmente imprudentes sino dolosas, realizadas con dolo de peligro) y el resultado lesivo finalmente causado, no bastando con que la conducta fuera inicialmente ilícita sobreviniendo un resultado dañoso imprevisible o fortuito sino siendo preciso que alguna de esas circunstancias, según indica el precepto, “determinara la producción del hecho”.

Más allá de la mencionada mejora técnica, tal y como advierte la EM, “esta modificación supone darle carta legal a la actividad que ya desde el Ministerio Fiscal y por la Jurisprudencia se venía acordando, como resulta patente en la Circular 10/2011 de la FGE

²⁸ Vid. a este respecto, alegando la aplicación de la ley más favorable y entendiendo que las lesiones son constitutivas de imprudencia leve, por tanto, destipificadas o subsidiariamente “menos grave” la SAP de Madrid, secc. 17^a, sent. 125/2017 de 21 de febrero (La Ley 24353/2017) en un caso de atropello en paso de peatones, pero concurriendo la circunstancia en la que la víctima circulaba ajena a las normas de circulación.

²⁹ Debería decir “inciso”, pues la reforma sólo afecta a las muertes por imprudencia grave ocasionadas por vehículo de motor o ciclomotor y no a todo el apartado primero.

³⁰ La enmienda n° 2 del grupo Unidos Podemos- En Comú Podem- En Marea presentada recientemente en el Senado (vid. supra) pretende que estén presentes “conjuntamente las circunstancias del apartado primero y del inciso segundo del apartado segundo del art. 379 CP”. Esto es, el exceso de velocidad unido a las tasas penalmente ilícitas, para que así coincida la imprudencia grave con la definición que se otorga legalmente a la conducción temeraria en el art. 380.2 CP. BOCG cit., pág. 5. No obstante, si ello fuera así, se estaría remitiendo no a una situación de peligro abstracto sino a una situación de peligro concreto y, de producirse el resultado, difícilmente podría hablarse de imprudencia.

³¹ Así lo indicaba ALVAREZ GARCÍA, J., ante la Comisión de Justicia. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm., 439, de 21 de febrero de 2018*.

³² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados 21 de marzo de 2018 núm. 142-4. Grupo parlamentario Mixto: 142: se reputará como imprudencia grave si como consecuencia de la conducción en la que concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 379, se causare la muerte de otro” porque la sanción tiene que estar prevista como consecuencia de las circunstancias de la conducción previstas en el art. 379 CP. (enmienda 12).

³³ Vid. la enmienda presentada en este sentido. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados 21 de marzo de 2018 núm. 142-4* (pág. 2):

Grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem- En marea:

Enmienda n° 1 “se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que concurran conjuntamente las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del art. 379” porque no parece razonable que la calificación de una conducta como imprudencia grave y como conducción temeraria se base en criterios distintos. La redacción de la propuesta de ley puede ser contraria a la presunción de inocencia.

sobre seguridad vial y la consideración de conducción temeraria cuando concurra un riesgo concreto para la integridad de las personas, si concurren los requisitos del art. 379 del CP". Se trata pues de sancionar más severamente conductas que revisten una particular gravedad, cuando el resultado de muerte tenga lugar cuando se conduzca bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, bebidas alcohólicas o exceso de velocidad en los términos que indica aquel precepto. Con esta previsión se reconoce expresamente que existen ciertas circunstancias indicativas de una especial negligencia por parte del conductor y que "han de tener consideración inequívoca en las consecuencias penales como imprudencia grave". En realidad, nos remite a conductas dolosas (se realizan con "dolo de peligro") como si existiese un paralelismo estructural con la imprudencia, y como expresión de la misma a favor de la decisión de la puesta en peligro. Se adelantan, en suma, las barreras de protección en un ámbito especialmente peligroso castigando conductas que infringen el cuidado debido y crean un riesgo no permitido conectando imprudencia y dolo de peligro (de ahí la cláusula concursal del art. 382 en caso de resultado lesivo). Sin embargo, más allá de acoger una tesis jurisprudencial consolidada hace años, la nueva previsión no termina por resolver los supuestos más espinosos, pues concurriendo tales circunstancias y siempre que pueda afirmarse una relación causal, difícilmente la imprudencia podría rebajarse a la categoría de menos grave a la hora de aplicar la regla concursal que se especifica en el art. 382 CP, a tenor de la cual, cuando se ocasionare, además del riesgo prevenido un resultado lesivo constitutivo de delito, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada aplicando la pena en su mitad superior, porque, se quiera o no prestar atención a la referencia administrativa, tales actuaciones están catalogadas en la ley de tráfico (art. 77) como infracciones "muy graves" entre otras.

En efecto, tratándose de resultados de muerte, la aplicación del art. 142.1 CP requería en los tribunales la determinación de la imprudencia grave que tradicionalmente se asimilaba a la infracción muy grave administrativa, aunque también, en ocasiones, a casos de infracciones graves dependiendo de las circunstancias del hecho³⁴. Siendo la infracción simplemente grave determinaría una muerte por imprudencia menos grave prevista y sancionada en el art. 142 apartado segundo CP, como regla general con excepciones. En este sentido, se potencia jurisprudencialmente la correlación entre la gravedad de la infracción administrativa y el injusto penal en una especie de baremación objetiva en la que el límite entre el ilícito penal y el administrativo se sitúa (responsabilidad objetiva) en la existencia de un resultado lesivo para la integridad o la vida de alguien. Sin embargo no se realiza una remisión completa a las infracciones consideradas muy graves por la Ley de Tráfico.

Determinada típicamente por remisión a la norma administrativa la imprudencia menos grave, finalmente, la considerada grave deberá definirse en sentido contrario a la categoría superior, de tal modo que el estudio de ambas debe realizarse de forma conjunta. En suma, sólo se define la imprudencia grave para los casos en que concurra una conducta del art. 379 CP, pero no se ha remitido a las infracciones muy graves del art. 77 RDLeg 6/2015 o incluso las graves del art. 76 del mismo Texto, atendidas las circunstancias del caso, por lo que la indicación pretendidamente definitoria resulta poco esclarecedora. La imprudencia grave no ha modificado su estructura por el empuje de la menos grave, ni por tanto su ámbito de aplicación, se trata más bien de determinar, en este ámbito, lo que se cataloga como imprudencia menos grave, pero los términos utilizados no resultan muy esclarecedores.

1.2. Reforma del art. 142.2 CP: muerte por imprudencia "menos grave". La interpretación auténtica

Manteniéndose la pena de multa de tres a dieciocho meses, el texto reformado indica que, tratándose de un homicidio cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor "se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho

³⁴ Así, son consideradas infracciones graves por la Ley de tráfico según el art. 76 RDLeg 6/2015, actuaciones que fueron catalogadas como de imprudencia grave penalmente. Vid., por ejemplo, en caso de incumplir las disposiciones de la ley en materia de adelantamientos STS de 27 de febrero de 2001 (La Ley 4151/2001), no respetar una señal de ceda al paso, STS 491/2002 de 18 de marzo (La Ley 5001/2002) o exceso de velocidad 2235/2001 de 30 de noviembre (La Ley 2254/2001).

sea consecuencia de una infracción grave de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, “apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal”³⁵.

Se asocia, por tanto, directamente, esta imprudencia menos grave con la presencia de una infracción grave del art. 76 RDLeg 6/2015. Sin embargo, a diferencia de la interpretación jurisprudencial antes puesta de manifiesto, curiosamente, no se ha interconectado positivamente el concepto de imprudencia grave a las infracciones “muy graves” previstas en el art. 77 del RDLeg 6/2015, que nos reenvía, en todo caso, (aunque no sean los únicos, de modo que podrían contemplarse también los citados, según el juez lo interprete, pues no resulta excluyente) a las circunstancias previstas en el art. 379 CP si determinaran la producción del hecho. Con esta declaración queda patente que, en tales circunstancias, los resultados producidos no podrán calificarse como ocasionados por imprudencia “menos grave” (menos aún leve).

Pero, ¿significa tal decisión del legislador que una infracción administrativa catalogada como “grave” -no “muy grave”- no puede dar lugar a una imprudencia grave? Por ejemplo, saltarse una señal de ceda al paso, administrativamente se cataloga como una infracción grave, pero ello no debe derivar necesariamente en una calificación penal de imprudencia “menos grave”, ya que el propio precepto exceptúa “cuando no sea calificada de grave”, lo que lleva a concluir que no queda necesariamente excluida de antemano la posibilidad de que una infracción de las normas de tráfico grave, sea calificada como imprudencia muy grave a nivel penal. Ahora bien, y esto es lo único que consigue la reforma, nunca podrá considerarse leve y relegada al ámbito civil. Con ello el problema de la delimitación entre imprudencias graves y menos graves queda intacto a pesar del propósito inicial del legislador porque seguirá dependiendo de la valoración del juez y sometida la cuestión al consabido casuismo. En suma, aún sin esta especificación que ahora se pretende incorporar, no resulta difícil concluir que la mayor o menor entidad de la imprudencia en su modulación legal como grave o menos grave no puede ser otra que la valoración por el Juez o Tribunal del riesgo no permitido o desaprobado unido a las infracciones de la ley de tráfico y su entidad.³⁶

2. Imprudencia con resultado de lesiones

Como es sabido, por disposición del art. 152 del CP, únicamente son constitutivas de delito las lesiones prescritas en los arts. 147.1, 149 y 150 CP. De ahí que las lesiones incluidas en los apartados 2 y 3 del art. 147 CP, que vienen a integrar una gran parte de los resultados causados en el caso de los accidentes de tráfico, ya sea por imprudencia menos grave o leve (en esa difícil delimitación que ha establecido el legislador) queden orilladas en la actualidad, del proceso penal. No obstante, resulta de especial significación, para resaltar el alcance de la inminente reforma que, a tenor del texto vigente, tampoco resultan punibles las lesiones causadas por imprudencia menos grave cuyo resultado no pueda incluirse en el art. 149 o 150 del CP. Dicho de otro modo, no son punibles las lesiones causadas por negligencia menos grave que ocasionen un resultado propio de las lesiones descritas en el tipo básico (art. 147.1 CP) : aquellas que requieren para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico posterior y adicional a la primera asistencia facultativa, pero que no comportan esos resultados muy graves específicamente señalados en los arts. 149 y 150 CP lo que determina que, salvo que se trate de supuestos en los que en el inicio se observen estos resultados especialmente graves no procede tan siquiera el examen pericial del médico forense por lo que va a resultar difícil encauzar la vía penal. Sin embargo, la pregunta que subyace ante este panorama radica en el siguiente extremo: si no se inicia la vía penal ¿cómo es posible establecer que la imprudencia que ha dado lugar a ese resultado lesivo ha sido “menos grave”? La cuestión es de suma importancia porque de ser catalogada como grave el hecho entraría de lleno en el art. 152.1 CP. Y, precisamente, esta ha sido una

³⁵ Resulta innecesario recordar que el órgano judicial es quien debe apreciar valorativamente los elementos de la infracción. Con este recordatorio el legislador deja claro que es consciente de la inmensa tarea que le asigna al juzgador.

³⁶ La enmienda n.º 2 del grupo Unidos Podemos- En Comú Podem- En Marea presentada recientemente en el Senado (vid. supra) pretende la supresión de la definición auténtica de la imprudencia menos grave (también para las lesiones) por suponer una objetivación excesiva del juicio de imprudencia y un injustificado regreso a la ya superada imprudencia simple por infracción de reglamentos. Pág. 5.

cuestión que ha acompañado el trámite parlamentario hasta el momento actual, resolviéndose a favor de su inclusión en el último momento y justo antes de la aprobación del texto en el Congreso³⁷.

Así pues, las novedades que se presentan en el art. 152 CP pueden resumirse del siguiente modo:

- a) En el apartado primero se mantienen las penas previstas para las lesiones causadas por imprudencia grave, “en atención al riesgo causado y al resultado producido”, graduándose la pena, además, en función de tratarse de las lesiones recogidas en el art. 147.1, sean las del art. 149 o sean las del art. 150 CP, tal y como reza el texto actual (obviando la reforma proyectada). La novedad radica, de forma paralela a lo establecido en el art. 142 para supuestos de resultados mortales, en que, si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, además de imponerse la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (de uno a cuatro años), se reputará “en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de la circunstancia del art. 379 determinara la producción del hecho”. A tal respecto las consideraciones realizadas en el marco de aquella conducta que produce el resultado de muerte pueden darse por reproducidas en el caso de la afectación de la integridad.
- b) En el apartado segundo, situados en la imprudencia “menos grave” que cause alguna de las lesiones a que se refieren los arts. 149 y 150 CP, en principio no incluidas las contempladas en el art. 147.1 CP, y con la misma pena de tres a doce meses, se ha especificado que tratándose de hechos que se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor además de poderse imponer “por tanto de forma potestativa” la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año (sin variación), se reputará imprudencia “menos grave”, cuando no sea calificada de grave, “siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada ésta por el Juez o Tribunal”.

El paralelismo de la regulación con el caso de los resultados de muerte resulta evidente: se considera *ex lege* que las lesiones (excluidas las leves) causadas en el ámbito vial, serán siempre ocasionadas por imprudencia grave cuando esté presente la conducción bajo los efectos del alcohol y drogas o el exceso de velocidad³⁸, según los parámetros marcados en el art. 379 CP³⁹ y, del mismo modo, se sigue el criterio de considerar que la imprudencia *menos grave* que dé lugar a los resultados prescritos, a los que corresponde una multa de tres meses a un año y que son únicamente perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, se reputará como tal cuando se trate de una infracción grave de las normas administrativas en materia de tráfico (art. 76 RDLeg.

³⁷ Las asociaciones de víctimas han propuesto desde la reforma de 2015 que se recupere la vía penal para los supuestos de imprudencias leves y para que estas queden incluidas en la imprudencia menos grave, ahora definida en el art. 152.2 CP.

³⁸ Infracciones muy graves según el art. 77 RDLeg. 6/2015.

³⁹ Esto, sin embargo, no se había previsto en el texto inicial. Así, realizando un paralelismo con el homicidio por imprudencia grave, si en su sede se cataloga que lo es siempre que estén presentes las circunstancias descritas en el art. 379 CP (conducción bajo los efectos del alcohol u drogas o con el exceso de velocidad preestablecido) resultaba bastante sorprendente que tal previsión no se contemplara en el ámbito de las lesiones por imprudencia grave (art. 152.1). Se trataba de una incoherencia intrasistémica que, tratándose de la misma actuación gravemente imprudente y de resultado no totalmente predecible (ya que el sujeto podía haber muerto o no y quedar con graves secuelas) en un caso la imprudencia se concretara con esa presunción *iuris et de iure* mediante la citada referencia y en otro no. En efecto, cuando el sujeto emprende la acción imprudente, ni aun en el caso de la culpa consciente, se puede plantear con exactitud y en términos de posibilidad, el resultado finalmente acaecido. Es más, en muchas ocasiones, por azar, la conducta gravemente imprudente no originará daño alguno y será, en consecuencia, impune. Por tanto, si como es sabido, en numerosas ocasiones la producción de un resultado que afecta a la integridad o a la vida, depende mayormente de cuestiones o circunstancias ajenas al actor (lugar de los hechos, características del otro vehículo, climatología...) carecía de sentido remitir en un caso al art. 379 CP y en otro no. Este apunte no significa que la remisión al delito contra la seguridad vial (ahora sí, en el texto aprobado, tanto para los homicidios como para las lesiones por imprudencia grave) como presunción del grado de imprudencia resulte absolutamente justificada.

6/2015). Sin embargo, si la reforma pretendía paliar los problemas que origina la despenalización de la imprudencia leve y su derivación a la vía civil, la simple mención a la consideración de que se entiende *imprudencia menos grave* la infracción administrativa considerada “grave” no resuelve el problema. La regulación debe mantener una coherencia interna, tomando en consideración no solo la gravedad del resultado sino también el nivel de lesión del deber de cuidado, esto es, de la imprudencia que ocasiona el resultado.

A tales efectos, ya existía una línea jurisprudencial que consideraba que la comisión de una de las infracciones con vehículo de motor del art.76 RDLeg 6/2015 de la Ley de tráfico, consideradas como “graves”, unida a uno de los resultados lesivos recogidos en los arts. 149 y 150 CP constituirá un delito del art. 152.2 CP, esto es, lesiones causadas por imprudencias menos graves. Y, por otro lado, tratándose de una de las infracciones recogidas en el art. 77 del citado RDLeg. catalogadas de “muy graves” que diesen lugar a un resultado lesivo de los que constan en los arts. 147.1, 147.2, 149 o 150 CP constituirán un delito del art. 152.1 (lesiones por imprudencia grave). En definitiva, la categoría de la infracción administrativa -en atención a lo dispuesto en el RDLeg 6/2015 de la Ley de tráfico- condicionaba, a tenor de esta doctrina jurisprudencial, la calificación como imprudencia grave o menos grave, como síntoma de la objetivación que en materia de seguridad vial ha venido experimentando la calificación penal. De forma adicional, el resultado ocasionado, esto es, la entidad de las lesiones, terminan, también tras el texto de la reforma, por determinar, de forma acumulada, el marco abstracto de la pena imponible⁴⁰. Se trata, por tanto, de determinar con tales parámetros, por una parte, el grado de imprudencia y, en segundo término, una vez determinados los resultados lesivos, incardinar la conducta punible en el art. 152. 1 o 152.2 CP, teniendo en cuenta que quedan fuera las lesiones imprudentes que den lugar a los resultados descritos en los arts. 147.2 y 147.3 CP, aunque estas últimas no supongan estrictamente una afectación de la integridad o la salud en sentido amplio, por cuanto suponen un mero maltrato de obra.

Sin embargo, hasta el último momento, dos días antes de la aprobación del texto definitivo y a falta de su aprobación en el Senado, tratándose de una imprudencia menos grave que ocasionare un resultado lesivo distinto a los contemplados en los arts. 149 y 150 CP, aun cuando requiera tratamiento médico quirúrgico (art. 147.1), incluso cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en el art. 148 CP⁴¹ y aun estando presente la infracción grave de la norma administrativa, la posición del legislador, desoyendo las denuncias en cuanto a la desprotección de los afectados por imprudencias no catalogadas como graves en casos de resultados del art. 147.1 CP, era derivar tales situaciones a la vía civil, debiendo recurrir a las consabidas periciales de parte para poder poner en marcha demandas civiles y contribuyendo, de este modo, a la sobrecarga que ya padece la jurisdicción civil⁴².

No se entendía tras una primera lectura de la propuesta inicial de 2017, cómo en el marco de una reforma decididamente ampliatoria en el ámbito de la imprudencia relacionada con la seguridad vial, no se había incluido, en el ámbito de catalogada como menos grave, los resultados lesivos contemplados en el art. 147.1 CP, que, recordemos, ya requieren además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, aunque no se produzcan inicialmente los resultados más graves de los arts. 149 y 150 CP. En efecto, dado el actual escenario legal, no estando la reforma en vigor, la situación que puede plantearse es la siguiente: una víctima de un hecho imprudente en el ámbito de la seguridad vial que dé como resultado una lesión incluíble en el art. 147.1 del CP causada por imprudencia menos grave (esto es, por infracción grave de la ley de tráfico, según indica el texto proyectado y viene interpretando la jurisprudencia) sería derivada a la vía civil. Sin embargo, esta lesión que ha necesitado tratamiento médico o quirúrgico puede determinar a

⁴⁰ Vid. Auto AP de Alicante secc. 1^a 1141/2016 de 15 de septiembre y Auto AP de Madrid (secc 1^a) 165/2017 de 23 de febrero.

⁴¹ Puesto que éstas deben ser abarcadas por el dolo y, por el contrario, estamos situados en el marco de la imprudencia punible.

⁴² En el informe de la ponencia (BOCG de 22 de noviembre) en el art. 152.2 CP no se incluía la mención al art. 147.1. CP. Vid. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, cit. Esto es, no se había incluido en el trámite de la ponencia. Sin embargo, se aprueba la enmienda presentada *in voce* que incluye tales resultados lesivos.

posteriori una secuela que puede ser catalogada finalmente de deformidad más o menos severa y, por tanto, incluíble en el art. 149 o 150 CP, según su importancia. Por tal razón, si la lesión fuera importante en inicio y según el parte médico pudiera derivar en una secuela idónea para ser incluida en los arts. 149 o 150 CP (perjuicio estético, falta de funcionalidad de un miembro principal o no...) deberían incoarse diligencias penales a fin de valorar estos posibles efectos del suceso. En este sentido, se estima procedente incluir, como finalmente ha sucedido en la primera fase del proceso legislativo y a tenor del texto que se aprueba en el Congreso, el resultado de lesiones previsto en el art. 147.1 CP en el marco de las imprudencias menos graves descritas en el art. 152.2 CP.

En efecto, durante la Sesión de la Comisión de Justicia celebrada el día 20 de noviembre⁴³, a la hora de emitir dictamen y al hilo de la intervención de los grupos parlamentarios que mantenían vivas sus enmiendas, se presenta una enmienda *in voce* o de corrección técnica para no dejar fuera del art. 152.2 CP referido a los casos de imprudencias menos graves los resultados contemplados en el art. 147.1 CP, haciéndose eco, según se expone, de las peticiones de los colectivos de víctimas con quienes los intervinientes se encuentran alineados⁴⁴. Y con tal tenor ha sido aprobado el Texto.

Conclusión: dado que el inciso segundo *in fine* del art. 142.1 CP relativo al homicidio por imprudencia grave y, correlativamente, el art. 152.1 CP en el seno de la imprudencia que origina lesiones, han decidido especificar únicamente que la calificación de “grave” debe considerarse presente siempre que la conducción en la que concurra alguna de las circunstancias del art. 379 CP determinare la producción del resultado, sin que ello impida que otros casos de infracción muy grave administrativa pueda cumplir con la tipicidad, puede afirmarse que, en lo concerniente a la imprudencia grave con resultado de muerte y lesiones, la reforma se conforma con delimitar de forma negativa lo que no puede ser considerado imprudencia menos grave, pero no aporta ningún dato acerca de lo que debe catalogarse como grave, salvo la remisión hecha a las circunstancias descritas en el art. 379 CP.

En la misma línea poco definitoria, sabemos *ex lege* que la imprudencia menos grave puede estar constituida por los supuestos de infracción grave administrativa (art. 76 RDLeg 6/2015) salvo que se trate de una imprudencia que se identifique como “grave”. Esta previsión, paralelamente a lo prescrito para el caso anterior, únicamente tiene la virtualidad –en sentido negativo– de definir lo que en ningún caso puede considerarse imprudencia leve (no punible): aquellos casos en los que concurra una infracción grave de la Ley de tráfico, pero tampoco aporta ningún elemento delimitador. Muy al contrario, expresamente indica que tales vulneraciones de la norma administrativa pueden dar lugar eventualmente a un delito por imprudencia grave, si así lo estima el juzgador.

Más allá de tales supuestos tasados que delimitan por abajo respecto a la categoría inferior de imprudencia, sigue intacta la cuestión de dilucidar la diferencia entre la imprudencia grave y la menos grave, cuestión clave que la reforma no aborda y que, seguramente, no pueda ser determinada legislativamente por el componente valorativo que presenta el elemento de la infracción de la norma de cuidado (su graduación) y que, por lo mismo, no debería intentar reglamentarse⁴⁵.

⁴³ Comisión de Justicia. Diario del Congreso de los Diputados. Año 2018, XII legislatura, núm. 669. 20 de noviembre de 2018. Presidenta Isabel Rodríguez García.

⁴⁴Vid. la intervención de Bellido Salcedo (Grupo socialista) señalando que se trata de una enmienda transaccional que se presenta sobre la n° 11 de Ciudadanos. En este momento retiran las enmiendas n° 7 y 8.

⁴⁵ No pueden establecerse pautas generales porque la calificación está en función de las circunstancias del caso concreto. No obstante vid. el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, “*La Ley Orgánica 17/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal. Los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave de los arts 142 y 152 CP y su incidencia en la actuación especializada del MF para una efectiva protección penal de la seguridad vial*” donde se intentan dar unas indicaciones que ayuden a la subsunción y ayuden a la unidad de criterio. En particular (págs. 55 y ss), se refiere a supuestos como los siguientes, lo que da idea del casuismo:

Los adelantamientos con grave vulneración de las normas reguladoras (arts. 33-38 LSV y especialmente las prohibiciones del art. 37) son indiciariamente constitutivos de imprudencia grave. No obstante, podría apreciarse la menor gravedad, dependiendo de las circunstancias concretas cuando no se haya llegado a producir la invasión del sentido contrario.

3. La pena privativa de derechos

Tanto en el caso de la muerte como en el de las lesiones imprudentes y sean causadas por imprudencia grave o menos grave se ha previsto, como principal, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores si los hechos se hubieren cometido utilizando tales instrumentos. Resulta extraño, sin embargo, que la reforma no haya aprovechado para enmendar lo que parece ser un error técnico que se viene arrastrando tras las sucesivas modificaciones del Código penal. Y es que no parece lógico que en el caso de la imprudencia menos grave no se acuerde “siempre y en todo caso” la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que se configura como pena acumulada y obligatoria en el caso de la imprudencia grave (142.1º CP) y que se rebaja a meramente potestativa (“se podrá imponer”) en el caso de la imprudencia menos grave, a pesar del importante nivel inocuidador que conlleva esta sanción.

Respecto al contenido de esta pena inhabilitante -introducida por primera vez en el CP en 1958-⁴⁶ ha destacado el Tribunal Supremo⁴⁷, que el «efecto y contenido de tal pena no es tanto el aspecto formal de la privación o retirada material del permiso que habilita para conducir vehículos de motor como la inhabilitación para ejercer tal actividad durante el tiempo de la condena, inhabilitación que alcanza por igual a quien es titular previo de un permiso de conducir que a quien condujo careciendo de él y cometió en tal actividad un delito que lleva aparejada como pena la privación del permiso en cuestión»⁴⁸.

Ha de tenerse en cuenta, además, que toda condena (por un único delito) superior a dos años de privación del derecho a conducir conlleva la pérdida de la vigencia del permiso por lo que el condenado deberá, en su caso, obtener un nuevo permiso o licencia (art. 47.3 CP) una vez cumplida la pena. Esta pérdida definitiva que desapareció en 1983, se recuperó con la reforma operada por LO 15/2003. En estos casos, la condena produce un doble efecto: la prohibición de conducir durante el tiempo que dure la misma y la pérdida de la licencia y la imposibilidad de obtenerla hasta que no concluya el tiempo de la condena⁴⁹.

Si durante la ejecución de la pena el condenado condujere un vehículo -y teniendo en cuenta que la pérdida afecta a la totalidad del derecho que, a estos efectos, no es fragmentable y afecta a todos los vehículos sin tener en cuenta sus categorías- en principio cabría considerar que el sujeto incurriría en un delito de quebrantamiento de condena (art.

En cuanto a las infracciones por excesos de velocidad (Anexo IV LSV). Las graves o muy graves que llevan aparejada la detracción de seis puntos generalmente conducirán, sin automatismos, a la imprudencia grave en caso de colisión con resultados lesivos. De ahí hacia abajo se abre un abanico de opciones no fácil de delimitar, debiendo estarse al caso concreto. Un exceso de velocidad sin detracción de puntos, cuando aparecen aislados y no concurren otras infracciones podrían dar lugar a conductas imprudentes de carácter leve dependiendo del lugar en que se cometan. Existe un campo intermedio -infracciones con detracción de dos a cuatro puntos- que parece abonado a la imprudencia menos grave sin descartar en uno y otro caso la imprudencia grave, pues puede incurrirse en excesos de velocidad sin detracción de puntos que, por las circunstancias concurrentes signifiquen la vulneración de elementales deberes de cuidado, por ejemplo, en curvas cerradas sin visibilidad.

Cuando se infringe la señal de stop o se rebasan semáforos en la fase roja son comportamientos que generalmente colman con claridad los requisitos de la imprudencia grave, pero también puede valorarse como imprudencia menos grave. El juicio de reproche no es el mismo en el hecho de rebasar una señal de stop a gran velocidad, sin detenerse ni adoptar ningún tipo de prevención, que detenerse y cometer un error de cálculo en la reincorporación.

Estas consideraciones extraídas del Dictamen mencionado, *ad exemplum*, ponen de relieve el casuismo de la materia y la no necesaria equiparación de la infracción muy grave con la imprudencia grave, ni de la infracción grave con la imprudencia menos grave, por ello es imposible, e incluso contraproducente, que el legislador intente realizar, aún de forma abierta, un paralelismo de este tipo.

⁴⁶ Hasta ese momento únicamente infracción administrativa.

⁴⁷ Vid. Sentencia de 13 de diciembre de 1993 (RJ 9430).

⁴⁸ La eliminación del *nomen iuris* anterior (privación del permiso de conducir) elimina el debate sobre el contenido de esta pena, quedando fuera de dudas que abarca tanto la pérdida del permiso que habilita para conducir como la imposibilidad de obtenerlo durante el cumplimiento de la condena.

⁴⁹ Cuando el condenado resulta ser un profesional del transporte público algunos jueces han permitido excepcionalmente el cumplimiento fraccionado de esta pena, invocando el principio de proporcionalidad (SAP de Castellón de 12 de diciembre de 2001), a pesar de que la ley no expresa esta posibilidad y más bien indica lo contrario, porque a tenor del art. 794 LECr., impuesta la pena se procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante que quedará depositado en la oficina judicial correspondiente. No obstante, en la modulación de la ejecución de las penas, los jueces deben prestar especial atención a los fines de reinserción y si este fraccionamiento puede lograr que el penado no pierda su puesto de trabajo y siempre que no concurren insalvables razones de prevención general (gravedad de los hechos, reincidencia...) parece conveniente que se acuerde un calendario de ejecución.

468 CP) y, además, en otro ilícito por el hecho de conducir sin permiso (art. 384 CP), al tratarse de delitos que atentan contra bienes jurídicos diferentes (Administración de Justicia y Seguridad vial⁵⁰). Sin embargo, la doctrina⁵¹ apuesta en estos casos por aplicar un corsuro de normas, no de delitos, de modo que el principio de especialidad desplazaría el delito de quebrantamiento y vendría en aplicación el delito de conducción habiendo perdido la licencia por resolución judicial, que no es más que una modalidad concreta de quebrantamiento tipificada de forma expresa en el art. 384 CP.

III. EL INCREMENTO DE LAS PENAS PARA LOS RESULTADOS LESIVOS MÚLTIPLES CAUSADOS POR IMPRUDENCIA

La Exposición de Motivos señala que “El aumento de la punición de este tipo de conductas se propone a través de dos vías. Por un lado, la introducción de un nuevo art. 142 bis. La redacción permitirá al Juez o Tribunal imponer la pena de hasta nueve años de prisión en caso de varios fallecidos o bien fallecidos y heridos graves causados por la imprudencia en la conducción de vehículos a motor. Lo mismo sucede con la introducción del art. 152 bis que permite incrementar en un grado la pena cuando hubiera una pluralidad de personas que sufrieran las lesiones del art. 152.1. 2º o 3º CP, o de dos cuando ese número de lesionados fuera muy elevado”.

Así pues, en los supuestos de muertes, el nuevo art. 142 bis proyectado establece que en los casos previstos en el art. 141.1 CP -esto es, remite a los supuestos de imprudencias graves, pero no solamente a las causadas en el marco de la conducción de vehículos de motor aunque no es seguro que esta fuera la intención del legislador- el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, esto es, de cuatro a seis años, en la extensión que estime conveniente, siempre que el *hecho revistiere notoria gravedad en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1. 2º o 3º en las demás y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado*. En este último caso, la pena en abstracto tendría su límite inferior en seis años y su límite superior en nueve. No se especifica, sin embargo, qué es un número muy elevado a tales efectos, lo que origina una notable inseguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que ya se puede elevar un grado cuando se causa la muerte de “dos o más personas” si el hecho revistiere notoria gravedad.

La redacción inicial del texto propuesto en junio de 2017 preveía un párrafo 3 en el art. 142 con la siguiente redacción:

“En estas infracciones el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere afectado a la integridad física de una pluralidad de personas con un resultado constitutivo de delito”⁵²

Aunque el resultado es el mismo, la posibilidad de elevar la pena hasta alcanzar un máximo de nueve años, disponiendo el juez de un campo de actuación de ocho años entre el máximo y el mínimo, constituye en sí mismo de partida una clara vulneración del principio de legalidad en su vertiente de legalidad penal y, unido indisolublemente a ello, del de seguridad jurídica y muy probablemente del de igualdad pues no es difícil imaginar que esta decisión legislativa dará lugar a resoluciones judiciales absolutamente dispares según

⁵⁰ Con las dudas que tal afirmación suscita, a pesar de su ubicación sistemática.

⁵¹ Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D., “El delito de conducción sin permiso o licencia” en *Estudios penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Suárez López, J.M. / Barquín Sanz, J./ Benítez Ortúzar, I.F./ Jiménez Díaz, M.J./ Sainz Cantero Caparrós, J.E., (Dirs.), Volumen II, Madrid, 2018, pág. 1369.

⁵² El grupo Ciudadanos en su representación en la Comisión de Justicia (Sra. Rivera Andrés) exigió que la agravación, estando presente el alcohol o las drogas operase existiendo una sola víctima. Comisión de Justicia. Diario del Congreso de los Diputados. Año 2018, cit., pág. 2.

el órgano juzgador competente en el caso⁵³. No obstante, cabe reseñar que la redacción finalmente aprobada en el Congreso el 22 de noviembre ha intentado, aunque sin demasiado acierto, concretar alguno de los términos difusos que incluía el precepto en su versión original que resultaba de una ambigüedad.

Así, el término “notoria gravedad” quedaba sin definir creando serias dudas interpretativas. De un lado, no podía ser asimilado a la afectación de la integridad física de una pluralidad de personas pues este era y sigue siendo un requisito adicional y necesario en todo caso, por tanto, debía de estarse refiriendo a algo diferente que ahora tratan de aclarar, dado que la notoria gravedad debe determinarse “en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido”. Estando claro que no podía tratarse el número de personas afectadas por la conducta, la expresión no podía hacer referencia sino al nivel de imprudencia, pero estando situados ya en la imprudencia grave y no existiendo una categoría superior en nuestro ordenamiento (imprudencia gravísima) toda la perífrasis no aporta nada a la clarificación del término. Se trata simple y llanamente de una imprudencia grave que provoca los resultados prescritos en este apartado. En este sentido, puede afirmarse que se trata una aclaración meramente retórica que alude, a fin de cuentas, a los elementos integrantes y la entidad de la negligencia.

Tampoco resultaba acorde al principio de determinación la expresión “pluralidad de personas” ni la exigencia de que la conducta –aquella de notoria importancia– debiera afectar a la “integridad física” de las mismas. En suma, el texto de la Proposición de Ley de 2017 no aclaraba la gravedad física de las lesiones, lo que, ciertamente, originaba la duda de si incluía todos los resultados lesivos descritos en los arts. 147 a 150 CP o, por el contrario, debían presentar cierta relevancia. La deficiencia inicial que advertía que la agravación podía tener lugar “cuando hubiera una pluralidad de víctimas que afecte a su integridad física” parecía abocar a su aplicación en caso de que hubiese un homicidio por imprudencia grave y varios lesionados (de distinta entidad pues no se especificaba la gravedad de la lesión) pero sin demasiada claridad⁵⁴. Esta redacción suscitaba numerosos interrogantes. Por ejemplo, ¿no era de aplicación tal previsión agravatoria si fueran varios muertos ocasionados por la imprudencia? ¿Y si el resultado consistiese en dos o más muertos exclusivamente? ¿Aplicaríamos en tal caso un concurso real en lugar de esta cláusula o un concurso ideal a tenor del art. 382 CP? La imprecisión del texto lo hacía inviable. Algunas de estas cuestiones interpretativas siguen presentes, no obstante, en la redacción actualmente en proceso legislativo.

El texto finalmente aprobado a día de hoy, especifica que la conducta *hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1. 2º o 3º en las demás*. Para poder elevar la pena dos grados, como culmen de penalidad, es necesario que *el número de fallecidos fuere muy elevado*.

El hecho de crear una regla excepcional y diferente a lo que se aplica cuando se ven afectados varios bienes jurídicos crea unas disfuncionalidades que deja a quien aplica la ley en una posición complicada y de cuasi legislador. El juez tiene que dictar sentencia y la ley no se lo pone fácil. El Texto inicial era confuso y el aprobado en el Congreso concreta pero no de forma acertada, porque específica, separando las posibilidades de elevación de la pena en dos niveles, pero con criterios ambiguos. Así, para que tenga lugar la posibilidad de

⁵³ Vid. las enmiendas presentadas a este respecto y rechazadas: Enmienda, n° 2 presentada por Podemos, en Comú Podem – En Marea (Ibidem):

Incluir un apartado tercero en el art. 142 CP que permitiera elevar la pena en grado “por la mayor gravedad de la imprudencia y si hubiere afectado a la vida o integridad física de una pluralidad de personas con un resultado constitutivo de delito menos grave o grave”. El incremento en un grado se estima suficiente para los delitos imprudentes “en los que el desvalor se sitúa principalmente en el desvalor de la acción, dado que el desvalor del resultado depende relevantemente de un azar que podría escapar al control del sujeto activo (Diario de Sesiones citado, página 2). Lo mismo se argumenta para el caso de las lesiones imprudentes.

Grupo parlamentario Mixto:

Enmienda 13: para suprimir la posibilidad de subir uno o dos grados si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere afectado a la integridad física de una pluralidad de personas, porque “dejar un margen de ocho años se considera excesivo ya que ello puede conducir a penas muy dispares según el órgano judicial que dicte la sentencia” Lo mismo se argumenta para las lesiones imprudentes del art. 152 (enmiendas 14 y 15)

⁵⁴ No podía tratarse de varios heridos hallándonos en el ámbito del homicidio.

imposición de la pena en un grado superior ha de darse darse una de las dos siguientes situaciones:

- Se hubiere provocado la muerte de dos o más personas
- La muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1, 2º o 3º CP, esto es las causadas por imprudencia muy grave

Para que pueda elevarse la pena privativa de libertad dos grados, exclusivamente, con ello se limita la discrecionalidad del juez, habrá de constatarse que el número de fallecidos fuera muy elevado.

En los dos supuestos, la cláusula de subida de la pena, que además, contempla una concreción también discrecional de la pena en concreto (en la extensión que estimen oportuna) parece saltarse a la torera todas las normas relativas a la apreciación de los concursos (ya sean reales, ideales, mediales o de normas) para sumar, exasperar las penas o subsumir en un concreto precepto, y, al mismo tiempo, la presencia de agravantes o atenuantes que pudieran estar presentes, que en este caso da igual que tengan presencia o no. Es cierto a la hora de concretar la pena en los delitos imprudentes el art. 66.2 ya prevé esta posibilidad en la que jueces o tribunales pueden aplicar la pena a su prudente arbitrio sin tomar en consideración las reglas de determinación prescritas en el apartado primero, pero, tratándose de una cláusula que permite un salto tan importante en la pena, no resulta muy adecuado prescindir de criterios de determinación a tenor de las circunstancias presentes.

Aunque, ciertamente ya no existe un vacío tan grande entre la imprudencia grave y la menos grave –con la dificultad que implica su distinción– en la medida que la subida de grado, afortunadamente, sólo afecta a la imprudencia grave por remisión directa del art. 142 bis al 142.1 CP⁵⁵ y dada la dificultad añadida de distinguir estas dos categorías, el marco punitivo resulta muy elevado porque precisamente en los delitos imprudentes, a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos, no existe una conexión subjetiva con el resultado. Este no es querido y ni siquiera planteado mentalmente como muy probable asumiendo el resultado (dolo eventual). En este sentido, la pena no puede estar tan ligada proporcionalmente al resultado, ya que lo que se castiga es la imprudencia y la gravedad de la misma⁵⁶. Por lo mismo, debe tomarse en consideración que el hecho de poder imponer en tales hipótesis una pena de hasta nueve años de prisión de forma discrecional, no solamente implica una condena de mucha más duración que la hasta ahora prevista, sino que es una decisión que afecta a otros muchos institutos penales. Así, por ejemplo al periodo de seguridad que obliga a cumplir la mitad de la pena necesariamente si ésta es superior a cinco años (por tanto no se puede acceder al tercer grado penitenciario sin ese mínimo)⁵⁷, cuestiones relativas la suspensión de la ejecución de la condena, prescripción, etc.

En el caso de las lesiones imprudente, se añade, del mismo modo, un nuevo art. 152 bis que referido a los casos previstos en el art. 152.1 CP (lesiones causadas por imprudencia grave) que permite igualmente al juez o tribunal imponer la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, *si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del art. 152.1, 2º o 3º a una pluralidad de personas y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado*.

Se refiere, por tanto, sólo a supuestos de imprudencia grave pero únicamente en los casos en los que se causen los resultados previstos en los arts. 149 y 150 CP afectando a una pluralidad de personas. Se ha excluido, pues, el caso en que la imprudencia grave ocasione las lesiones de apartado 1 del art. 147 (art. 152.1. 1º CP). Esta subida de un grado en la

⁵⁵ Obsérvese que la redacción primera incluía un apartado 3º en el art. 142 que afectaba a los números anteriores, por tanto, a la imprudencia grave y a la menos grave.

⁵⁶ Sin embargo, por ejemplo, en el caso de las lesiones que tengan lugar por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP) que causen lesiones (algunas de las cuales pueden ser muy graves) las penas no se conectan a las mismas, porque lo importante es la entidad de la imprudencia y no del resultado.

⁵⁷ Vid. art. 36.2 CP.

pena determinaría prisión de tres a cuatro años y medio en el caso de las lesiones del art. 149 y de dos a tres años en el caso de las lesiones del art. 150 CP.

En el supuesto de que el número de lesionados fuere muy elevado, la posibilidad de subir dos grados la pena conllevaría una sanción de cuatro años y seis meses de prisión a seis años y nueve meses tratándose de lesiones del art. 149 CP causadas por imprudencia grave y prisión de tres años a cuatro años y seis meses en el caso de las lesiones del art. 150. Nuevamente nos encontramos con el problema interpretativo que suscitan los términos “pluralidad de personas” y “número elevado de lesionados” que ocasionarán, a buen seguro, no pocos problemas aplicativos.

REFLEXIONES ACERCA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA PATRIA POTESTAD: POSIBILIDAD DE INSTAURAR UN RÉGIMEN DE VISITAS

Cristina Callejón Hernández
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018

RESUMEN: La inhabilitación especial para la patria potestad, ubicada en el artículo 46 del Código Penal, conlleva la pérdida de los derechos inherentes a dicha institución, subsistiendo las obligaciones. El régimen de visitas o régimen de comunicación se configura como un derecho-deber para los progenitores y un derecho pleno para los hijos. Si ello es así, ¿la pena de inhabilitación especial para la patria potestad comporta inexorablemente la ruptura de los vínculos afectivos entre padres e hijos?

ABSTRACT: The revocation of parental responsibility can be found in Article 46 of the Criminal Code. It implies that the convicted loses all the rights related to parental responsibility, although the duties remain. Contact is considered to be a right and duty for parents and an absolute right for children. Thus, does revocation mean a complete breakdown between parents and children?

PALABRAS CLAVE: patria potestad, inhabilitación especial, privación, régimen de visitas, padres, hijos, interés superior del menor.

KEYWORDS: parental responsibility, revocation, contact, parents, children, welfare of the child.

1. INTRODUCCIÓN

Las ramas del Derecho no pueden concebirse como compartimentos estancos de forma que cada una rija solo y exclusivamente en materias propias de su ámbito, sino que se producen intersecciones entre ellas, lo que propicia un enriquecimiento del Ordenamiento jurídico a la par que un aumento de la complejidad de la ciencia jurídica. Por consiguiente, a veces será necesario acudir a normas de otras áreas y cuerpos normativos al objeto de aportar un contenido lógico y razonable a la normativa que esté siendo analizada en cada caso concreto.

Un buen ejemplo de estas situaciones serían las injerencias que se originan entre la rama civil y penal del Ordenamiento jurídico español. Por momentos, el penalista deberá acudir a la normativa civil para completar el significado de la norma penal, y viceversa. Ello es lo que ocurre cuando quiere abordarse el estudio de las penas de privación e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. A pesar de que el Código Penal aporta una breve definición acerca del contenido de estas penas, la remisión a las normas civiles parece inevitable, toda vez que es en la rama civil donde puede encontrarse una regulación extensa y detallada de cada una de estas instituciones jurídicas.

Lo que se pretende en este estudio es analizar la normativa civil relativa a la figura de la patria potestad con la finalidad de obtener una interpretación plausible de la pena de inhabilitación especial prevista en el artículo 46 del Código Penal (CP en adelante) con la intención de otorgar una respuesta a un interrogante muy concreto: ¿constituye la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad una ruptura total de las relaciones entre padres e hijos o, por el contrario, se podría compatibilizar con un régimen de comunicación?

2. LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Existen innumerables definiciones doctrinales del término “patria potestad”. Podría decirse que engloba el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados como medio para realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole¹; o la institución protectora del menor por excelencia, en virtud de la cual el Derecho concede a los padres un conjunto de facultades dirigidas a proteger a sus hijos en el ámbito personal y patrimonial².

Aunque no toda la doctrina confluye en la importancia de la distinción, el Código Civil (en adelante, CC) distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. Se ha sugerido que la titularidad implica la pertenencia o posesión en abstracto de los deberes y facultades que integran la patria potestad, mientras que el ejercicio supone la participación en la toma de decisiones de la vida del menor³.

El art. 154 CC indica *ab initio* que los hijos no emancipados se encuentran bajo la patria potestad de los progenitores, de lo que se extrae que la titularidad de la misma corresponde a ambos por igual. La patria potestad es una institución con un contenido muy concreto, pues el referido artículo señala que se traduce en las siguientes facultades y deberes: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

Dicho art. 154 debe completarse con el extenso art. 156 CC, que hace referencia a la forma en que ha de ejercerse la patria potestad. Así, en principio, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores o por uno de los dos pero con el consentimiento del otro, suponiéndose válidos los actos de la vida cotidiana o en situaciones de emergencia llevados

¹ J. M^a CASTÁN, *La patria potestad*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 9 y 10.

² M. J. MONFORT, “Algunas cuestiones civiles en torno a la sustracción de menores”, en P. LLORIA GARCÍA (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 118.

³ A. M. ECHARTE, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, pp. 63-64.

a cabo por uno de ellos. Ahora bien, si surgen desavenencias, los progenitores podrán acudir a la vía judicial para que sea esta quien aporte una solución para ese conflicto de intereses puntual que surge en la pareja. Sin embargo, si esas desavenencias no son ya puntuales sino que se convierten en un criterio general, la autoridad judicial puede, o bien otorgar el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores, o bien dividir las funciones entre ambos. Finalmente, se establecen dos casos por los cuales la patria potestad será ejercida por un solo progenitor: cuando el otro quede incapacitado o imposibilitado para ejercerla o, y este es el supuesto que aquí interesa, cuando la pareja vive separada, en cuyo caso la patria potestad será ejercida por el progenitor con el que el hijo conviva, a salvo el derecho del Juez de conceder la custodia compartida si así lo estima pertinente.

Una posible explicación al porqué del cese del ejercicio conjunto cuando una pareja se separa podría ser que en casos de separación, nulidad o divorcio, los padres siguen siendo titulares de la patria potestad pero un ejercicio conjunto sería difícil o, incluso, imposible, dada la mayor dificultad para alcanzar un acuerdo⁴. Y es que, pese a que efectivamente una crisis de pareja puede implicar una gran dificultad a la hora de alcanzar pactos relativos a los hijos comunes, ello no supone que alguno de los progenitores pierda la titularidad de la patria potestad, sino simplemente que las decisiones atinentes a la vida de los hijos serán adoptadas por el progenitor conviviente, quedando a salvo el derecho del otro de solicitar judicialmente un cambio en caso de estimarlo necesario.

Si bien esta explicación pudiera resultar razonable, lo cierto es que el tema adquiere mayor complejidad si ponemos el art. 156 CC en relación con el art. 92 del mismo cuerpo normativo. Encontrándose el primero de ellos en sede de las relaciones paterno-filiales y el segundo en sede de la institución matrimonial, ambos preceptos parecen reflejar una regulación contradictoria. De este modo, el art. 92 CC determina que los padres pueden acordar que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, decisión que también puede adoptar el juez en beneficio de los hijos. De este precepto aparentemente se extrae la idea de que se parte de la base de un ejercicio conjunto, salvo decisión o pacto en contrario. Por consiguiente, el art. 156 CC instituye un ejercicio exclusivo por parte del padre o la madre que convive con el hijo, salvo que se solicite la custodia compartida; mientras que el art. 92 CC posee como punto de partida un ejercicio compartido, salvo que se acuerde lo contrario⁵.

La doctrina civilista, tras plantear el problema de la contradicción entre los dos preceptos, ha llegado a una conclusión excluyente en el sentido de que, con independencia de cuál pueda ser la regla general, cabe la opción de atribuir el ejercicio exclusivo al padre que conviva con el hijo, establecer una custodia compartida o realizar una distribución de funciones, sin que quepa atribuir dicho ejercicio exclusivo al progenitor que no convive con los hijos⁶.

En otro orden de cosas, también se ha intentado explicar semejante contradicción mediante la identificación del art. 156 CC con casos de separaciones de hecho o de inexistencia originaria de convivencia, pues en el momento en que aparece una sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad, el juez ya ha homologado el convenio regulador elaborado por las partes o ha tomado la decisión que haya considerado oportuna⁷.

Más concretamente, se trata de supuestos en los que un niño convivió en algún momento con ambos padres, modificándose la convivencia con posterioridad y quedando el menor con

⁴ M. J. MONFORT, "Algunas cuestiones civiles...", *cit.*, nota 2, pp. 119-120.

⁵ De la misma opinión es M. J. MONFORT FERRERO, *Ibidem*, pp. 121-122.

⁶ M. J. MONFORT, *Ibidem*, p.122.

⁷ P. LÓPEZ, J. RUIZ, y J.C. PERALTA, "La patria potestad", en R. ARANDA RODRÍGUEZ (coord.), *Practicum Familia 2016*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 10/115. Recurso electrónico disponible en <https://0-proview.thomsonreuters.com/avalos.ujen.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F160799513%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419000000153c6900f89ed567c14#sl=0&eid=51daf3b2e87f4ee26bedb1ce41368742&eat=%5Bbid%3D%2232%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false> (Acceso el 20 de mayo de 2018).

uno de ellos, consintiendo el otro dicha situación expresa o tácitamente; o de casos en los que el niño convive con el único progenitor respecto del cual se ha determinado la filiación⁸.

Si ya de por sí esta cuestión es compleja, sobre todo cuando la legislación se caracteriza por ser contradictoria, tras distinguir entre titularidad y ejercicio (posesión del derecho a decidir y posibilidad efectiva de tomar las decisiones más importantes que afectan a los hijos no emancipados), dicha complejidad aumenta cuando introducimos en la amalgama de conceptos otro nuevo, a saber, el de guarda y custodia.

La guarda y custodia, como su propio nombre indica, se refiere a aspectos relativos al hecho de poseer la custodia, por lo que englobará las decisiones concernientes a la vida diaria del menor, a cuanto respecta a la convivencia física. Por ello, la doctrina sugiere que quien no haya sido privado de la patria potestad o a quien se haya atribuido su ejercicio tiene derecho a formar parte del proceso de la toma de decisión acerca de cuestiones relevantes; por el contrario, las pequeñas cuestiones del día a día afectan a quien tiene atribuida la guarda y custodia, por lo que no es necesario contar con el consentimiento del otro progenitor aunque este ostente el ejercicio de la patria potestad⁹.

La guarda y custodia es una institución que obedece al interés que supone aportar una solución acerca de con quién debe residir el niño una vez que los padres deciden poner punto y final a la relación sentimental, pues si algo ha de primar en este tipo de situaciones es, sobre todo, el interés superior del menor. Por ello, se hace necesario que exista una resolución judicial que aclare estas cuestiones, que atribuya al niño una residencia fija.

Por esta razón, se ha puesto de manifiesto que un cese de convivencia no altera por sí mismo el ejercicio de la patria potestad más allá de la disminución inevitable del tiempo de compañía de los menores, en tanto en cuanto ese tiempo será mayor para el custodio y menor para el no custodio, que solo podrá disfrutar de ellos durante el régimen de visitas o de comunicación, por lo que ostentar la custodia no otorga más derechos sobre el niño¹⁰.

3. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN

La doctrina sitúa el origen del derecho de visita (término ya en desuso, prefiriéndose hoy en día la expresión “derecho a mantener relaciones personales con el hijo” o, simplemente, “derecho de comunicación”) en el siglo XIX, cuando la Jurisprudencia francesa reconoció por primera vez un derecho de tales características a los abuelos de un menor en la sentencia de la *Cour de cassation* de 8 de julio de 1857¹¹.

Por lo que respecta a la legislación española, el derecho de visita se recogió por primera vez en la Ley del Divorcio de 1932 y sufrió varias idas y venidas hasta quedar configurado en el año 1981 tal y como se conoce en la actualidad.

Por cuanto concierne a su configuración, un sector doctrinal considera que el derecho de comunicación pivota sobre dos grandes ejes: por un lado constituye un derecho-deber para los padres y, por otro, es un derecho de los hijos¹². Asimismo, constituye un derecho pleno para el menor pero no así para el progenitor, por lo que aquel podría tanto renunciar al mismo como solicitar una ampliación del régimen vigente¹³.

En vista de que el derecho de comunicación se configura como un derecho pleno para el menor, cabría preguntarse qué ocurriría en caso de ser el padre inhabilitado para el

⁸ M. YZQUIERDO, “La patria potestad”, en M. YZQUIERDO y M. CUENA (dir.) *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. 4, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 81.

⁹ M. J. MONFORT, “Algunas cuestiones civiles...”, *cit.*, nota 2, p. 125.

¹⁰ F. J. GARCÍA, “Guarda y custodia compartida: La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código civil”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, p. 80.

¹¹ F. RIVERO, “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria”, en P. VILADRICH (dir.) *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales: teoría y praxis*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 44.

¹² A. M. ECHARTÉ, “Patria potestad en situaciones...”, *cit.*, nota 3, p. 113.

¹³ A. M. ECHARTÉ, “Patria potestad en situaciones...”, *cit.*, nota 3, pp. 115-118.

ejercicio de la patria potestad, dado que dicha figura implica la pérdida de los derechos pero la subsistencia de las obligaciones. En otras palabras, si el hijo tiene derecho a mantener una relación personal y afectiva con los padres, ¿puede una inhabilitación suponer la pérdida de ese derecho? La respuesta se hallará en las siguientes líneas, aunque puede adelantarse que el derecho de visita o de comunicación solo debería denegarse cuando se hallen circunstancias de tal gravedad que desaconsejen realmente la existencia de una relación afectiva entre los hijos y el padre no custodio¹⁴.

4. LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El art. 46 CP recoge dos penas distintas pero relacionadas entre sí, a saber, la inhabilitación especial y la privación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento. El precepto señala la diferencia entre ellas, de manera que la primera supone la privación de los derechos inherentes a la patria potestad o la extinción del resto de figuras, al igual que la incapacidad para obtener un nombramiento para alguno de dichos cargos; y la segunda implica directamente la pérdida de la titularidad. En cualquier caso, siempre van a subsistir los derechos de los que sea titular el hijo del penado. Aunque el propio art. 46 CP no lo mencionase, también el art. 110 CC indica que los padres siempre quedan obligados a velar por sus hijos y a prestarles alimentos, pese a no ostentar la patria potestad.

Por consiguiente, la inhabilitación priva del ejercicio mientras que la privación priva de la titularidad. Es por ello que esta última solo se encuentra prevista para los delitos de mayor gravedad, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3 CP).

El hecho de que la inhabilitación priva del ejercicio se extrae del contenido que el Código Penal le otorga (pérdida de los derechos inherentes a la patria potestad). Este es también el sentido por el que opta la doctrina. Así, señala DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que la inhabilitación para la patria potestad se refiere, en puridad, aunque mal designado, a un supuesto de inhabilitación para su ejercicio, ya que solo priva de la posibilidad de desplegar las facultades que corresponden en relación con los hijos mencionados en la sentencia y durante el tiempo de la condena, sin que ello suponga la pérdida del título¹⁵.

Por otra parte, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad recuerda más a un supuesto de suspensión, dado que consiste en una paralización del ejercicio durante el tiempo marcado en la sentencia judicial, continuando una vez transcurrido ese plazo de tiempo¹⁶.

De hecho, aunque el Código Penal se limite a establecer supuestos de inhabilitación y privación para el ejercicio de la patria potestad, el Código Civil sí que contempla casos de suspensión con efectos muy similares a los que produce la inhabilitación penal, quiere decirse, la subsistencia de la titularidad pese a la pérdida del ejercicio, de manera que los padres siguen siendo titulares de la patria potestad si bien el ejercicio es desarrollado por otras personas o entidades. Esto ocurre, por ejemplo, en el art. 172.1 CC, en sede de guarda y acogimiento de menores, donde se prevé que una entidad pública adquirirá la tutela del menor (lo que implicará la suspensión de la patria potestad), mientras que la titularidad continuará atribuida a los progenitores.

¹⁴ También en este sentido C. ROGEL VIDE, en R. BERCOVITZ (coord.) *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, 1993, Madrid, p. 261.

¹⁵ E. DOMÍNGUEZ, “Cuando la pena accesorio de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido: el contenido del art. 56.1.3 del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Época II, mayo 2014, p. 172.

¹⁶ En el mismo sentido A. JAREÑO, “La pena de multa y las penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995” en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, segundo volumen, Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, p. 76.

Gran parte de la doctrina penalista sitúa el criterio distintivo entre la inhabilitación especial y la privación en el tiempo de la condena, siendo la primera temporal y la segunda definitiva¹⁷. Aunque resulta evidente que ello es así, constituyendo, por tanto, la diferencia principal, debe recordarse también que la privación implica la pérdida de un título que se mantiene en la inhabilitación.

La privación penal presenta un carácter irreversible que ni siquiera presenta la privación civil, pues esta última sí puede ser revocada, estableciendo el art. 170 CC la posibilidad de privar total o parcialmente al padre o a la madre por sentencia judicial y de recuperar la patria potestad posteriormente si desaparece la causa que motivó la privación. Sin embargo, en el supuesto de la inhabilitación, el ejercicio se reanuda automáticamente cuando transcurra el plazo marcado en la sentencia.

Donde coinciden ambas ramas (penal y civil) es en el extremo de reservar la institución de la privación para supuestos de gravedad suprema, dado el alcance de las mismas y las consecuencias tan trascendentales que implica. Por ello, la doctrina civilista señala dos requisitos fundamentales para la imposición de la privación civil para la patria potestad: la existencia y subsistencia probada de una causa grave que justifique su adopción; y la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de la misma para salvaguardar los intereses del menor¹⁸. Nunca debe producirse una privación de manera automática, sino que debe valorarse en cada caso el interés del niño¹⁹.

También la Jurisprudencia se muestra cautelosa y reacia a privar a los padres de la patria potestad sobre los hijos. Esto se concede única y exclusivamente cuando no existe otra salida posible atendiendo al beneficio de los menores en juego, requiriéndose un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que se traduzca en un daño o peligro grave y actual para aquellos²⁰. Por tanto, siempre es una medida adoptada en beneficio de los hijos²¹.

No obstante, la naturaleza de ambas figuras es distinta, pues la privación penal es claramente de corte punitivo, mientras que la privación civil, bien que existen autores que defienden su carácter sancionador²², es considerada mayoritariamente una institución de protección hacia el menor²³. El criterio jurisprudencial comparte dicha posición, mencionando que la privación civil para la patria potestad no se configura como una sanción por el incorrecto ejercicio de la misma, sino como un remedio frente a la situación de desamparo en la que pueden encontrarse los menores no emancipados²⁴.

Habría sido deseable que el legislador hubiese reflejado en la ley penal un paralelismo con la ley civil, de manera que la privación para el ejercicio de la patria potestad pudiera revocarse si se cumpliesen los mismos requisitos previstos con motivo de la revocación de la privación civil. Sin embargo, el sentir del legislador ha consistido en otorgar un tratamiento diferenciado para ambas privaciones, de modo que la privación penal presenta un carácter de irrevocabilidad, al no haberse previsto expresamente un mecanismo de recuperación ni tampoco una remisión a la legislación civil en tal sentido.

¹⁷ Vid. E. DOMÍNGUEZ, "Cuando la pena...", *cit.*, nota 15, p. 174.

¹⁸ P. LÓPEZ, J. RUIZ y J.C. PERALTA, "Patria potestad", *cit.*, nota 7, p. 10/340.

¹⁹ E. RUIZ, "Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981", *Justicia*, núm.2, 1982, p.33.

²⁰ SAP Cádiz núm. 25/2016, de 26 de enero; STS núm. 848/1996, de 18 de octubre; STS núm. 900/2005, de 10 de noviembre.

²¹ La SAP Alicante núm. 59/2016, de 12 de febrero, establece que *la privación de la patria potestad ha de reputarse excepcional por su gravedad y aplicarse únicamente en casos extremos, siendo necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor en evitación de un perjuicio para el mismo*.

²² M. YZQUIERDO, "La patria potestad...", *cit.*, nota 8, p. 162.

²³ Vid., J. CASTÁN, "La patria potestad", en V. GARRIDO DE PALMA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, Vol.2, tomo IV, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, pág. 273; E. ABAD, "Notas sobre la privación de la patria potestad en el Derecho Común" en F. BLASCO *et al* (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 36.

²⁴ SAP Vizcaya recurso número 208/1999 de fecha 22 de enero de 2001; STS núm. 384/2005, de 23 de mayo; STS núm. 315/2014, de 6 de junio.

5. LA COMPATIBILIDAD DE UNA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD CON UN RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

La inhabilitación especial para la patria potestad no supone una pérdida de la titularidad, solo del ejercicio, por lo que la pena llegará a su fin una vez transcurra el periodo de tiempo fijado en la resolución judicial (salvo que el hijo menor alcance la mayoría de edad con anterioridad a ese momento, lo que provocaría la extinción de la institución). Por ende, si las relaciones paterno-filiales se encuentran destinadas a retomarse, un sistema de comunicaciones entre padres e hijos, con mayor o menor grado de control en función del riesgo existente, no parece disparatado, siempre y cuando el interés superior del menor aconseje la subsistencia de las relaciones de los hijos menores con el penado.

La doctrina (con algunos opositores²⁵) defiende el establecimiento de un régimen de visitas aun cuando el progenitor ha sido privado civilmente debido a que este sigue obligado a cumplir los deberes para con los hijos²⁶. Por tanto, quien puede lo más, puede lo menos. Si es posible defender que un régimen de comunicación tiene sentido en supuestos de privación civil, de mayor gravedad a efectos prácticos que la inhabilitación penal (dado que aquella sí que supone la pérdida de la titularidad), no así que la privación penal (pues esta es definitiva e irrevocable), debería también defenderse el establecimiento de un régimen de visitas para el caso de ser inhabilitado penalmente para el ejercicio de la patria potestad.

Es posible encontrar Jurisprudencia que imponga un régimen de comunicación entre los hijos y los padres privados de patria potestad cuando se estima necesario en atención al interés superior de los menores²⁷. Del mismo modo, cuando dichas relaciones no son aconsejables, los tribunales no dudan en suspender el régimen de comunicación²⁸.

También la doctrina penalista ha defendido que la inhabilitación penal para el ejercicio de la patria potestad no rompe el vínculo con el progenitor penado, pues el derecho del menor a relacionarse con el padre o la madre no se ve afectado por el hecho de la inhabilitación²⁹.

No obstante, no solo pueden aportarse elementos lógicos en el sentido de que sería favorable mantener esa relación personal y afectiva dado que la pena va a extinguirse automáticamente al término del plazo estipulado en sentencia, reanudándose nuevamente las relaciones entre padres e hijos, por lo que sería aconsejable conservarlas durante el transcurso de aquella para no dificultar la vida del menor (que de repente se ve privado de la compañía del padre o de la madre y, cumplida la pena, se encuentra otra vez sujeto a la patria potestad de ese progenitor, salvo que sea mayor de edad), todo ello siempre y cuando el interés superior del menor no dicte otra cosa, pues si se percibe que la subsistencia de relaciones puede ocasionar un perjuicio al niño, estas deberán ser eliminadas.

También cabe mencionar argumentos jurídicos y es que el art. 160 CC determina expresamente que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aun cuando estos no ejerzan la patria potestad. Dado que no se alude a ningún motivo concreto por el cual esta no se esté ejerciendo, debe entenderse que el precepto se refiere a cualquier

²⁵ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La patria potestad y la filiación en la ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la compilación del Derecho civil foral o fuero nuevo de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, fascículo 2, 1988, p. 93.

²⁶ E. ABAD, "Notas sobre la...", *cit.*, nota 23, p. 30; F. RIVERO, "El derecho de...", *cit.*, nota 11, p. 67.

²⁷ A modo de ejemplo, puede citarse la SAP Alicante núm. 59/2016, de 12 de febrero, que estima parcialmente un recurso de apelación dictada contra una resolución judicial que determinaba la privación civil de la patria potestad contra un progenitor, suprimiendo igualmente el régimen de visitas, en el sentido de mantener dicha privación pero con la subsistencia de las relaciones personales y afectivas con respecto a la hija y ello porque *la ruptura de relaciones con su progenitor podría producir una situación irreversible en la relación paterno-filial*.

²⁸ La SAP Murcia núm. 137/2007, de 7 de mayo, priva de la patria potestad al tiempo que suprime el régimen de comunicaciones para un progenitor al sufrir este un trastorno psicótico que suponía un riesgo para la integridad física del hijo, al igual que existía la posibilidad de que el padre utilizara al menor como arma contra la madre o que cometiera un delito de sustracción de menores (art. 225 bis CP); la STS núm. 998/2004, de 11 de octubre, niega el régimen de visitas a un progenitor privado de la patria potestad con base en el desinterés patente de aquel con respecto a su hija.

²⁹ P. LLORIA, "La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar, en P. LLORIA (dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 70.

supuesto de no ejercicio. Precisamente la pena de inhabilitación supone la privación del ejercicio, no así de la titularidad, por lo que podría incluirse en la descripción del precepto.

Según este artículo, a pesar de no ejercerse la patria potestad, el progenitor mantiene el derecho a relacionarse con los hijos, salvo que exista una resolución judicial en contrario, lo que podría interpretarse como una exigencia de que no basta con una condena de inhabilitación especial, sino que es necesario una resolución judicial que establezca que el interés superior del menor pasa por dejar de mantener una relación afectiva con el progenitor privado del ejercicio.

La base del art. 160 CC no es otra que la configuración de la relación como un derecho del menor, en ningún caso se alude al derecho de los progenitores de relacionarse con los hijos. Por tanto, si la inhabilitación para la patria potestad conlleva la privación temporal de todos los derechos que surgen de esta pero continúan subsistiendo las obligaciones, si el régimen de visitas o de comunicación se configura como un derecho para el menor, el progenitor, aun privado de ejercicio, debe cumplir con la obligación de satisfacer el derecho del hijo a relacionarse con él (si ello es aconsejable).

El Código Civil trata hasta tal punto de evitar que se pierda todo contacto entre progenitor e hijo menor, que incluso propugna en el mismo precepto que, salvo que el interés superior del segundo marque lo contrario, se debe facilitar un régimen de visitas en caso de que el progenitor se encuentre privado de libertad, sin especificar diferencia alguna en función del delito cometido. Obviamente, esto no ocurrirá en casos en los que el progenitor haya atentado directamente contra la vida, la salud física o psicológica o la indemnidad sexual del menor, puesto que en tales supuestos el interés superior de aquel será, por regla general, mantenerse alejado del progenitor en cuestión.

Por tanto, para eliminar el régimen de visitas, lo ideal sería que se exigiese un perjuicio para el niño. Ello también ha sido defendido por algún sector doctrinal que aboga por la subsistencia de dicho régimen incluso aunque no aporte utilidad alguna para el hijo, quiere decirse, cuando el mismo no le haga bien ni mal, con tal de que no suponga un perjuicio efectivo³⁰.

Empero, no debe perderse de vista que el sujeto ha sido inhabilitado para el ejercicio de la patria potestad por la vía penal a causa de la comisión de un delito que conlleva dicha pena, principal o accesoria. Por consiguiente, no se puede reconocer el mismo grado de libertad para relacionarse con los hijos que en el supuesto de no existir pena alguna. La respuesta a la pregunta acerca de si un sujeto inhabilitado para la patria potestad puede seguir manteniendo una relación afectiva o personal no tiene por qué pasar por ser que el progenitor tiene derecho a seguir llevándose a los hijos menores para disfrutar de su compañía, ni tampoco que ha perdido completamente tal derecho, pues existen mecanismos intermedios. Uno de ellos y, quizá el más idóneo para este tipo de situaciones, son los Puntos de Encuentro Familiares (PEF).

Los Puntos de Encuentro Familiares presentan distintas dosis de seguridad y control, en atención a las necesidades de cada familia. Así, pueden servir simplemente como un punto de recogida y entrega, en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es tan negativa que ni siquiera pueden verse para entregarse mutuamente a los niños.

En un segundo nivel, el Punto de Encuentro actúa como una especie de “casa para las visitas”, de manera que el progenitor no custodio puede mantener una relación con sus hijos pero sin abandonar el emplazamiento, lo que se conoce como visitas no tuteladas. Durante el tiempo de visita, el padre puede jugar con los hijos, hablar o conducir la visita como estime oportuno, teniendo como única prohibición, simplemente, el abandono del lugar. Este nivel posee una menor dosis de intimidad con respecto al primero pero continúa existiendo una esfera íntima entre padre e hijo.

En el tercer nivel, el Punto de Encuentro vigilará las visitas entre el progenitor y los hijos, interviniendo única y exclusivamente en caso de que la misma tome un camino inapropiado para el menor (si el progenitor habla de temas inadecuados, realiza comentarios fuera de

³⁰ F. RIVERO, “El derecho de ...”, *cit.*, nota 11, p. 123.

lugar, adopta una actitud agresiva, etc.). Es lo que se conoce como visita tutelada y, a pesar de que aquí la intimidación de que pueden disfrutar padre e hijo es prácticamente nula, el sistema les permite mantener una relación afectiva y no perder el contacto.

Los Punto de Encuentro se conciben, de esta manera y entre los múltiples supuestos para los que se presentan como una herramienta de gran utilidad, como forma de continuar las relaciones entre padres e hijos con posterioridad a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, pues ha quedado sentada la idea de que esta no implica una ruptura total de este tipo de relaciones y es el mejor recurso al que se puede acudir para respetar el doble derecho del menor a mantener una relación con el progenitor y a ser protegido de cualquier riesgo que afecte a su persona.

El recurso al Punto de Encuentro no implica un riesgo superior al que presenta un régimen normal de visitas, antes al contrario, la existencia de un organismo que haga las veces de intermediario siempre revestirá de mayor control las conductas de ambos progenitores.

A estos argumentos a favor de la subsistencia de relaciones entre el inhabilitado y sus hijos podría objetarse la posibilidad de que un régimen de comunicación, que en principio se consideró acorde con el interés superior del menor, puede posteriormente devenir perjudicial. Este inconveniente puede solventarse no solo atendiendo al criterio del interés superior del menor, de manera que cualquier resolución judicial que afecte a un menor ha de ser modificada si deja de ser respetuosa con aquel, sino que también el propio Código Civil, en el art. 94, prevé la limitación o suspensión del derecho de visitas si concurren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumple de manera reiterada un deber impuesto judicialmente. Por lo tanto, el régimen de comunicación no es inmutable, sino que puede variar atendiendo a las necesidades y deseos del menor y, sobre todo, a su interés superior.

Tras toda esta argumentación, debe concluirse que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no implica la pérdida del disfrute del régimen de visitas, salvo que se establezca de manera expresa lo contrario, lo que supone que, a pesar de que el progenitor condenado ya no podrá participar en la toma de decisiones que afecten al hijo menor, sí podrá seguir manteniendo con él una relación personal y afectiva. Y ello no es en absoluto porque el padre o la madre sigan teniendo derecho a relacionarse con sus hijos, antes al contrario, porque dicho derecho es de los hijos y no de los padres.

Bajo mi punto de vista, la jurisdicción penal no tendría competencia para dictaminar un régimen de comunicación tras imponer la pena de inhabilitación. Por ende, el inhabilitado deberá acudir a la jurisdicción civil para solicitarlo (o incluso el propio menor si presenta un grado de madurez suficiente), debiendo el juzgado pronunciarse atendiendo al interés superior del menor.

6. CONCLUSIONES

El Código Penal recoge en el art. 46 dos penas distintas pero interconectadas, a saber, la pena de inhabilitación y de privación para la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento. La primera supone la pérdida del ejercicio de tales instituciones, es de carácter temporal y se recupera automáticamente cuando transcurre el tiempo de la sanción, por lo que parece ser realmente una pena de suspensión; la segunda es de carácter definitivo y por ello implica la pérdida del título y no solo del ejercicio.

La rama civil y la rama penal plantean regulaciones diferentes aunque también concomitantes en esta materia. Así, a pesar de que la privación penal para la patria potestad es de naturaleza sancionadora e irrevocable y la privación civil es de naturaleza protectora hacia los hijos y de posible recuperación si cesa la causa que la motivó, la legislación civil constituye un elemento ineludible a la hora de dotar de contenido a sendas sanciones penales.

De este modo, el art. 160 CC nos sirve de base para establecer la posibilidad de compatibilizar una pena de inhabilitación para la patria potestad con un régimen de visitas, pues establece el derecho de los menores a relacionarse con sus padres aunque estos no ejerzan la patria potestad.

La jurisprudencia civil ha decidido en distintas ocasiones estipular un régimen de comunicaciones entre padres e hijos aun estando los primeros privados de patria potestad, por lo que podría llegar a la misma determinación en supuestos de inhabilitación penal.

Ahora bien, no puede asumirse una regla general de que siempre que un padre se vea inhabilitado deba configurarse un régimen de visitas, ni tampoco una regla general en contrario. Cada caso concreto es distinto, cada menor es diferente y presenta unas necesidades determinadas. Será pertinente analizar lo que a cada menor conviene atendiendo a su interés superior para decidir si la subsistencia de las relaciones afectivas con el penado conllevará efectos positivos o negativos. Si existe cualquier clase de riesgo para el menor dicho régimen habrá de ser rechazado. En caso contrario, podría arbitrase algún tipo de relación entre padre o madre e hijos, con independencia de que las mismas deban desarrollarse de manera controlada (por ejemplo, en los Puntos de Encuentro Familiares). Si las relaciones no parecen perjudiciales deberían ser mantenidas, sobre todo teniendo en cuenta que la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad posee un principio y un final y podría ser beneficioso para los hijos continuar viendo a sus padres y no perder el contacto, en vista de que posteriormente dichas relaciones se retomarán al finalizar la pena (a menos que el menor alcance la mayoría de edad en un momento anterior). Así las cosas, esta opción de preservar las relaciones podría ser mejor que la de cortar de raíz todo tipo de contacto y recuperarlo “de golpe” al término de la pena, lo que quizá sea más confuso para el niño. De nuevo, todo dependerá del interés superior del mismo, sin que a priori pueda establecerse una prohibición u obligación de comunicación.

O CRIME DE USO DE INFORMAÇÃO FALSA OU ENGANOSA NA CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTO

Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Mestre e Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Fecha de recepción: 26 de noviembre de 2018
Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018

RESUMEN: Em 2017, o legislador português acrescentou ao Código dos Valores Mobiliários um novo tipo incriminador: a captação de investimentos com informação falsa ou enganosa (artigo 379.º-E). Trata-se de um crime já conhecido noutros ordenamentos jurídicos próximos do nosso (Alemanha, Itália e Espanha), mas que adquire entre nós uma configuração especial que o torna claramente distinto do crime de burla. O presente texto visa clarificar os fundamentos, os pressupostos e a autonomia da nova incriminação.

ABSTRACT: In 2017, the Portuguese legislator added a new crime to the Securities Code: Obtaining investments with false or misleading information (article 379-E). It is a legal solution already known in other legal systems close to our own (Germany, Italy and Spain), but it acquires between us a special configuration clearly distinct from the criminal fraud. This text aims to clarify the grounds and elements of the new crime.

PALABRAS CLAVE: Protecção dos investidores, informação falsa, informação enganosa, burla, falsificação, crime económico, crime patrimonial, crimes de perigo abstracto, regime de desistência, atenuante por reparação.

KEYWORDS: Investors protection, false information, misleading information, fraud, forgery, economic crime, patrimonial crime, danger offenses, withdrawal regime, mitigation by repair.

SUMARIO: Introdução. 1. Origem e enquadramento da nova incriminação. 2. O bem jurídico tutelado e a natureza do crime. 3. Os agentes típicos e as formas de comparticipação. 4. O facto ilícito típico: a conduta proibida e o resultado ilícito. 5. O conceito de informação falsa ou enganosa. 6. Imputação subjectiva do facto. 7. A atenuante por reparação e o regime geral da desistência voluntária. 8. Penas cominadas e problemas de concurso de crimes. Anexo.

(*) Mestre e Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (www.fd.unl.pt). Assessor do Conselho de Administração da CMVM. Investigador do CEDIS (onde integra a linha de investigação *Criminalia*). As opiniões expressas no presente texto são exclusivamente pessoais e não podem por isso ser atribuídas às instituições referidas.

INTRODUÇÃO

O elenco de crimes contra o mercado de valores mobiliários, acolhido na legislação nacional, tem-se mantido relativamente estável nas últimas décadas, incluindo não mais do que duas incriminações específicas - *abuso de informação privilegiada* (artigo 378.º do Código dos Valores Mobiliários: CdVM) e *manipulação do mercado* (artigo 379.º do CdVM) - a par do crime de desobediência (artigo 381.º do CdVM). Na verdade, as incriminações integradas no Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 foram apenas objecto de uma reformulação simplificadora dos tipos legais em 1998 (com a aprovação do novo CdVM)¹, de pontuais aditamentos em 2006 (por força da reforma europeia do abuso de mercado de 2003) e de uma actualização de sanções em 2009. O núcleo dos ilícitos e o seu âmbito material foi, no essencial, mantido nos últimos vinte anos, e essa estabilidade permitiu o desenvolvimento de tendências jurisprudenciais que contribuíram para esclarecer o âmbito de vigência dos tipos incriminadores².

A recente reforma de 2017 (concretizada através da Lei n.º 28/2017, de 30 de Maio) motivada pelo novo regime europeu do abuso de mercado³ constitui a primeira grande alteração ao elenco dos crimes contra o mercado, à luz de duas ideias fundamentais: continuidade dos ilícitos e adaptação inovadora, se necessária. Por um lado, surge agora na lei uma *nova modalidade de abuso de informação privilegiada* (relativa a licenças de emissão: artigo 378.º-A do CdVM) e são criados *novos crimes de manipulação* em função do objecto- manipulação do mercado de licenças de emissão (artigo 379.º-A), do mercado de contratos de mercadorias à vista relacionados com instrumentos financeiros (artigo 379.º-B) e manipulação de índices de referência (artigo 379.º-C, todos do CdVM); e, por outro, foi criada autonomamente uma nova incriminação relativa ao *uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimentos* (artigo 379.º-E, do CdVM). É esta nova incriminação que constitui o objecto central deste estudo.

1. ORIGEM E ENQUADRAMENTO DA NOVA INCRIMINAÇÃO

O novo tipo incriminador de *uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento* corresponde à necessidade de evolução do sistema sancionatório específico do mercado de valores mobiliários, tendo desenvolvimentos semelhantes ocorrido em países com uma cultura jurídica próxima da nossa (concretamente, Alemanha, Itália e Espanha)⁴.

¹ Para uma leitura das alterações então introduzidas, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O novo regime dos crimes e contraordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 33 e ss. Depois, sobre a reforma de 2003/2006, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “A manipulação de mercado e o abuso de informação privilegiada na nova Directiva sobre o Abuso de Mercado”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 18 (2004), p. 62 e ss, e PAULO DE SOUSA MENDES, “A adaptação do Direito Português à Directiva do Abuso de Mercado”, in MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 325 e ss.

² Muita informação relevante sobre vários casos de crimes contra o mercado tratados na jurisprudência nacional encontra-se em CMVM, *Contraordenações e crimes no mercado de valores mobiliários (o regime sancionatório, a evolução legislativa e as infracções imputadas)*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 154 a 163, e p. 174 a 186.

³ As peças centrais desta reforma são o Regulamento (EU) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, e a Directiva 2014/57/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, ambos de 16 de Abril de 2014, que foram completadas por mais de uma dezena de regulamentos delegados e de execução, directivas de execução, orientações e normas técnicas. Sobre a evolução das reformas europeias em matéria de abuso de mercado veja-se HELENA MAGALHÃES BOLINA “A revisão das directivas do abuso de mercado: novo âmbito, o mesmo regime”, in *REDS* n.º 10 (2017), p. 26 e ss e também *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Número Especial: Ensaio de Homenagem a Amadeu Ferreira, volume II, 2015, p. 11 e ss, onde se identificam as principais alterações em relação à reforma europeia de 2003. Sobre os efeitos desta reforma na lei portuguesa, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O novo regime europeu do abuso de mercado e a adaptação do sistema sancionatório nacional”, in PAULO CÂMARA (coord.), *O Novo Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 33 e ss.

⁴ Veja-se, por exemplo, § 264 a do *StGB* alemão, artigo 282 bis do Código Penal espanhol e artigo 173 bis e ss, do *Testo Unico della Finanza* e, depois, após uma sucessão de reformas e contra-reformas, os artigos 2621 e 2622 do *Codice civile* italiano. PETRA WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Auflage, München: C.H.Beck, 2014, p. 235, associa a origem da incriminação ao combate político criminal aos mercados paralelos, por contraposição à tutela legal dos circuitos institucionais. Sobre este tipo de incriminações e suas genealogias dogmáticas, vejam-se os estudos de

De forma simples, a nova incriminação prevê como ilícito penal deliberar ou decidir captar investimentos, colocar valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou captar financiamentos usando para o efeito informação falsa ou enganosa.

Com esta configuração básica a incriminação é nova no nosso sistema e afasta-se, por razões ponderosas, do modelo mais complexo da burla (artigo 217.º do Código Penal)⁵. Revela-se, na verdade, pouco aconselhável que os novos circuitos económicos e as práticas danosas que no mesmo ocorrem continuem a ser valorados por incriminações antigas, construídas em função de outras realidades, de outros circuitos sociais e económicos e de outro tipo de relacionamento entre as pessoas. A amplitude normativa das incriminações antigas (v.g. falsificação, burla, infidelidade) consegue abranger tais práticas danosas e os tipos incriminadores referidos são-lhe obviamente aplicáveis, mas em tal caso os factos acabam por ser sujeitos à filtragem da estrutura típica de incriminações organizadas com elementos pensados para outros contextos: articulação entre elementos objectivos e subjectivos, consumação dependente do prejuízo e da intenção do agente, nexos causais entre os vários elementos típicos, *etc*⁶. Os problemas de prova que as incriminações antigas suscitam e a sua inadequação aos novos circuitos sociais, económicos e tecnológicos sugerem ser preferível actualizar a intervenção penal a forçar a tipicidade dos tipos incriminadores mais antigos que estão em vigor.

A nova incriminação de uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento afasta-se da estrutura típica do crime de burla e centra o ilícito no uso de informação falsa ou enganosa para captar investimentos. Neste sentido, a incriminação aproxima-se mais de um crime de falsificação (na modalidade de uso de informação falsa ou enganosa) do que da complexa estrutura da burla, que se organiza em função do domínio astucioso do erro ou engano do burlado pelo autor do facto (artigo 217.º do CP)⁷.

No âmbito do mercado de valores mobiliários, a nova incriminação constitui uma via de tutela penal congruente com todo o regime jurídico da informação traçado no Código. A informação é um elemento imprescindível na organização, dinâmica e funcionamento dos mercados, na vida das entidades emitentes e dos seus accionistas, credores e fornecedores, nas decisões dos investidores e na relação dos intermediários financeiros com os clientes; e, exactamente por isso, é também uma referência essencial para os vários sectores da supervisão financeira. Por isso mesmo, a informação adquire no Código dos Valores Mobiliários relevância em vários patamares de tutela: desde as obrigações de informação (designadamente, artigos 244.º e ss e 312.º), à sua relevância civil (artigos 149.º e ss, 243.º, 251.º), aos níveis de qualidade legalmente exigidos (artigo 7.º, 312.º-A e ss), à tutela contraordenacional (artigos 389.º, 397.º, n.º 2, alínea g), e penal (artigos 378.º e 379.º), e que

IGNACIO LLEDO BENITO, “Breves notas sobre el fraude de inversores español y el “uso de información falsa ou enganosa para captar investimento” del derecho português”, *Revista do Ministério Público*, n.º 150 (2017), p. 43 e ss; do mesmo Autor, com mais desenvolvimento, a valiosa monografia *El fraude de inversores*, Madrid: Dykinson, 2017, onde se encontra muita informação relevante. Para uma perspectiva de conjunto sobre o problema em Itália, com mais informação, PIETRO SABELLA, “Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre lá necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideias de reforma”, *Revista Penal* n.º 41 (2018), p. 200 e ss.

⁵ Também THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München: C.H.Beck, 2011, *StGB*, § 264 a, anotação 1, acentua esta contraposição. De igual modo, IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit nota 4), p. 26 e ss e, na conclusão, p. 351: “El legislador español opto por configurar los tipos contemplados en el delito del artículo 282 bis, no como simples modalidades específicas de estafa, sino como verdaderos tipos cualificados del delito de peligro”.

⁶ Sobre a tipicidade do crime de burla, veja-se, ANTÓNIO DE ALMEIDA COSTA in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 274 e ss (anotação ao artigo 217.º), em especial p. 292 e ss (anotação do § 12 e ss) e, recentemente, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial. Sistema e estrutura fundamental*, Lisboa: UCE, 2017, p. 178 e ss. Para uma visão de síntese sobre a complexidade estrutural da burla, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edição, Lisboa: UCE, 2015, p. 846 e ss.

⁷ Para uma contraposição entre estes dois modelos (da burla e da falsificação) em matéria de tratamento penal da informação nos mercados de valores mobiliários, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* n.º 16 (2003), p. 99 e ss. Texto republicado na colectânea *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 617 e ss.

agora se estende ao uso de informação falsa e enganosa no circuito específico de captação de investimentos ou financiamentos (artigo 379.º-E)⁸.

A realidade documenta de forma impressionante - em Portugal e no estrangeiro - o merecimento penal dos factos e a necessidade de tutela penal, em função da elevada danosidade económica e patrimonial da informação falsa associada a circuitos de investimento massificado. Em certo sentido, pode mesmo afirmar-se que se tal acontece no domínio da manipulação ruidosa em relação ao regular funcionamento do mercado (artigo 379.º, n.º 1 do CdVM) pode ter igualmente lugar no campo da falsificação dirigida à viciação da concreta decisão de investimento (artigo 379.º-E do CdVM).

2. O BEM JURÍDICO TUTELADO E A NATUREZA DO CRIME

Nos circuitos da captação de investimentos, a informação falsa e enganosa adquire uma especial danosidade, por se tratar de um uso ilícito de um instrumento lícito para captar financiamentos num circuito económico regulado. Este facto vicia a decisão dos investidores, gera riscos ocultos para o seu património, distorce as condições concorrenciais de recurso a essas fontes de financiamento e mina a confiança nos circuitos de aplicação de poupanças e de financiamento das empresas.

Vale isto por dizer que a incriminação em causa tem uma dupla dimensão de tutela: protege um *bem jurídico colectivo e supra-individual*, o funcionamento idóneo, regular e transparente do circuito de captação pública de investimentos, e, simultaneamente, um *bem jurídico individual*, o património dos investidores⁹. Sem o primeiro dificilmente existe o segundo (pelo menos num quadro lícito de captação de poupança) e sem o património dos potenciais investidores o circuito de captação de financiamentos é uma miragem de parco conteúdo.

Ao contrário da burla (que visa proteger o património da vítima), a nova incriminação do artigo 379.º - E do CdVM tutela assim um *bem jurídico misto ou composto* que inclui dimensões públicas e privadas.¹⁰ A natureza pública do crime, os circuitos económicos a que se aplica e o acolhimento típico de uma atenuante obrigatória por reparação patrimonial de lesados confirmam na configuração do regime legal a heterogeneidade dos interesses tutelados. O que não constitui uma singularidade entre nós, pois tanto os crimes económicos podem ter dimensões patrimoniais (v.g. alguns crimes tributários, onde a dimensão da lesão patrimonial do erário público é um elemento típico, ou, diversamente, o abuso de informação privilegiada ou a manipulação do mercado, onde as dimensões patrimoniais são referentes extra-típicos), como alguns crimes patrimoniais podem ter dimensões *supra* individuais (como acontece, por exemplo, com os crimes de insolvência).

A natureza do bem jurídico tutelado permite afirmar que os investidores que subscrevam activos com base em informação falsa ou enganosa adquirem a qualidade de ofendidos e podem constituir-se assistentes nos processos criminais que integrem estes factos (artigo 68.º do CPP). Esta possibilidade permite igualmente que através da sua intervenção no processo como sujeitos processuais possam acompanhar e participar na produção de prova em audiência e, em função disso, dar um contributo significativo para a descoberta da

⁸ Sobre os vários aspectos de relevância da informação nos mercados de valores mobiliários, PAULO CÂMARA, *Manual do Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 703 e ss, e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2017, p. 97 e ss, p. 305 e ss, p. 361 e ss.

⁹ Em pormenor, IGNACIO LLEDO BENITO, *RMP* 150 (2017), p. 51 e ss e, depois, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 45 e ss.

¹⁰ Neste sentido, KARL LACKNER/KRISTIAN KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. neue bearbeitete Auflage, München: C.H.Beck, 2011, § 264 a, anotação n.º 1, e PETRA WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht* (cit. nota 4), p. 236-237. No mesmo sentido, IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 66-67. Também PETER CRAMER in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. neubearbeitete Auflage, München: C.H. Beck, 1997, § 264 a, anotação n.º 1, dando prevalência em primeira linha à função do mercado de capitais sobre a tutela do património individual. Sobre as combinações relativas à protecção primária do património individual, num mercado em que rege o anonimato, e a tutela de bens *supra* individuais, FISCHER, *StGB* (cit. nota 5), § 264 a, anotação n.º 2.

verdade material (designadamente, sobre as condições que envolveu a subscrição dos activos).

De forma semelhante à solução alemã e diferentemente do regime espanhol¹¹, o crime do artigo 379.º-E do CdVM é um crime público: o procedimento criminal pode ser iniciado pelo Ministério Público uma vez obtida a notícia do crime (artigo 262.º, n.º 2, do CPP), sem necessidade de qualquer outro pressuposto processual. A isso não se opõe o facto de estarmos perante um crime integrado na esfera das averiguações preliminares a cargo da CMVM (artigo 383.º e ss, do CdVM), já que estas não são prejudiciais em relação à abertura de inquérito pelo Ministério Público¹².

3. OS AGENTES TÍPICOS E AS FORMAS DE COMPARTICIPAÇÃO

A nova incriminação está delineada como um crime específico próprio: a sua realização típica exige qualidades do autor, que tem de ser titular de um órgão de direcção ou de administração de um intermediário financeiro, de uma entidade que detenha uma participação qualificada num intermediário financeiro ou, ainda, de uma entidade emitente de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros. A delimitação da autoria é assim traçada por vários conceitos normativos que limitam o seu campo de aplicação. Esses conceitos normativos usados no tipo incriminador devem ser concretizados por referência ao conteúdo que têm no Código dos Valores Mobiliários (designadamente, artigos 1.º, 2.º, 16.º e ss, 293.º), pois estamos perante uma incriminação que regula não toda a captação de investimento e de financiamento, mas sim aquela que se integra no âmbito de vigência material daquele diploma¹³.

Esta solução limita o âmbito do tipo, mas parece preferível à criação de um crime comum¹⁴, por várias razões: por um lado, garante-se a congruência com o regime do Código de Valores Mobiliários, sem que isso prejudique a aplicação dos crimes comuns a outros casos; por outro lado, são estes dos destinatários preferenciais das normas de conduta inerentes ao tipo de ilícito, pois tais operações passam necessariamente por estes agentes. Se o tipo incriminador não se centrasse nos administradores da entidade em causa poderia existir um desfasamento entre a prática material do facto e a titularidade do domínio sobre o mesmo, sendo certo que uma operação de captação de investimento não se faz sem a sua decisão. Um crime comum seria por isso uma ficção deslocada da realidade¹⁵. É por isso razoável que, pelo menos nos primeiros anos da sua vigência, o tipo se dirija especialmente aos administradores e seja alargado apenas por via das relações de comparticipação com *extranei* (cúmplices ou coautores sem as qualidades típicas), nos termos dos artigos 26.º, 27.º e 28.º do Código Penal¹⁶.

¹¹ Crítico desta solução em Espanha, com toda a razão, IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 345 e ss.

¹² Desenvolvimentos em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *O novo regime dos crimes e contraordenações* (cit. nota 1), p. 104 e ss. Depois, BRUNO VINGA SANTIAGO, “O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários”, *RPCC* 11 (2001), p. 603 e ss. Ainda, ANA PASCOAL CURADO, “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur”, *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 9 (2012), p. 239 e ss.

¹³ No plano hermenêutico, isto significa uma concretização sistemática dos conceitos típicos e não um reenvio extra-típico, próprio das normas penais em branco, ao contrário do que acontece por exemplo em Espanha onde o tipo incriminador se encontra integrado no Código Penal e os conceitos legais surgem densificados na *Ley del Mercado de Valores*. Sobre o problema, veja-se IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 183 e ss.

¹⁴ Sobre o âmbito e regime da incriminação quando concebida como um crime comum, FISCHER, *StGB* (cit. nota 5), § 264 a, anotação n.º 22.

¹⁵ Mesmo nos países em que o crime surge sob a forma comum, como acontece na Alemanha, vários conceitos típicos acabam por limitar o ilícito aos circuitos económicos em que surgem: veja-se, LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação n.º 5 e ss.

¹⁶ Para uma leitura do regime da comparticipação criminosa relativa a crimes específicos, as suas consequências e limites, TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente participando. O âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal* (separata do E.H. ao Prof. Eduardo Correia, BFDUC, 1984), Coimbra, 1988.

A incriminação não distingue entre o tipo de administradores ou os pelouros em causa, centrando o facto na sua participação na decisão ou deliberação de realizar a operação. E, por isso, as diversas distinções que se podem pensar entre os titulares dos órgãos não relevam para a subsunção típica, mas apenas para a imputação subjectiva (em função da prova sobre o conhecimento ou desconhecimento do uso de informação falsa) e para a determinação da pena.

Com a opção de centrar a configuração do tipo nos administradores também se responsabilizam titulares de um cargo que estão vinculados a elevados padrões de diligência e que têm especiais relações de fidelidade e respeito para com os investidores. O que garante uma relação de congruência material e sistemática com o regime do Código da Sociedades Comerciais (artigo 64.º).

4. O FACTO ILÍCITO TÍPICO: A CONDUTA PROIBIDA E O RESULTADO ILÍCITO

A legislação estrangeira que regula estas matérias no domínio penal configura o facto típico de formas diversas: na Alemanha o ilícito traduz-se em disponibilizar a um círculo alargado de pessoas, em relação com projectos, apresentações ou resumos, informações incorrectas ou em ocultar factos desfavoráveis sobre a situação patrimonial da empresa, relativos a circunstâncias relevantes para uma decisão sobre a aquisição ou aumento de activos (§ 264 a, 1, do *StGB*)¹⁷; diversamente, em Espanha o ilícito consiste em falsificar informação económico-financeira contida em projectos de emissão de instrumentos financeiros ou em falsificar a informação que uma sociedade dever publicar e divulgar (artigo 282 bis do Código Penal)¹⁸. As duas formas de configurar o facto ilícito são completamente distintas: na primeira é o acto de divulgação de informação falsa que constitui o núcleo do ilícito penal, enquanto na segunda é a própria falsificação da informação que se torna relevante.

A solução adoptada em Espanha suscita vários problemas interpretativos quanto a saber em que consiste o titular de um órgão social “falsificar a informação”¹⁹. A opção da lei portuguesa é distinta, pois o problema específico que se pretende regular com este tipo de incriminações não é o problema interno da adulteração da informação (que tem relevância criminal e contraordenacional autónoma), mas sim o problema do seu uso externo para captar investimentos.

Centrar o ilícito na falsificação seria antecipar excessivamente a tutela penal e descaracterizar o tipo, pois tal facto está ainda longe do circuito de captação de investimentos. Por isso, o núcleo do ilícito previsto no artigo 379.º-E do CdVM consiste em participar na decisão de fazer a operação com informação falsa ou enganosa, mais especificamente, em deliberar ou decidir, para essa entidade ou para outrem, a captação de investimentos, a colocação de valores mobiliários ou de instrumentos financeiros ou a captação de financiamento, por qualquer outro meio, utilizando para o efeito informação económica, financeira ou jurídica falsa ou enganosa. Este é o momento de perigo que revela merecimento penal em função da possibilidade de se iniciar a operação subsequente de captação de poupança. O tipo incriminador do artigo 379.º-E do CdVM abrange ainda na sua previsão o financiamento colaborativo de investimento (capital ou empréstimo), também conhecido por *Crowdfunding*, executado por intermediário financeiro (*ex vi* art. 10.º, n.º 2 da Lei n.º 102/2015, de 24 de Agosto).

O tipo incriminador integra o dever de os administradores não realizarem, nem permitir que se realizem, operações de captação de investimento com informação falsa. Esse dever está imanente ao tipo incriminador do n.º 1 e, por força do n.º 2, do artigo 379.º-E do CdVM, estende-se à execução da operação (subscrição e comercialização de valores mobiliários ou

¹⁷ Em pormenor, CRAMER, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação 3 e ss; LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação n.º 12 e ss; PETRA WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht* (cit. nota 4), p. 239 e ss.

¹⁸ IGNACIO LLEDO BENITO, *RMP* 150 (2017), p. 66 e ss, com desenvolvimentos em *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 153 e ss.

¹⁹ Em pormenor, IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 152 e ss e p. 183 e ss. Para uma contraposição entre a solução espanhola e a solução portuguesa, do mesmo Autor, *RMP* 150 (2017), p. 66-69.

de outros instrumentos financeiros ou obtenção de investimentos ou financiamentos por qualquer meio).

Qualquer delegação de poderes em estruturas paralelas ou subalternas quanto à execução da operação não exonera de responsabilidade quem decidiu: a titularidade dos deveres continua na esfera dos administradores e o facto continua centrado na autorização da operação com a informação falsa. A delegação a existir alarga apenas o espaço fáctico-normativo da diligência exigível ao titular do dever. E se dúvidas existirem quanto ao dolo do agente por tal facto, a hipótese de o responsabilizar por negligência confirma que o dever de cuidado se estende à informação prestada aos investidores, mesmo que esta seja subsequente à operação autorizada.

Com esta configuração o n.º 1 do artigo 379.º-E do CdVM contempla uma incriminação de perigo abstracto, densificado num circuito de captação massificada de poupança que legitima a presunção de perigo feito pelo legislador: independentemente da execução efectiva da operação e das suas consequências, o crime já está consumado com a decisão de realizar a operação com informação sem qualidade²⁰. A subscrição ou comercialização subsequente de activos ou a entrega de valores correspondentes à execução da operação correspondem à consumação do crime previsto no n.º 2 do mesmo artigo.

Assim, o crime do n.º 1 tem uma consumação formal com a aprovação da operação e o crime previsto no n.º 2 uma consumação material com a subscrição ou comercialização de activos ou com a obtenção de investimentos ou financiamentos. O início da operação de colocação dos activos é ainda um facto extra típico do n.º 1 (um resultado não compreendido no tipo). Só com a subscrição ou comercialização efectiva dos mesmos é que se consuma o tipo incriminador do n.º 2. Para esse efeito, o n.º 2 está consumado com a realização da primeira operação de subscrição, comercialização, investimento ou financiamento, não dependendo por isso do termo final ou da conclusão da operação em causa. A quantidade de valores subscritos ou comercializados ou o valor dos montantes entregues à entidade em causa representam apenas um preenchimento intensificado do tipo incriminador.

Ao contrário do crime de burla, a consumação dos crimes não depende da verificação do prejuízo. E, também por isso, a consumação é indiferente ao facto de o valor dos activos subscritos ou adquiridos poder compensar o valor das quantias liquidadas ou entregues para o efeito. Uma tal aritmética não condiciona a realização do tipo, ao contrário do que se pode passar no crime de burla (na concretização do conceito de prejuízo, o qual podendo incluir o valor dos activos subscritos deve contabilizar também os riscos assumidos e os danos já sofridos que o podem desvalorizar). Para os tipos incriminadores em causa o dano patrimonial sofrido pelos investidores corresponde a uma consequência a ponderar na ilicitude material do facto e na determinação da medida da sanção. Por isso, nos termos do n.º 5 do artigo 379.º-E, a reparação integral do dano concretamente sofrido pelos investidores é uma atenuante especial e não uma dirimente integrada no sistema do facto punível.

Os agentes podem, mesmo depois da consumação formal, impedir a concretização da operação ilícita, o que releva como forma de desistência activa e pode tornar o facto não punível (artigo 24.º e 25.º do Código Penal). No fundo, a antecipação da punibilidade (pela criação de um crime de perigo abstracto) é materialmente compensada com o horizonte amplo do privilégio da desistência da lei portuguesa. O que constitui ainda uma forma de tutela dos bens jurídicos por via de normas premiais.

²⁰ No mesmo sentido, de se tratar de um crime de perigo abstracto, embora perante outra descrição típica do facto, LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação n.º 2; FISCHER, *StGB* (cit. nota 5), § 264 a, anotação n.º 32; CRAMER, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação 1; PETRA WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht* (cit. nota 4), p. 237. IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 183 e ss. Para uma contraposição entre a solução espanhola e a solução portuguesa, do mesmo Autor, *RMP* 150 (2017), p. 66-69. Sobre a legitimação dos crimes de perigo abstracto nos circuitos económicos, MICHAEL KUBICIEL, “Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: Un nuevo prototipo del Derecho Penal económico”, *InDret* 3 (2017), p. 2 e ss, que defende a ideia de que os crimes de perigo abstracto protegem normas e não bens jurídicos e que, para além disso, garantir a vigência das normas é fundamental para a estabilização das instituições que permitem espaços de liberdade. Os dois referentes axiológicos (normas e bens jurídicos) não são, contudo, elementos que se excluam reciprocamente, com se pode ver no texto pela relevância da desistência em crimes formais.

O n.º 2 do mesmo artigo contempla, diversamente um crime material, em que o resultado típico é a subscrição, comercialização, obtenção de investimentos ou recepção de financiamentos. Nestes casos, o espaço de desistência encurta-se e só a reversão imediata e completa da operação impede a subsistência do resultado típico. Com esta agravação do n.º 2, a pena de 1 a 6 anos da incriminação de perigo é elevada para a pena de 2 a 8 anos em função do resultado ilícito descrito, cuja danosidade é acrescida quer pela conclusão da operação, quer pela privação de capital que a liquidação financeira da mesma representa para o investidor.

5. O CONCEITO DE INFORMAÇÃO FALSA OU ENGANOSA

O tipo incriminador delimita o ilícito em função de a informação que acompanha a operação ser falsa ou enganosa. Com isto traça-se o essencial do âmbito do tipo: uma operação valiosa (captação de investimento) só é proibida se a sua realização for acompanhada de informação falsa ou enganosa para quem vai aplicar capital na operação em curso.

A informação é falsa quando a comunicação não descrever com verdade a realidade subjacente ou, noutros termos, quando o seu significado não tiver, no todo ou em parte, correspondência na realidade retratada. Com este alcance, a informação incompleta não tem autonomia: ou é falsa - por discrepância relativamente à realidade comunicada - ou os elementos em falta tornam enganosa a informação divulgada. Noutros termos, enquanto a informação falsa tem um referente aferido retrospectivamente (por referência à realidade retratada) a informação enganosa tem uma vocação prospectiva: é enganosa a informação que revela aptidão para induzir o destinatário em erro.

As duas cláusulas têm autonomia típica e, por isso, demonstrada a falsidade da informação não é necessário que a mesma seja considerada enganosa e, por outro lado, a informação enganosa terá um conteúdo parcialmente distinto da informação falsa. Uma informação que seja falsa pode ser também enganosa, mas a comprovação deste elemento corresponderá a um facto que agrava o facto típico (ao nível da ilicitude material e da culpabilidade do agente) e não a uma realidade que condicione a subsunção do facto à cláusula e falsidade.

Para a cláusula de informação enganosa ter autonomia em relação à informação falsa ela abrange realidades que vão para além do conceito de falsidade, como seja as previsões irrealistas ou infundadas ou os juízos de valor que podem induzir o investidor em erro, designadamente sobre os riscos que está a aceitar. O que tem de ser provado para a realização deste elemento típico é a natureza enganosa da informação e não o erro do investidor concreto. Se este for provado estamos perante uma demonstração *ex post* por excesso do facto tipicamente relevante (o potencial enganatório da informação). Finalmente, as cláusulas de informação exagerada ou tendenciosa, que surgem no tipo de manipulação do mercado, não têm aqui autonomia: ou se reconduzem ao conceito de falsidade ou relevam tipicamente pelo seu conteúdo enganatório.

Neste exacto sentido, a concretização do conceito no n.º 4 do artigo 379.º-E do CdVM vem densificar este elemento do tipo e não estabelecer formas distintas de comissão do facto: quer se apresentem situações favoráveis sem correspondência na realidade, quer a informação omita factos desfavoráveis que deveriam ser apresentados, estaremos sempre perante um crime por acção (e não perante uma omissão no segundo caso)²¹.

O suporte da informação ilícita na lei portuguesa não é tipicamente fechado, pois o tipo incriminador delimita a relevância do facto não em função da natureza do suporte (como faz a lei alemã), mas sim em função da natureza da informação (ser informação económica, financeira ou jurídica). Por isso, a informação falsa pode constar de qualquer elemento materializado ou desmaterializado, de um prospecto, de um folheto, de um relatório contabilístico, de uma síntese ou de um parecer, de elementos publicitários, de uma

²¹ Entendimento diferente é seguido na Alemanha, veja-se LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação n.º 12.

informação oral ou escrita divulgada ou transmitida aos interessados, que isso não condiciona a aplicação da lei²².

Perante isto, é fácil perceber que carece de fundamento a crítica que sugere que os limites do novo tipo incriminador dificultarão o financiamento, levarão empresas a sair do país ou induzirão outras formas de financiamento sem recurso a instrumentos financeiros tipicamente relevantes. A limitação penal vigora apenas e só quanto à captação de investimento com informação falsa ou enganosa e esta, num mercado regulado e numa economia que respeite minimamente os investidores, nunca poderá uma fonte legítima de financiamento de qualquer empresa. Uma leitura do sistema sancionatório nacional permite identificar a racionalidade da incriminação quanto comparada com o merecimento penal de outros factos: as empresas e os seus responsáveis não podem apresentar informação falsa à Administração Tributária porque isso corresponderá a um crime de fraude fiscal; não podem simular situações patrimoniais inferiores à realidade com falsificação ou destruição de documentação societária porque isso constitui insolvência dolosa; não podem divulgar informação falsa que possa pôr em causa o regular funcionamento do mercado porque tal facto será manipulação; um comerciante não pode vender um objecto a um cliente dando-lhe informação falsa sobre a sua origem histórica porque isso constituirá um crime de burla. Assim sendo, por que razão poderiam as empresas financiar-se junto dos investidores com informação falsa ou enganosa?!

Se alguma coisa as empresas alegadamente perdem é algo que afinal não tinham: a possibilidade de se financiarem com informação falsa, enganando o financiador. Tal facto já era proibido criminalmente, por força da tipicidade do crime de uso de documento falsificado e do crime de burla, e passa em certos casos a ser punido por esta nova incriminação. Em suma, a nova incriminação apenas proíbe a captação de investimentos com informação falsa ou enganosa e esta não era, antes da Lei n.º 28/2017, de 30 de Maio, uma alternativa lícita de financiamento para as empresas.

6. IMPUTAÇÃO SUBJECTIVA DO FACTO

Os tipos incriminadores previstos no n.º 1 e 2 do artigo 379.º-E do CdVM são imputáveis a título de dolo e de negligência, por força respectivamente do artigo 13.º do Código Penal e do n.º 3 do citado artigo 379.º-E.

O dolo exige a consciência e vontade de aprovar a operação sabendo que a informação usada para o efeito é falsa ou enganosa. As três modalidades de dolo previstas no artigo 14.º do Código Penal são admissíveis, incluindo a figura do dolo eventual, cuja conformação com o facto pode reportar-se à possibilidade de a informação a disponibilizar ao investidor ser falsa ou enganosa. O voto contra a realização da operação excluirá a tipicidade dolosa do facto, pois corresponderá a uma vontade de que a operação não se realize naquelas circunstâncias e com a informação em causa.

A negligência implica a concretização dos critérios do artigo 15.º do Código Penal neste facto, designadamente a aceitação da operação com falta de cuidado quanto ao controlo de qualidade da informação que a acompanha. Na economia do sistema sancionatório vigente no mercado de valores mobiliários a punição criminal da negligência é excepcional, já que os demais crimes actualmente previstos (diferentemente das contraordenações) não comportam esta forma de imputação subjectiva. O potencial de danosidade massiva do facto justifica a punição da negligência neste caso, o que é congruente com os elevados padrões de diligência inerentes a tais cargos e à relação fiduciária que os seus titulares estabelecem com os investidores. Desse modo se acentua igualmente o facto de a norma de conduta

²² Noutros ordenamentos jurídicos coloca-se o problema da delimitação típica do objecto da conduta, o que não acontece na lei portuguesa por o tipo incriminador se centrar no conceito de “informação económica, financeira ou jurídica”. Desenvolvimentos, em IGNACIO LLEDO BENITO, *El fraude de inversores* (cit. nota 4), p. 175 e ss, CRAMER, *StGB* (cit. nota 9), § 264 a, anotação 23 e ss. FISCHER, *StGB* (cit. nota 5), § 264 a, anotação n.º 5 e ss, LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 4), § 264 a, anotação n.º 3 e ss, PETRA WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht* (cit. nota 4), p. 239 e ss.

relativa ao cuidado devido pelos administradores ao aprovarem a realização das operações estar, por um lado, orientada pelo contexto em que o agente intervém e pela protecção (possível) dos bens jurídicos tutelados²³ e, por outro, ser uma norma de conduta vigente para todos os casos em que se uma entidade recorre à captação de poupança ou financiamento junto dos investidores. Dito de uma outra forma, os administradores das entidades em causa, ao decidirem uma operação de captação de investimento estão proibidos de usar informação falsa ou enganosa; mas, para além disso, têm o dever de cuidado que se traduz em controlar minimamente os riscos de a informação a divulgar para o efeito ter essas características. A punição das duas formas de imputação tem como lugar paralelo entres nós os crimes de insolvência, que tanto se imputam dolosamente como a título de negligência (artigos 227.º e 228.º do Código Penal).

7. A ATENUANTE POR REPARAÇÃO E O REGIME GERAL DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

A lei alemã prevê, no § 264 a (3) do *StGB*, um regime especial de desistência para o agente que impeça voluntariamente a operação de investimento ou se esforce seriamente nesse sentido, se a operação não se realizar por outro facto²⁴.

O regime do n.º 5 do artigo 379.º-E do CdVM não deve ser confundido com esta solução da lei alemã, pois a lei portuguesa contempla apenas uma atenuante obrigatória especial em função da reparação dos danos causados. Mas esta atenuante não exclui a aplicação do regime geral de desistência previsto nos artigos 24.º e 25.º do Código Penal, que é muito mais amplo do que o regime alemão, designadamente por prever a possibilidade de desistência em todos os crimes formais, apesar da consumação (artigo 24.º, n.º 1, *in fine*, e artigo 25.º), e por admitir um regime de desistência em caso de comparticipação (artigo 25.º do Código Penal) que a lei alemã continua a ignorar, obrigado a doutrina a delicados exercícios hermenêuticos para evitar soluções injustas e a derrogação do princípio da responsabilidade pessoal. Por isso, no sistema nacional não é necessário consagrar regras especiais de desistência: o regime geral já cobre todas as situações relevantes²⁵.

Nos casos em que a aprovação da operação dependa da deliberação de um órgão colegial (a generalidade das situações típicas previstas na incriminação) o crime torna-se uma modalidade de comparticipação necessária, sendo por isso aplicável ao regime de desistência individual o disposto no artigo 25.º do Código Penal (e não o regime mais exigente do artigo 24.º)²⁶.

A diferença entre a aplicação do regime geral de desistência e a mera atenuante especial é muito significativa: no primeiro caso, o facto deixa de ser punível e não pode haver perseguição criminal efectiva²⁷; no segundo caso o facto mantém-se com o crime e existe apenas uma atenuação da responsabilidade.

²³ Para uma leitura destes (e de outros) referentes na densificação da negligência penal, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal* (Fragmenta iuris poenalis), 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 383 e ss, com vários desenvolvimentos teóricos e práticos.

²⁴ CRAMER, *StGB* (cit nota 9), § 264 a, anotações 39-40. LACKNER/KÜHL, *StGB* (cit. nota 10), § 264 a, anotação n.º 16. FISCHER, *StGB* (cit. nota 5), § 264 a, anotação n.º 21.

²⁵ Por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 727 e ss e p. 842 e ss. Desenvolvimentos em JÚLIO GOMES, *A Desistência da tentativa. Novas e Velhas Questões*, Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1993.

²⁶ Veja-se FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A relevância da desistência em situações de comparticipação*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 198 e ss.

²⁷ Sobre as várias consequências processuais da falta do tipo de punibilidade, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Volume II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 1123 a 1133.

8. PENAS COMINADAS E PROBLEMAS DE CONCURSO DE CRIMES

As penas legalmente previstas para os factos descritos estão organizadas em três escalões de gravidade: pena prisão de 1 a 6 anos para o tipo base que prevê a forma simples (artigo 379.º-E, n.º 1), prisão de 2 a 8 anos para a forma agravada (n.º 3) e pena de prisão até 3 anos e até 4 anos na forma negligente de cada uma daquelas variantes (n.º 3).

O tipo incriminador admite a existência de concursos intra-típicos: se forem deliberadas várias operações com a informação falsa ou enganosa teremos uma pluralidade de factos dentro do mesmo tipo incriminador, isto é, uma realização plural de ilícitos consoante as várias operações de captação de investimentos.

Os factos previstos podem gerar situações de concurso com outras incriminações que obrigam a um confronto entre os tipos, o seu conteúdo forma e material, os bens jurídicos tutelados e as penas cominadas: para determinar se o concurso é aparente ou efectivo, para saber qual a incriminação e as penas preteridas ou, inclusivamente, em caso de sucessão de leis no tempo, para determinar qual a lei aplicável por se revelar aquela que é concretamente mais favorável ao arguido. Para todos estes aspectos é fundamental ter em linha de conta a previsão típica, os interesses tutelados (e a relação entre os mesmos) e as penas legalmente cominadas.

Os tipos incriminadores previstos no artigo 379.º-E do Código dos Valores Mobiliários podem estar numa relação de concurso com o crime de falsificação de documentos (artigo 256.º, n.º 1, alínea d), de uso de documento falso (artigo 256.º, n.º 1, alínea e) e de burla (artigos 217.º e 218.º). Se estiverem em causa os mesmos agentes, os mesmos circuitos e as mesmas vítimas existirá concurso aparente e, em caso de sucessão de leis no tempo, será necessário indagar concretamente qual o regime mais favorável ao arguido, o que pode depender das penas em concurso, mas também do título de imputação subjectiva e da eventual aplicabilidade das atenuantes e agravantes.

Já com o crime de manipulação do mercado (artigo 379.º do CdVM), por divulgação de informação falsa, existirá uma situação de concurso efectivo, pois os factos serão distintos, os circuitos económicos são autónomos, os destinatários da informação são em parte diferentes, os bens jurídicos não se confundem e, por isso, ao concurso de crimes deve corresponder um concurso de penas (concurso efectivo).

O crime de captação de investimento com informação ilícita ou enganosa tem ainda algumas semelhanças com o crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção (artigo 36.º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) mas com ele não se confunde, pelas diferenças de tipicidade e pelos distintos circuitos que estão em causa, o que, em si mesmo, garante a autonomia entre os diferentes interesses tutelados.

ANEXO

Artigo 379.º-E

Uso de informação falsa ou enganosa na captação de investimento

1 - Os titulares de um órgão de direção ou administração de um intermediário financeiro, de uma entidade que detenha uma participação qualificada num intermediário financeiro ou de uma entidade emitente de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros que, por qualquer forma, deliberem ou decidam, para essa entidade ou para outrem, a captação de investimentos, a colocação de valores mobiliários ou de instrumentos financeiros ou a captação de financiamento por qualquer outro meio, utilizando para o efeito informação económica, financeira ou jurídica falsa ou enganosa, são punidos com pena de prisão de 1 a 6 anos.

2 - Se na situação referida no número anterior forem efetivamente subscritos ou comercializados valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, obtidos investimentos ou recebidos financiamentos, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

3 - Se os factos descritos nos números anteriores forem praticados por negligência a pena é reduzida a metade nos seus limites mínimos e máximos.

4 - Para efeito do disposto nos números anteriores, a informação é considerada falsa ou enganosa sempre que, designadamente, apresente situações favoráveis sem correspondência na realidade ou omita factos desfavoráveis que deveriam ser apresentados.

5 - Se o agente reparar integralmente os danos patrimoniais causados até à data de início da audiência de julgamento a pena é reduzida a metade nos seus limites mínimos e máximos.

ALGUNAS NOTAS DE INTERÉS EN TORNO AL FRAUDE DE INVERSORES EN EL CÓDIGO PENAL ALEMÁN (art. 264 a StGB)

Ignacio Lledó Benito
Doctor Internacional
Profesor de Derecho Penal
Universidad San Pablo CEU de Madrid

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: “Cualquier persona que, en relación con la venta de valores, derechos preferentes o acciones que garanticen una participación en el resultado de una empresa, o la oferta de aumentar la aportación de capital a dichas participaciones, facilite información errónea favorable u oculte hechos desfavorables en prospectos o en descripciones o resúmenes sobre el estado patrimonial con respecto a circunstancias determinantes para tomar la decisión sobre la adquisición o el aumento de capital a un gran número de personas será condenado a una pena de cárcel no superior a tres años o a una multa. El apartado 1 se aplica de forma correspondiente si el delito afecta a la participación en un patrimonio que una empresa administra en nombre propio pero por cuenta ajena. No será condenado de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 quien evite voluntariamente que se realice la aportación de capital derivada de la adquisición o el aumento en cuestión. Si dicha aportación no se realizara sin intervención del autor, este no será condenado si se esforzara voluntaria y activamente por evitar la realización de tal aportación”. Art. 264a StGB, kapitalanlagebetrug.

ABSTRACT: “Any person who, in connection with the sale of securities, preferential rights or shares that guarantee a participation in the result of a company, or the offer to increase the capital contribution to said participants, provides favorable erroneous information or conceals unfavorable facts in prospectus or in descriptions or summaries on the patrimonial status with respect to determining circumstances to make the decision on the acquisition or increase of capital to a large number of people, will be sentenced to a prison sentence of no more than three years or a fine. Paragraph 1 is applied correspondingly if the offense affects the participation in a patrimony that a company administers in its own name but on behalf of another. They will not be sentenced in accordance with what is established in sections 1 and 2 who voluntarily avoids it being carried out with the contribution of capital derived from the acquisition or increase in question. If this contribution is not made without the intervention of the author, he will not be sentenced if he voluntarily and actively tries to avoid making such a contribution”. Art. 264a StGB, kapitalanlagebetrug.

PALABRAS CLAVE: Fraude de inversión, delito económico, ley mercado de valores, mercado de capital, interés del inversor.

KEYWORDS: “fraud invest, White collar crime, securities market law, stock market, investor’s interest “.

SUMARIO: I) Generalidades. El estado de la cuestión. Antecedentes, II). Significado político criminológico y valoración, III) Naturaleza jurídica del delito, IV) Bien jurídico protegido, V) Elemento objetivo del delito, VI) Conducta típica del delito

D) GENERALIDADES. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. ANTECEDENTES

El art. 264a fue introducido en el Código Penal alemán por la 2.^a Ley de Lucha contra los delitos económicos alemana. Hasta entonces no existía un tipo penal similar. La introducción de esta disposición fue fundamentada en el surgimiento de un «mercado gris de capital» paralelo al convencional que presentaba numerosas irregularidades que ya no era posible combatir debidamente con los recursos legales disponibles (Impreso del Bundestag 10/318, 21 y ss.)¹.

El art. 264a no resuelve los vacíos en el Derecho penal material puesto que existe una tentativa de estafa conforme al art. 263 del Código Penal alemán cuando el autor induce o desea inducir al inversor a realizar una inversión de capital perjudicial para su cartera mediante información favorable errónea o mediante la ocultación de hechos desfavorables. Otros tipos penales y hechos penados con multa protegen de forma directa o indirecta a los inversores privados, tales como la manipulación del mercado conforme al art. 38.1.4, 39.1.1 y 2 junto con el art. 20a de la Ley del Mercado de Valores alemana, inducir a transacciones especulativas conforme el art. 61 junto con el art. 23 de la Ley Bursátil alemana, información errónea y declaraciones inexactas conforme al art. 331 del Código Mercantil alemán y los arts. 399 y 400 de la Ley de Sociedades Anónimas alemana, transacciones de servicios financieros no permitidas conforme al art. 54.1.2.2 de la Ley Bancaria alemana y la publicidad delictiva conforme al art. 16.1 de la Ley de Competencia Desleal alemana (art. 4 de la versión antigua del mismo texto legal). Por otro lado, numerosas disposiciones del Derecho civil y normativas ofrecen protección a los inversores, como el art. 34c.1.1b del Reglamento de actividades industriales alemán (con un hecho penado con multa en el art. 144.1.1h), la Ley de Sociedades de Inversión de Capital alemana en su versión de 09/09/1998 (Boletín Oficial Federal I, 1998, p. 2820), la Ley de Inversiones en el extranjero alemana de 09/09/1998 (Boletín Oficial Federal I, 1998, p. 2820), la Ley de Prospectos alemana de 09/09/1998 (Boletín Oficial Federal I, 1998, p. 2853), así como la «responsabilidad por indicaciones contenidas en prospectos» desarrollada por los tribunales civiles a partir de la figura de la culpa in contrahendo (véase Palandt/Heinrich, art. 276 del Código Civil alemán, punto 23, con documentación abundante de la jurisprudencia). Así pues, la introducción del art. 264a, en contra del punto de vista de los autores del Proyecto de la 2.^a Ley de Lucha contra los delitos económicos alemana (Impreso del Bundestag 10/318, 22), no era necesaria para asegurar el funcionamiento del mercado de capitales².

El verdadero motivo de la introducción del art. 264a radica, al igual que con los arts. 264 y 265b de formulación similar, en la eliminación de dificultades para la presentación de pruebas, las cuales surgen a menudo a la hora de demostrar el cumplimiento de los supuestos del delito de estafa general. En especial, la determinación de los daños y perjuicios suele plantear problemas particulares, dado que el cálculo del valor de la inversión en el momento de la disposición de los activos inducida por estafa no se realiza frecuentemente dentro del procedimiento penal hasta años después de la adquisición. A esto se añade que, entre otras cosas, no es posible rebatir el argumento del acusado de que estaba convencido del valor intrínseco de la inversión a pesar de que la información facilitada fuera errónea, por lo que no se podría demostrar el ánimo de perjudicar. Con todo, se trataría únicamente de dificultades probatorias que podrían darse de forma similar en otros supuestos de estafa. Por otra parte, resulta como mínimo cuestionable que el art. 264a efectivamente evite los mencionados problemas probatorios. Teniendo en cuenta que la información errónea debe ser favorable al defraudador o los hechos ocultados desfavorables para el defraudado, la disposición no exime en modo alguno al juez de su responsabilidad de corroborar el valor de la inversión en el momento del delito, y el autor puede defenderse de la acusación de estafa de inversión de capital alegando que consideraba que la información era correcta. Por lo tanto, no existe un fundamento convincente para la introducción del art.

¹ HELLMAN NUWE Kapitalanlagebetrug 264a en NOMOSKOMENTAR. KINDHAUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Hrsg). Strafgesetzbuch Band 2 Auflage. Nomos 2005. Pág. 4770.

² HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4771. También HELLMANN/ BECKEMPR WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT. Rn 362 FF.

264a, ya que según la redacción correspondiente el bien protegido de la estafa de inversión de capital, es decir, los activos, coincide con el del art. 263 del Código Penal alemán, y el art. 264a, a diferencia de la creencia predominante, no protege también el funcionamiento del mercado de capitales³.

En cuanto al punto referido a la prueba de la causalidad y adopción de reglas temporales derivadas de fundamentos especiales de responsabilidad del derecho del mercado de capitales. Por principio, y también cuando se trata del fundamento para la reclamación tratada aquí, es el damnificado quien tiene el deber de aportar las pruebas completas de todas las características que fundamentan la responsabilidad. En este caso resultará siempre complicada la prueba de que la inversión causante de los daños fue adquirida precisamente en virtud de la existencia de una determinada información falsa que haya sido probada.

La presunción de un comportamiento informador correcto no sólo pierde su fuerza cuando el inversor hubiere recibido un prospecto (en su caso acompañado de una confirmación escrita de recepción) y cuando dicho prospecto hubiere contenido una advertencia sobre los riesgos, si la decisión de invertir se basara probada y primordialmente en un asesoramiento personal con todo detalle, en cuyo caso no resulta improbable que el inversor no haya tomado conocimiento del contenido del prospecto. En cambio, corresponde al emisor probar que el inversor era consciente del riesgo o que tomó la decisión de invertir con conocimiento de todos los riesgos, para que pueda rebatir la presunción de la omisión de la decisión de invertir tras haber facilitado una aclaración completa y adecuada. No obstante, corresponde al inversor probar en primer lugar la fecha de la toma de conocimiento del medio para perpetrar los hechos delictivos para que sea posible dar lugar a la presunción.

De acuerdo con la opinión predominante, en un sentido más amplio también los títulos de legitimación cualificados tienen consideración de títulos valores (en el sentido del derecho civil). Para el pagador transmiten una protección de la buena fe de manera que éste podrá pagar con efectos liberatorios no sólo al titular de los derechos indicado en el documento, sino a cualquier portador sin tener ninguna obligación de hacerlo. Este efecto liberatorio atribuye al título su aptitud para cotizar, lo que es una de las funciones principales de los títulos valores. Sin embargo, el derecho garantizado no puede ser reclamado exclusivamente en virtud del documento, ni siquiera cuando el deudor pueda exigir la entrega del documento al efectuar el pago, compárese art. 808 del Código Civil alemán (títulos nominativos con cláusula de portador, los títulos de legitimación innominados tienen el mismo tratamiento).

Por esta razón, el ámbito de aplicación de la norma no debe abarcar tampoco los llamados títulos tradicionales del comercio de mercancías, como por ejemplo; los albaranes de entrega y suministro, así como los efectos de pago y créditos a corto plazo como, en concreto, los cheques y letras de cambio. En el caso de los actos de estafa, que se refieren a títulos de estas características, serían exclusivamente de aplicación los artículos 263 y 265b.

Algunos de los reparos manifestados en contra del art. 264a desde el punto de vista del Derecho Constitucional son infundados. Para comenzar, el reparo relacionado con un adelanto inadmisibles de apreciación de la punibilidad a efectos probatorios no procede ya que el autor, al cometer los hechos delictivos, cruza frecuentemente la frontera de la tentativa de estafa punible, de manera que el art. 264a no es más que la introducción de una tentativa de estafa para un delito consumado⁴.

Tampoco está justificado el reproche de que utilizar un gran número de conceptos propios de cláusulas generales vulnera el principio jurídico de determinación del art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana. Por una parte, las dificultades de interpretación no van más allá del grado «normal» que se da en la interpretación de los elementos constitutivos de los hechos delictivos, máxime cuando se puede recurrir a los principios del Derecho civil relativos a la «responsabilidad por indicaciones contenidas en prospectos». Por otra parte, el

³ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4771. También JAATH in Dünnebie-FS, S. 583, 592; HWSt-Joecks X 1 Rn 3.

⁴ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a). Pág. 4772.

art. 264a define incluso los presupuestos de punibilidad en comparación con el art. 263 del Código Penal alemán, también aplicable a estas situaciones.

No obstante, el verdadero objetivo del art. 264a es únicamente proteger la cartera del inversor como bien de derecho individual. En todo caso, el hecho de que el art. 264a proteja también la cartera (activos) de los inversores no se puede cuestionar seriamente.

En cuanto a la denominación «estafa» de inversión y de la clasificación en el párrafo 22 del Código Penal alemán titulada «Estafa y Prevaricación». Aquellos que, además, consideran el funcionamiento del mercado de capitales otro bien protegido por la disposición deducen de una consecuencia secundaria de la defraudación de inversiones un objetivo principal del art. 264a. Básicamente, todo comportamiento engañoso o delictivo que tenga lugar «de forma generalizada» lleva a que se tambalee la confianza en el ámbito de la vida económica y privada afectado. Por consiguiente, a cada tipo penal se le puede atribuir un carácter (adicional) protector de la confianza. Sin embargo, erigir estos efectos reflejos en objetivo principal del tipo penal no permite avanzar en el debate, ya que cada hecho delictivo en particular (salvo casos extraordinarios) no puede perjudicar en absoluto la confianza de la población general en un segmento determinado de la vida económica⁵.

II) SIGNIFICADO POLÍTICO CRIMINOLÓGICO Y VALORACIÓN

En general, el significado práctico del Art. 264a en el Derecho penal (respecto al significado como Ley protectora) con razón se considera bastante reducido. Si bien la Estadística de la Policía Criminal de 2011 indica 6.557 casos de “estafa de participación social e inversión de capitales” (con lo que bajaron respecto a 2010 en aproximadamente un 40%), a la llamada “estafa mediante prospectos” conforme al Art. 264a correspondían 145 casos (2010: 31 casos) registrados bajo la clave 513000; en 2009 incluso fueron sólo 36. Destaca claramente la “estafa de inversiones conforme al Art. 263”⁶.

Si partimos de la base de que la tipificación de delitos de acumulación básicamente no es ilegítima, aunque siendo realistas exige el requisito de los futuros efectos de acumulación, la norma resulta dudosa desde el punto de política criminológica. Por una parte faltan evidencias empíricas de los “efectos de arrastre, contagio o en espiral” indicados para legitimar la norma; pero con ello la norma se basa, finalmente, en meras suposiciones. Por otra parte, existen varios argumentos a favor de que la norma apunta hacia una estructura de comunicación que no tiene equivalente en la realidad del negocio de inversión de capitales, lo que por último también podría ser la causa de que la introducción del Art. 264a no haya servido para cerrar las lagunas en materia de protección penal de los inversores: Igual que antes, la instrucción penal no se produce con anterioridad a la producción del siniestro y las condenas se dictan –si se dictan– basadas en el Art. 263 y no en el 264a⁷.

De lege lata, las lagunas de la protección penal de los inversores se cierran adecuadamente por otras áreas parciales del ordenamiento jurídico. Sobre todo en el caso de las participaciones extranjeras o en empresas insolventes, la responsabilidad civil derivada del prospecto no puede hacerse efectiva. Las disposiciones del derecho administrativo de supervisión y de la legislación especial cubren en cada caso sólo un ámbito parcial. Siempre y cuando el legislador considera procedente una mejora de la protección de los inversores, debería decidir establecer una obligación de Derecho civil o administrativo para proceder a un examen del folleto antes de la oferta.

⁵ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4773.

⁶ WOLFGANG WOHLERS/TILO MUHLBAUER. Kapitalanlagebetrug. 284a. MÜNCHENR KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH BAND N°5 263-358 STGB N2 AVFLAGE VERLAG C.H BECK MUNCHEN 2014 Pag 422.

⁷ BGH v. 21.10.1991 – II ZR 204/90, BGHZ 116.7(13) = NJW 1992, 241 (243) mit zust. Anm. Koller, LM 1992, Nr. 38 Bl. N°4 (Bl. 438); OLG Braunschweig v. 23.9.1992 – Ws 48/91. Wistra 1993, 31 (33) mit Bespr. Zielinski wisteria 1993, 6 (n°8); OLG Köln v. 13.4.1999 – n°2 Ws 97 – 98/99, Njw 2000, 598, (599).

III) NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

El art. 264a contempla, al igual que los arts. 264 (véase punto 11 de ese texto legal) y 265b (véase punto 10 de ese texto legal) del Código Penal alemán, un delito de peligro abstracto. Con todo, esporádicamente el artículo 264a es descrito como un artículo que contempla un delito de daños con base en su presunto objetivo protector del mercado de capitales. Los folletos de venta engañosos con fines publicitarios para conseguir inversiones financieras no solo pondrían en peligro la confianza en el mercado de capitales, sino que contravendrían sus condiciones de funcionamiento y, en caso de generalización, perturbarían su funcionamiento; asimismo, con dicho folleto de venta el autor haría un uso indebido de un instrumento comercial reglamentariamente protegido e incumpliría el deber de información extrajudicial.

A pesar de ello, el incumplimiento de las «condiciones de funcionamiento» del mercado de capitales o de un «deber de información» no ha de equipararse a una violación de derechos. La perturbación del funcionamiento del mercado de capitales no es un elemento constitutivo del delito recogido en el art. 264a; si así fuere, el tipo delictivo en cuestión no tendría un ámbito de aplicación o este sería muy limitado, puesto que es algo excepcional que un delito aislado pueda perjudicar el funcionamiento del mercado de capitales. La «generalización» de estafas de inversión de capital no se puede atribuir, por lo tanto, a ese único autor dado que este solamente es responsable del delito que ha cometido⁸.

Siguiendo la doctrina general, en el art. 264a se trata de un delito abstracto contra el patrimonio en la antesala de una estafa⁹.

En tal sentido se creó un tipo de delito reducido al mero engaño que no exige ni un error del inversor ni acto dispositivo o un daño patrimonial¹⁰.

Asimismo, el legislador se ha percatado que las dificultades en la aplicación del art. 263 por sí solas no son suficientes para legitimar la introducción de un tipo de delito reducido por las características de los tipos de delitos que resultan ser problemáticos cuando se trata de la aplicación práctica. No obstante, en los comportamientos tipificados en el art. 264a se trataría de una injusticia que merece ser penalizada: “La lucha contra el intento de incentivar a terceros a invertir su dinero al facilitarles datos engañosos no sólo sirve para proteger el patrimonio individual. Tales comportamientos, cuando se producen de forma en cierta manera masiva, sirven más bien para erosionar la confianza en el mercado de capitales y poner así en riesgo el buen funcionamiento de un ámbito esencial del orden económico vigente. Que se haya excluido el engaño individual evidencia que con el borrador se pretende la protección de este bien jurídico supraindividual”.

IV) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido por la norma es discutido. A los defensores de la protección exclusiva de los intereses patrimoniales de las inversiones potenciales de capitales se enfrentan los tribunales y autores que consideran que los intereses colectivos están al menos coprotegidos o protegidos de forma preferente o que sólo tienen por objetivo la protección de los bienes supraindividuales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en las fuentes también se identifica la protección de la institución del mercado de capitales como el verdadero bien a proteger.

⁸ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4773.

⁹ OLG Hamm V 11.7.1990 – 25 u 215/98, zip 1990, 1331 (1333): Geerds S. 204 ft. (202); vgl. auch Bottke Wistra 199, 1.

¹⁰ WOLFGANG WOHLERS/TILO MUHLBAUER. Kapitalanlagebetrug. 284a. MÜNCHENR KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH BAND N°5 263-358 STGB N2 AVFLAGE VERLAG C.H BECK MÜNCHEN 2014. Bandedakte HEFENDEHL ROLLAND/HOHMAN OLAF/2014. Pág 423-424. Vgl. BT-Drucks N10 – 318 S. 22.

Consecuentemente, también desde el punto de vista de su configuración, la norma no está orientada hacia la protección de los intereses individuales de los inversores. Si la norma no se orientara hacia la protección de los inversores individuales, sería un contrasentido perseguir las estafas sólo cuando tienen lugar frente a un círculo mayor de personas. Del mismo modo resultaría dudoso que se renunciara al error individual. En cambio, resulta decisivo que el legislador no concede a los demás titulares de patrimonio –y tampoco a los mismos titulares de patrimonio en aquellos supuestos en los que no se trata de una operación de inversión de capitales y a los que sea de aplicación del art. 264a- ninguna protección penal del patrimonio anticipada al ámbito de los meros engaños¹¹.

Dado que el legislador tiene que aceptar su sujeción a los criterios establecidos por él mismo, un tratamiento especial puntual de determinados inversores de capital reventaría las estructuras básicas del sistema general de la protección penal del patrimonio, de modo que –ya sólo bajo el aspecto de la protección patrimonial- un trato desigual objetivamente arbitrario no estaría en concordancia con el Art. 3 de la Ley Fundamental alemana. Por esta razón, la protección de los inversores individuales alcanzada mediante el procedimiento contra la estafa en la inversión de capitales constituye un mero reflejo protector. La anticipación de la punibilidad, más amplia que en el Art. 263, con renuncia al error individual y al daño individual, no se puede legitimar ni por medio del interés individual en la protección del propio patrimonio ni por medio de la protección de la libertad de disposición.

De acuerdo con la idea del bien jurídico defendida aquí, el Art. 264a tampoco podrá ser reconocido como 1a Ley Protectora en el sentido del Art. 823 párrafo 2 del Código Civil alemán. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Causas Civiles no se trata en su caso del efecto indirecto de una norma jurídica, sino más bien de si conforme a su contenido y su objeto perseguidos por el legislador al aprobar la norma, se ha pretendido o al menos participado en la pretensión de establecer una protección jurídica a favor de personas individuales o determinados círculos de personas¹².

Es discutido en qué consiste el interés supraindividual protegido por el art. 264a. En parte se defiende la opinión que la norma protegería la “confianza” del público en general o de los inversores en el mercado de capitales. De acuerdo con otros autores se trataría del “funcionamiento” del mercado de capitales como institución, un requisito decisivo para el desarrollo y el aprovechamiento de las fuerzas productivas de la economía¹³.

Contra el bien jurídico de la “confianza (del público en general) en la honradez y/o el buen funcionamiento del mercado de capitales” hablan ya sólo las dificultades profundas que surgen cuando se buscan los criterios que permitan decidir si la “confianza” en algo ha sido perjudicada por un determinado acto de una manera penalmente relevante. No obstante, es decisivo que en la causa misma no se trata tanto de proteger la confianza como tal, sino de proteger la confianza “en” algo. Concretamente, se trata de la protección de determinados procesos de actuaciones que dependen en su funcionamiento de la confianza anticipada por parte de las personas actoras. Pero con ello, la garantía de la confianza en el mercado de capitales no es otro recurso que el de la protección del bien jurídico: el buen funcionamiento del mercado de inversión de capitales como institución.

V) ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO

En el art. 264a.1 se considera como hecho punible un acto de engaño concretado con más detalle. El reglamento distingue entre la aportación de información errónea favorable y la

¹¹ Vgl. BGH v. 19.7.2004-II ZR 217/03, BGHZ 160, 134 = NJW 2004, 2668 mwN, wo aus denselben Erwägungen eine Schutzgesetzzeigenschaft des § 15 WpHG.

¹² Zur Beeinträchtigungsfähigkeit als Voraussetzung eines strafrechtlich relevanten Rechtsgutes vgl. Wohlers S.223

¹³ WOLFGANG WOHLERS/TILO MUHLBAUER. Kapitalanlagebetrug. 284a. MÜNCHENR KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH BAND N°5 263-358 STGB N2 AVFLAGE VERLAG C.H BECK MÜNCHEN 2014. Bandredakteure HEFENDEHL ROLLAND/HOHMAN OLAF/2014. Pág 425 Vgl. Aber auch Geerds S. 202f.

ocultación de hechos desfavorables. Sin embargo, la segunda alternativa no presenta un ámbito de aplicación independiente puesto que ambas situaciones constituirían un engaño por acción: en el caso de la primera sería un engaño expreso y en el de la segunda un engaño tácito (para más información, véase el punto 31 y ss.)¹⁴.

Es motivo de controversia sobre si las opciones y los futuros se incluyen dentro del concepto de los derechos preferentes. Algunos los excluyen en general del ámbito de aplicación del art. 264a ya que, como operaciones especulativas, se deberían incluir exclusivamente en el art. 89 especial de la Ley Bursátil alemana (actual art. 61 junto con el art. 23 de la Ley Bursátil alemana en su nueva versión, o bien estas operaciones no formarían parte de los objetos de inversión protegidos por el art. 264a. El parecer contrario aplica el art. 264a a todos los futuros (y opciones) (LK-Tiedemann, renunciando al punto de vista que defiende en JZ 1986, 865, 873) o a futuros sobre materias primas «administrados por fondos». Parece acertada una interpretación diferenciadora que tiene en cuenta la finalidad de la inclusión de los derechos preferentes en la figura del art. 264a, concretamente la equiparación con los valores y acciones. Los futuros de valores y las opciones sobre valores se corresponden con las operaciones con valores, de forma que el art. 264a sería aplicable a estas. Los futuros de materias primas y las opciones sobre materias primas, en cambio, no pertenecen a los valores ni garantizan la participación en el resultado de una empresa, por lo que no se deben equiparar a los demás objetos de inversión¹⁵.

Por otra parte, el concepto de empresa del apartado 2 del art. 264a no es idéntico al del apartado 1, pues hace referencia a la empresa del administrador o fideicomisario, aunque este haya asumido la administración de activos compuestos por participaciones en otras empresas (Impreso del Bundestag 10/318, 22). Los bienes en fideicomiso pueden existir en forma de activos adquiridos con los recursos aportados por los inversores, pero también en forma de derechos en virtud de los cuales se accede a una participación en el resultado de otra empresa.

VI) CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO

El delito de estafa de inversión de capital consiste específicamente en el engaño de los inversores potenciales. Además de las limitaciones ya mencionadas a determinados objetos de inversión y medios utilizados para cometer el delito, el art. 264a recoge otros requisitos para que el hecho cometido se considere estafa: debe referirse a hechos falsos favorables o desfavorables que resulten determinantes para tomar la decisión de invertir y estar relacionado con la venta de los mencionados objetos de inversión o con la oferta de aumentar la aportación con respecto a un gran número de personas¹⁶.

En cuanto al aspecto referido a la aportación de información errónea favorable y ocultación de hechos desfavorables con fines fraudulentos diremos lo siguiente: según el parecer mayoritario, el artículo 264a.1 describe dos delitos distintos, a saber: la aportación de información errónea favorable y la ocultación de hechos desfavorables.

La aportación de información errónea favorable consistiría en un delito de acción, mientras que la ocultación de hechos desfavorables constituiría un auténtico delito de omisión cuya punibilidad se determina, con independencia de los deberes de divulgación y colaboración extrajudiciales (Impreso del Bundestag 10/318, 24), a partir de deberes que resultan de la propia figura de estafa de inversión de capital. Otra diferencia consiste en que la alternativa de ocultación es la única que se refiere exclusivamente a hechos; la información errónea, en cambio, también podría concernir a valoraciones y previsiones. No obstante, un análisis más detallado demuestra que ambas afirmaciones son inciertas.

Asimismo, de la conclusión de que la alternativa de ocultación (a pesar de su texto aparentemente contradictorio) consiste en un delito de acción (punto 34) se deriva que el

¹⁴ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4774.

¹⁵ HELLMANN UWE op. cit. (Kapitalanlagebetrug, 264 a) Pág. 4775.

¹⁶ HELLMANN UWE op. cit. Pág. 4777.

debate en torno a los deberes de divulgación y colaboración extrajudiciales (supuestamente necesarios) está obsoleto. Quien utilice un folleto o similar en relación con la venta de un objeto de inversión de capital debe aportar información completa y exacta, es decir, presentar los hechos relevantes favorables y al mismo tiempo mencionar los hechos desfavorables. Por lo tanto, no existe el requisito específico de deducir y fundamentar un deber de información. Otra cuestión es si el delito del art. 264a puede ser también cometido como delito (impropio) de omisión y, en ese caso, de dónde se derivaría la posición de garante.

El acto de estafa se consuma cuando se notifica o traslada la información a los destinatarios de los medios publicitarios (SK-Samson/Günther). No se requiere, pues, una toma de conocimiento efectiva por parte de los mismos. El mero traslado o notificación de la información causa la consumación de la estafa de inversión de capital.

Evidentemente, para valorar la corrección de la información aportada ha de atenderse a la ejecución del acto, es decir, a las declaraciones realizadas a los inversores potenciales. Dado que éstas deben producirse en relación con la venta o la oferta de incremento, el periodo de tiempo transcurrido desde el inicio de las negociaciones, pasando por la adquisición o el incremento de la aportación, hasta la celebración del contrato es determinante. Si al imprimir el folleto o redactar los compendios o resúmenes sobre el estado patrimonial, información todavía exacta resultara inexacta debido a un cambio posterior de las circunstancias antes del uso del medio publicitario y, a pesar de ello, el autor utilizara el folleto, el mismo estaría ocultando hechos desfavorables. Los principios anteriores también son aplicables a la información de previsiones y valoraciones. Así, se trata de si los hechos presentados son correctos durante el periodo de uso del medio publicitario. El hecho de que los sucesos pronosticados ocurran posteriormente o de que efectivamente se confirmen los cálculos realizados de cara al futuro es irrelevante (HWSt-Joecks X 1, punto 38). En estos casos el art. 264a es aplicable de forma directa, no requiriéndose la interpretación de un delito impropio de omisión.

Si la información contenida en el medio publicitario resultara inexacta tras la formalización del contrato, quedaría excluida (en contra de una opinión manifestada en la literatura especializada la punibilidad por estafa de inversión de capital por omisión conforme al art. 264a.13 del Código Penal alemán aunque para entonces el inversor todavía no hubiera realizado la aportación convenida porque el art. 264a solo contempla la existencia de engaños «en relación» con la venta o la oferta de incremento de aportaciones. Si ya se hubiera cerrado la operación de inversión, faltaría la necesaria relación temporal con la venta o la oferta de incremento de aportaciones. Lo anterior también se aplica si el anunciante no detecta la inexactitud de la información inicial hasta después de que se ha formalizado el contrato. La punibilidad por estafa de inversión de capital mediante aportación de información errónea desaparece, a falta de dolo, es decir, la comisión del delito mediante ocultación (impropia), a causa de la limitación del ámbito de aplicación del tipo penal.

Puesto que las medidas publicitarias y de comercialización están relacionadas con la venta, es decir, deben referirse factual y temporalmente a una de las inversiones de capital mencionadas en el art. 264.1.1, las comunicaciones generales acerca del objeto, por ejemplo en notas de prensa, suelen ser actos preparativos no punibles, ya que se sitúan en la fase previa a la realización de las auténticas medidas publicitarias y de comercialización.

El art. 264a.1.2 amplía el ámbito de aplicación del delito de estafa de inversión de capital a través de la publicitación de una nueva inversión a la oferta de incremento de una participación ya existente (Impreso del Bundestag 10/318, 24). Aquí también se entiende una medida de obtención de capitales dirigida a una serie de inversores, sobre todo si la oferta debe destinarse a un gran número de personas (punto 52 y ss.). La oferta no se refiere únicamente a la oferta de contratación en el sentido del art. 145 y ss. del Código Civil alemán, sino también a la «*invitatio ad offerendum*».

A este respecto, ha de partirse del carácter delictivo de la figura del art. 264a. En cualquier caso, este no depende de la causalidad de la información errónea o incompleta en la que el inversor se basa para tomar posteriormente su decisión, ya que el tipo está configurado

como delito de peligro abstracto que no implica ninguna materialización concreta de un peligro o daño. Además, el engaño debe afectar a un gran número de personas, por lo que la determinación de la causalidad en un caso concreto no necesariamente indica nada sobre la capacidad para influir en otros posibles inversores. Por consiguiente, el elemento constitutivo de la relevancia tampoco puede entenderse en el sentido de la causalidad «hipotética» (en contra de lo que opinan Assmann/Schütze/Worms).

Además, el engaño debe afectar a un gran número de personas, por lo que la determinación de la causalidad en un caso concreto no necesariamente indica nada sobre la capacidad para influir en otros posibles inversores. Por consiguiente, el elemento constitutivo de la relevancia tampoco puede entenderse en el sentido de la causalidad «hipotética».

LA LEGALIZACIÓN DE LAS APUESTAS DEPORTIVAS EN ESTADOS UNIDOS. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO MURPHY V. NCAA, DE 14 DE MAYO DE 2018

Ramón Terol Gómez
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018

RESUMEN: Partiendo de una referencia general a la regulación de las actividades de juegos y apuestas en Estados Unidos, señalando la legislación federal relevante y reconociendo la preminencia de los distintos Estados dadas sus competencias sobre la materia, en el presente trabajo nos centraremos en las apuestas deportivas, que estando prohibidas salvo en muy pocos Estados por la federal *Professional and Amateur Sports Act* de 1992, la misma ha sido declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2018. Ello supone un cambio de escenario en la industria del deporte del que se trata de dar cuenta.

ABSTRACT: Starting from a general reference to the regulation of gambling and betting activities in the United States, pointing out the relevant federal legislation and recognizing the pre-eminence of the different States given their competences on the regulation of gambling, in this paper we will focus on sports betting, that being banned except in very few States by the federal *Professional and Amateur Sports Act* of 1992. This law has been declared unconstitutional by the Supreme Court of the United States judgment of May 14, 2018. This implies an important change of scenery in United States sports industry.

PALABRAS CLAVE: juego, apuestas deportivas, deporte profesional.

KEYWORDS: gambling, sports betting, profesional sports.

SUMARIO: 1. Consideraciones de carácter general sobre la regulación del juego en los Estados Unidos; 2. La legislación federal relevante. Especial referencia a la *Professional and Amateur Sports Act* de 1992; 3. Un breve apunte sobre la regulación de las apuestas hípcas; 4. La problemática específica de las fantasy leagues y su exclusión de la *Unlawfull Internet Gambling Enforcement Act* de 2006; 5. Los intentos de regulación de las apuestas deportivas por el Estado de New Jersey y su legalización con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2018 en *Murphy v. NCAA*. Reacciones y previsiones de futuro; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE LA REGULACIÓN DEL JUEGO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Resultando bien conocido que Estados Unidos es una república federal que agrupa a cincuenta Estados, no es preciso extenderse en que las relaciones de estos con el Gobierno federal en lo que a la distribución de competencias se refiere queda regulado de un modo escueto y ciertamente poco preciso en su longeva Constitución de 1787, cuya Décima Enmienda establece que “los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

En cuanto a las facultades del Gobierno federal, estas se señalan en la misma Constitución, debiendo destacarse la que es considerada la mayor arma en manos de las autoridades federales: la denominada “cláusula de comercio”, ya que con arreglo a la Sección Octava del Artículo 1 de la Constitución, el Congreso de los Estados Unidos está facultado “para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias” (párrafo 3).

Con estos mínimos condicionantes, parece claro que “la regulación de los juegos de azar ha sido generalmente una cuestión que se deja a las legislaturas de los Estados vía la cláusula de reserva de la Constitución de los Estados Unidos”¹, en su Décima Enmienda.

Además de los Estados, tiene una gran importancia la regulación del juego en las reservas indias, ya que como vimos la cláusula de comercio de la Constitución estadounidense atribuye al Gobierno federal la regulación del comercio en tales territorios o reservas, que gozan de cierta autonomía atendiendo a la Constitución, centenarios Tratados, decisiones del Tribunal Supremo –como la que adoptó en 1831 en *Cherokee Nation v. Georgia*²– y diversa legislación aprobada por el Congreso de los Estados Unidos.

Para hacernos una idea de la extensión del denominado *Indian Country*, diremos que en 48 Estados existen 310 reservas y 40 “áreas estadísticas indias”, 29 de las cuales está ubicadas en Oklahoma, variando considerablemente la extensión de estas reservas, que puede ser de unas pocas hectáreas o de cientos de miles, como es el caso de la reserva de los Navajos, que tiene aproximadamente el mismo tamaño que el Estado de West Virginia. Estas reservas, casi como sucede con los Estados, tienen ciertos poderes dentro de su territorio, como determinar su forma de gobierno, definir su ciudadanía, promulgar su propia legislación y someterse a la autoridad de sus Tribunales³. Y desde luego, tienen facultades para decidir en qué medida se involucran en las actividades relacionadas con el juego y las apuestas.

Y como allí comenzaron a desarrollarse actividades de juegos y apuestas entre finales de los años setenta y principios de los ochenta del siglo pasado, no tardaron en plantearse conflictos con los Estados colindantes. Eso fue lo que sucedió con la tribu de los *Cabazon*, cuya reserva es limítrofe con los Estados de Nevada y de California, planteando este último ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos un conflicto sobre si la tribu en cuestión podía autorizar u operar actividades empresariales relacionadas con el juego, pronunciándose de modo determinante en 1987 con la sentencia *California v. Cabazon Band of Mission Indians*⁴, en la que se reconoce que la reserva es una entidad política soberana que puede realizar actividades económicas al margen de las regulaciones de los Estados.

Tras esta decisión, y atendiendo a las presiones de los Estados dirigidas a limitar tan amplias posibilidades, se promulgó la *Indian Gaming Regulatory Act* de 1988. Norma que

¹ B. THOMPSON, “Internet Gambling”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. II, n° 1 (2001), p. 90.

² 30 US. 5 Pet.1 (1831). Allí se declaró que las reservas indias “son naciones dependientes” que se encuentran en “un estado de pupilaje y sujetas a la tutela de protección del gobierno federal”. Vid. T. GORDON, “Nation, Corporation or Family?. Tribal Casino Employment and the Transformation of Tribes”, *Center for Gaming Research-Occasional Paper Series*, n° 5, July 2010, p. 2.

³ Vid. J.B. TAYLOR y J.P. KALT, *Cabazon, The Indian Gaming Regulatory Act, and the Socioeconomic Consequences of American Indian Governmental Gaming. A Ten Year Review*, The Harvard Project on American Indian Economic Development, January 2005, p. iv.

⁴ 480 US 202 (1987).

se dictó para proveer de un marco legal estable a las actividades que pudieran llevarse a cabo en las reservas respecto del juego, protegiendo las mismas al entender que generan beneficios que redundan en el desarrollo económico y el bienestar de las propias tribus, que de este modo pueden financiar sus propias políticas sociales. En esta Ley se crea además la *National Indian Gaming Commission* como agencia que, presidida por quien designe el Presidente de los Estados Unidos, asume la función de regular el juego y las apuestas en las reservas indias⁵.

Fuera de la regulación y la problemática específica de las reservas, la posición de los Estados Unidos frente al juego en general hay que reconocer que en sus orígenes ha sido abiertamente prohibicionista. Probablemente debido a que entre 1820 y 1830 se sucedieron diversos escándalos en relación con estas actividades que luego se reprodujeron a finales del Siglo XIX y que provocó que para la opinión pública el juego estuviera considerado como algo no muy recomendable. Tanto fue así que muchos Estados, que en aquellos tiempos estaban elaborando sus textos constitucionales, incluyeron en los mismos una prohibición expresa del juego, en el marco de lo que ROSE y OWENS califican gráficamente como “celo prohibicionista”⁶.

Sin entrar en las distintas etapas que se han sucedido en la regulación del juego en Estados Unidos⁷, puede afirmarse que se ha transitado desde la prohibición más absoluta hasta una progresiva legalización que va materializándose en los distintos Estados, que cada vez con más decisión van avanzado en esa línea de permisividad y, también, control.

Como puntos de inflexión que inician lo que ROSE describe como “tercera ola” y que nos lleva hasta la actualidad⁸, podemos mencionar que, tras la Gran Depresión de 1929, el Estado de Nevada legalizó el juego en los casinos en 1931, y que el de New Hampshire instauró una lotería estatal en 1964. A partir de ahí y hasta nuestros días, la práctica totalidad de los Estados han legislado sobre el juego y las apuestas -salvo en Hawaii y Utah donde se han prohibido- quebrando así las reservas que estas prácticas ocasionaban y recaudando importantes cantidades de dinero en concepto de impuestos. De hecho, casi todos los Estados operan loterías directamente o las patrocinan y que en muchos casos admiten la participación en las mismas, la posibilidad de apostar, a través de terminales virtuales de lotería⁹.

Dada su diversidad, es ciertamente complejo generalizar sobre cuál es la legislación de la que se han dotado todos y cada uno de los distintos Estados para regular el juego dentro de sus límites territoriales, y más si tal regulación se afronta atendiendo al tipo de juego o apuesta, pues habría que distinguir entre las loterías, los juegos de naipes o cartas, la ruleta y todos los juegos propios de los casinos, las máquinas de premio, las apuestas deportivas así como las que realicen en carreras de caballos o de galgos y un largo etcétera¹⁰, respecto de las cuales hay considerables diferencias de regulación entre unos Estados y otros.

En resumidas cuentas, y atendiendo al reparto competencial apuntado, parece claro que “apostar es legal mientras esté regulado por un Estado individual”¹¹, correspondiendo por tanto a estos determinar qué juego es legal dentro de sus fronteras y qué empresas pueden operar actividades relacionadas con el juego y las apuestas.

⁵ Puede verse, sobre la señalada norma, H. McNEIL STAUDENMAIER, “Off-Reservation Native American Gaming: An Examination of the Legal and Political Hurdles”, *Nevada Law Journal*, vol. 4, n° 2 (2003-2004), p.301 y ss.

⁶ I.N. ROSE y M.D. OWENS, *Internet Gaming Law*, 2ª ed., Mary Ann Liebert, Inc. Publishers, New York, 2009, pp. 27 y 28.

⁷ A ello se refiere I.D. ROSE, “Gambling and the Law: The Third Wave of Legal Gambling”, *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (2010), pp. 361 y ss.

⁸ I.D. ROSE, “Gambling and the Law: The Third Wave of Legal Gambling”, cit., p. 374 y ss.

⁹ A esto se refiere J.M. KELLY, “U.S. Land-Based and Internet Gambling: Would You Bet on a Roy Future?”, *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (2010), pgs.344 y ss.

¹⁰ Esta es la aproximación que apuntan I.N. ROSE y M.D. OWENS, *Internet Gaming Law*, cit., p. 27 y ss.

¹¹ M.P. KAILUS, “Do Not Bet on Unilateral Prohibition of Internet Gambling to Eliminate Cyber-Casinos”, *University of Illinois Law Review*, vol. 1999, n° 3, p. 1047.

Partiendo de tal premisa, pasamos seguidamente a referirnos a la legislación federal que resulta relevante en este ámbito y que ha sido promulgada para incidir en limitaciones a los juegos y las apuestas.

2. LA LEGISLACIÓN FEDERAL RELEVANTE. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROFESSIONAL AND AMATEUR SPORTS ACT DE 1992

Manifestando una honda preocupación por las apuestas ilegales y su vinculación con el crimen organizado, la más relevante legislación federal se aprobó entre las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado, destacando la *Wire Act* y la *Travel Act*, ambas de 1961, además de la *Illegal Gambling Business Act* de 1971.

Por hacer una breve referencia sobre las mismas¹², diremos que la *Wire Act* de 1961 tiene como objetivo ayudar a los distintos Estados en la aplicación de su legislación sobre juegos y apuestas, y viene a establecer que “quien se dedique al negocio de las apuestas y a sabiendas utilice una instalación de comunicaciones por cable para la transmisión, en el comercio interestatal o internacional, de apuestas o de información para la realización de apuestas sobre cualquier evento deportivo o concurso, o para la transmisión de una comunicación por cable que permite al receptor recibir dinero o crédito como resultado de la apuesta o apuestas, o para la información que asiste en la colocación de apuestas o las apuestas, será multado bajo este título o encarcelado por no más de dos años, o ambas cosas” (Sección 1084.a).

En lo que a la *Travel Act* de 1961 se refiere, también dirigida a combatir el crimen organizado, esta norma considera infracción viajar entre los Estados y a otros países o utilizar “el correo o cualquier instalación” para “promover, dirigir, establecer, seguir o facilitar la promoción, dirección o seguimiento de una actividad ilícita”, entendiéndose por tal –entre otras muchas relacionadas con el crimen organizado– “cualquier negocio o actividad empresarial relacionada con los juegos de azar ... en violación de las leyes del Estado donde se comete o de los Estados Unidos”, tal y como se establece en su articulado.

La *Illegal Gambling Business Act* de 1970 se aprobó en el marco de la *Organized Crime Control Act*, ya que en aquellos tiempos entendió el Congreso que el juego ilegal organizado a gran escala financiaba el crimen organizado y afectaba al comercio interestatal. La aplicación de la norma requiere que la actividad delictiva constituya una violación de la legislación sobre juego del Estado en que se realice, que participen más de cinco personas en la gestión, supervisión, financiación o control de la empresa en cuestión y que tal actividad se realice por más de treinta días de modo continuo o que suponga ingresos de más de 2.000 dólares diarios.

Junto a estas normas está la *Professional and Amateur Sports Protection Act* de 1992 (PASPA)¹³ –que será el principal objeto de nuestra atención–, a las que se unirá en 2006 la *Unlawful Internet Gambling Act* de 2006, que afronta el juego on line desde una perspectiva ciertamente limitativa, conceptuando el apartado 5362 de su Sección 802 “apuesta ilegal por internet” (*Unlawful Internet Gambling*), como “colocar, recibir o de cualquier otro modo y a sabiendas transmitir una apuesta por cualquier medio que implique el uso, al menos en parte, de Internet donde dicha apuesta o apostar sea ilegal

¹² A estas normas nos referimos en nuestro anterior trabajo R. TEROL GÓMEZ, “Los modelos americanos de regulación del juego on line: Estados Unidos y Canadá”, *El juego on line* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, especialmente pp. 131-133.

¹³ A esta norma se refieren, además de los trabajos que más adelante citaremos, los de J.R. RODEFER, “Internet Gambling in Nevada: Overview of Federal Law Affecting Assembly Bill 466”, *Gaming Law Review*, vol. 6., nº 5 (2002), pp. 414-417; B. THOMPSON, “Internet Gambling”, cit., pp. 93 y 94; D.D. WADDELL y D.L. MINKE, “Why Doesn’t Casino Have a Sports Book?”, *Global Gaming Business*, July 2008, pp. 34-36; M.D. MILLS, “The Failure of the Professional and Amateur Sports Protection Act”, *University of Denver Sports and Entertainment Law Journal*, vol. 16, 2015, pp.215-232; J. FIELKOW, D. WERLY y A. SENSI, “Tackling PASPA: The Past, The Present, and Future of Sports Gambling in America”, *DePaul Law Review*, Vol. 66, Issue 1, Fall 2016, pp. 23-49, y C. WOOD, “All Bets Are Off: Revisiting the Professional and Amateur Sports Protection Act (PASPA)”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 31, 2013, pp. 569-595.

baja cualquier ley Federal o estatal en el territorio del Estado o las tierras de las Tribus en la que la apuesta sea iniciada, recibida o de cualquier otro modo realizada”.

Con tal definición, se dejan fuera del ámbito de aplicación de la Ley, por no considerarse apuestas ilegales de acuerdo con la misma, las que se realicen exclusivamente dentro de los límites de un Estado, las que estén expresamente autorizadas por un Estado siempre que la legislación del mismo incluya requisitos para la verificación de la localización de la apuesta y la edad del apostante así como medidas de seguridad al respecto, que la apuesta no viole determinadas previsiones legales como la *Interstate Horseracing Act* de 1978, la *Indian Gaming Regulatory Act* o la PASPA. Asimismo, como luego veremos, las “ligas de fantasía” quedan fuera del concepto de “apuesta ilegal por internet”.

Sin entrar en mayores consideraciones sobre el contenido y problemas que plantea la norma de 2006¹⁴, y centrando nuestra atención en las apuestas deportivas, puede afirmarse que los escándalos asociados a las mismas están en el origen del mismo deporte profesional estadounidense, cuyas Ligas Mayores han sido tradicionalmente muy estrictas en orden a prevenir que jugadores, directivos, entrenadores o árbitros realicen apuestas relacionadas con la práctica del deporte en el que están involucrados. Nos referimos a la *National Football League* (NFL), la *National Basketball Association* (NBA), la *Major League Baseball* (MLB) y la *National Hockey League* (NHL).

Sin ir más lejos, en el caso del béisbol, fue un escándalo relacionado con apuestas que sucedió en 1919 lo que provocó incluso que se creara la hoy tradicional figura del Comisionado y que se reestructurara la organización de la misma MLB¹⁵.

Lo mismo puede decirse de las competiciones universitarias que se organizan por la *National Collegiate Athletic Association* (NCAA)¹⁶, que aglutina el tradicional y muy seguido deporte universitario estadounidense y en cuyas normas disciplinarias se prevén fuertes sanciones a todo miembro de su organización que se involucre en actividades relacionadas con apuestas deportivas, pudiendo constatarse que ha desarrollado una intensa actividad en orden a proponer medidas legislativas contra las apuestas en sus competiciones¹⁷.

De ahí que no podamos considerar extraño que en aquellos momentos estas organizaciones deportivas presionaran hasta conseguir que el Congreso de los Estados Unidos aprobara la PASPA. Una Ley que considera ilegal para cualquier persona o autoridad gubernamental – lo que va referido principalmente a los Estados- “patrocinar, operar, promocionar o promover ... apuestas, juegos de azar o una combinación de apuestas basadas, directa o indirectamente, ... en una o más competiciones oficiales en las que participan deportistas amateurs o profesionales, o están destinados a participar, o en una o más actuaciones de tales deportistas en tales encuentros”, tal y como se establece en su articulado.

Como puede observarse, esta norma iba dirigida a los Estados con la particularidad de que su aplicación se excepciona para aquellos que ya operaran apuestas deportivas con anterioridad al 31 de agosto de 1990 o bien que hubieran legalizado este tipo de apuestas entre el 1 de septiembre de 1989 y el 2 de octubre de 1991; previsiones estas que afectaron a Oregón y Delaware, así como a Nevada, que es el Estado que con más amplitud autoriza apuestas deportivas y al que desde la *Revenue Act* de 1951 se impone a las apuestas deportivas allí realizadas una tasa que las grava actualmente con un 0,25 por ciento, lo que

¹⁴ A ello nos referimos en R. TEROL GÓMEZ, “Los modelos americanos de regulación del juego on line: Estados Unidos y Canadá”, cit. especialmente pp. 138-145.

¹⁵ Sobre esto, puede verse nuestro anterior trabajo R. TEROL GÓMEZ, *Las Ligas profesionales*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 101.

¹⁶ La NCAA inició sus actividades en 1906. A esta entidad nos referimos monográficamente en R. TEROL GÓMEZ, *Régimen jurídico del deporte universitario*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 99-176.

¹⁷ Sobre todo ello puede verse el trabajo de J. GRADY y A. CLEMENT, “Gambling and Collegiate Sport”, *Journal of Legal Aspects of Sport*, vol. 15, nº 1 (2005), pp. 95-112.

sucede desde 1984¹⁸. Téngase en cuenta que el estado de Nevada autorizó el juego y las apuestas ya en 1931.

Asimismo, se otorgó otra excepción para aquellos Estados que tuvieran autorizados casinos en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la Ley -1 de enero de 1993- y aprobaran hasta esa fecha legislación que autorizaba las apuestas deportivas, lo que se previó pensando en New Jersey aunque este Estado finalmente no aprobó legislación alguna en esas fechas. También quedaban exentas de la aplicación de esta Ley las apuestas mutuas en carreras de caballos y de galgos, así como el jai-alai o frontón.

En resumidas cuentas y a salvo tales exclusiones, la PASPA lo que viene es a reservar al legislador federal la decisión de autorizar o no apuestas deportivas en todo el país, con las excepciones apuntadas en determinados Estados.

Una particularidad importante es que esta ley apodera a las ligas profesionales y a la NCAA para acudir a los Tribunales frente a cualquier iniciativa que suponga la organización y comercialización de apuestas relacionadas con las competiciones que organizan. Iniciativas que suelen venir de los distintos Estados, como fue el caso de Delaware en 2009, que en junio de ese año aprobó una reglamentación que permitía extender los juegos de su lotería estatal a apuestas relacionadas con los encuentros de fútbol americano organizados por la NFL, yendo más allá de lo que antes venía realizando – incluyendo otras modalidades de apuestas- dada la excepción que obtuvo este Estado con la PASPA.

El caso es que las cuatro grandes ligas profesionales y la NCAA acudieron a los Tribunales a fin de impedir los planes del Estado de Delaware de comercializar apuestas deportivas al estilo de Nevada, incluyendo más modalidades de apuestas de las que tenía autorizadas y que habían operado desde 1976. Y lo consiguieron; primero en el Tribunal de Distrito de Delaware, después en apelación y finalmente ante el Tribunal Supremo, que en mayo de 2010, falló que las apuestas deportivas operadas por este Estado quedarán circunscritas a las modalidades que ya operaba con anterioridad a la entrada en vigor de la PASPA¹⁹.

No quedaron ahí los intentos de distintos Estados de establecer y operar apuestas deportivas discutiendo abiertamente la constitucionalidad de la PASPA, especialmente New Jersey, lo que como más adelante veremos terminó con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2018.

Antes de entrar en ello, y apuntado todo lo anterior, a fin de ofrecer una visión de conjunto del contexto regulatorio de las apuestas deportivas en Estados Unidos, haremos seguidamente referencia a la regulación de las hípicas y a las que se producen en el ámbito de las *fantasy leagues* o “ligas de fantasía”, muy implantadas en Estados Unidos y que plantean una problemática específica.

3. UN BREVE APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS APUESTAS HÍPICAS

Para completar la referencia a la legislación federal relevante sobre juego y apuestas, queda hacer referencia a la *Interstate Horseracing Act* de 1978, norma cuyo objeto es el de regular, de acuerdo con su exposición de motivos, “el comercio interestatal respecto de las apuestas en carreras de caballos con el fin de promoverlas junto con la industria de apuestas legales fuera de la pista en los Estados Unidos”.

Norma esta que, también en su exposición de motivos, hace un reconocimiento expreso de que “los Estados son quienes tienen la principal responsabilidad de determinar qué formas

¹⁸ Inicialmente fue un 10 por ciento el gravamen, que pasó al 2 por ciento en 1974. Sobre ello, por todos, MEER, E.S., “The Professional and Amateur Sports protection Act (PASPA): A Bad Bet for the States”, *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 2, Fall 2011, p. 287.

¹⁹ A esta cuestión se refiere, por todos, MEER, E.S., “The Professional and Amateur Sports Protection Act (PASPA): A Bad Bet for the States”, *cit.*, pp. 281-309 y W.L. POMEROY, “Mississippi Sports Betting: The Way Ahead”, *Mississippi Sports Law Review*, vol. 6, n° 2 (2017), pp. 213-215.

de juegos de azar pueden tener lugar legalmente dentro de sus fronteras”, y que el Gobierno federal “debe prevenir la interferencia de un estado con las políticas sobre juegos de azar de otro, y debe actuar para proteger el interés nacional”, afirmando así el protagonismo de los Estados.

Regulación la de esta ley que se venía a acomodar a la realidad, pues como señala PENCHINA, al tiempo de aprobarse la misma, estaba bien establecida en Estados Unidos la práctica de realizar apuestas en las carreras de caballos fuera de los hipódromos, así como la difusión simultánea de las carreras, lo que principal y usualmente se realizaba por teléfono. Asimismo, y dada esta situación del sector, ya por el año 2000 los Estados de Connecticut, Kentucky, Maryland, Nevada, New York, Ohio, Oregón y Pennsylvania había autorizado expresamente la prestación de servicios de aperturas de cuentas para la realización de apuestas mutuas²⁰.

Frente a ello, y para acabar con las dudas que pudieran generarse, la *Interstate Horseracing Act* fue modificada en el año 2000 para establecer un más abierto concepto de “apuestas hípcas interestatales realizadas fuera de la pista” (*interstate off-track wager*), estableciendo la legalidad de apostar desde Estados distintos a aquel en el que tiene lugar la carrera objeto de las apuestas “por teléfono u otros medios electrónicos”, de modo que apostar sea legal en los Estados implicados y cubriendo el hecho de que la apuesta sea por internet.

Posteriormente hubo otros intentos de modificación de la *Interstate Horseracing Act* que, centrados especialmente en la lucha contra el dopaje en este ámbito y la integridad de las competiciones, no llegaron a fructificar²¹. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que desde el mismo sector se aboga por una regulación uniforme y federal de las carreras de caballos que, en el momento actual, aún no se ha producido²².

4. LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LAS FANTASY LEAGUES Y SU EXCLUSIÓN DE LA UNLAWFULL INTERNET GAMBLING ENFORCEMENT ACT DE 2006

Atendiendo a los antecedentes de la *Unlawful Inyternet Gambling Enforcement Act* de 2006, señala CABOT²³ que la misma constituye la culminación de ocho años de esfuerzos por parte del senador republicano por Arizona Jon KYU que, muy implicado e identificado con el movimiento evangélico dentro de su partido, considera el juego un vicio histórico que atenta frontalmente contra los más elementales valores familiares. Batalla la del senador a la que se unió con entusiasmo la poderosa e influyente NFL a fin de proteger la legalidad de su *Fantasy League* o “liga de fantasía”, juego que controla y que consiste –en términos muy generales– en que al principio de la competición los participantes conforman un equipo imaginario con jugadores de una Liga profesional, proclamándose vencedor el que más puntos obtenga atendiendo a los resultados individuales de cada jugador seleccionado, a sus estadísticas particulares, lo que sucede especialmente en los deportes del béisbol y del fútbol americano.

²⁰ R. PENCHINA, “What Does DOJ Have Against the Interstate Horseracing Act?”, *Gaming Law Review*, vol. 10, n° 5 (2006), p. 446.

²¹ Ese fue el caso de los proyectos normativos denominados *Interstate Horse Racing Improvement Act* de 2011, presentada en Congreso y Senado, y, en 2015 *The Horseracing Integrity and Safety Act*, presentada en el Congreso el 3 de junio y *The Thoroughbred Horseracing Integrity Act*, presentada el 16 de julio. De estos últimos se da cuenta en el trabajo de P.J. SACOPULOS, “Pitts vs. Barr-Tonko Bills: an in-depth Comparison of Proposed Anti-Doping Legislation in Horse Racing”, *The Kentucky Journal of Equines, Agriculture & Natural Resources Law*, vol. 9, Issue 1, 2016, pp. 37-64.

²² Exponente de ello es el trabajo de A.M. WALDROP, K.M. NOBERT y J.W. POLONIS, “Horse Racing Regulation Reform Through Constructive Engagement by Industry Stakeholders with State Regulations”, *The Kentucky Journal of Equines, Agriculture & Natural Resources Law*, vol. 4, Issue 2, 2012, págs.. 389-415.

²³ A. CABOT, “The Absence of a Comprehensive Federal Policy Toward Internet and Sports Wagering and a Proposal for Change”, *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (2010), p. 298.

Puede afirmarse que las “ligas de fantasía” tienen gran tradición en Estados Unidos sobre todo en el deporte del béisbol, principalmente desde que se fundara la primera de ellas en 1980 en Nueva York con el nombre de *Rotisserie Baseball League*²⁴.

Sobre estas “ligas de fantasía” se plantearon dudas sobre si constituyen una actividad equiparable a las apuestas deportivas, habiendo tanto autores que las consideran ilegales²⁵, como los que –la mayoría– consideran que en este juego “el dinero no es el factor primario que motiva a los jugadores, y el pago efectivo es extremadamente pequeño si lo comparamos con el número de horas que se emplean jugando”²⁶, que “el principal elemento determinante del resultado de una liga de fantasía es la habilidad de los participantes”²⁷ o que, en fin, en este tipo de juego parece claro que no se dan los elementos o efectos sociales negativos que usualmente van asociados a las tradicionales apuestas deportivas²⁸.

Es un hecho que las “ligas de fantasía” han vivido una auténtica explosión con el advenimiento de internet, y que ha aumentado su popularidad hasta cifras ciertamente apreciables, viviendo la fundación en 1999 de la *Fantasy Sports Trade Association* para aglutinar a todos los operadores de estas ligas, y en 2006 la *Fantasy Sports Association*, contando con compañías ciertamente importantes como son en la actualidad *DraftKings* y *FanDuel*.

Teniendo en cuenta que la *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* de 2006 parece clarificar que su actividad no puede considerarse juego ilegal, no puede dejar de apuntarse los conflictos entre las ligas y las asociaciones de deportistas sobre la propiedad de los datos que sobre los deportistas se manejan²⁹, y que cada Estado tiene su propia forma de afrontar el entendimiento de este juego como actividad relacionada o no con las apuestas³⁰.

5. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LAS APUESTAS DEPORTIVAS POR EL ESTADO DE NEW JERSEY Y SU LEGALIZACIÓN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MAYO DE 2018 EN MURPHY V. NCAA. REACCIONES Y PREVISIONES DE FUTURO

Volvemos a dirigir ahora nuestra atención a la PASPA, recordando que en sus años iniciales el Estado de New Jersey decidió no aprobar finalmente legislación que autorizara las apuestas deportivas.

El legislador de New Jersey cambió de opinión y en 2012 se sometió a referéndum –no vinculante– entre los votantes del Estado la legalización de las apuestas deportivas, aprobándose en 2013 una ley que venía a permitir apuestas deportivas en hipódromos y en los casinos de *Atlantic City*. Iniciativa ésta que fue discutida en los Tribunales por las

²⁴ Vid. A. LEVY, “A Risky Bet: the Future of Pay-to-Play Online Fantasy Sports”, *Connecticut Law Review*, vol. 39, n° 1 (2006), p. 328 y ss., y J. SHANE, “Who Owns A Home Run? The Battle of the Use of Player Performance Statistics by Fantasy Sports Websites”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 29 (2007), p. 241 y ss.

²⁵ Como N. DAVIDSON, “Internet Gambling: Should Fantasy Sport Leagues Be Prohibited?”, *San Diego Law Review*, vol. 39 (2002), pp. 201-267.

²⁶ M.C. HOLLEMAN, “Fantasy Football: Illegal Gambling or Legal Game of Skill?”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 8, n° 1 (2006), p. 80.

²⁷ J. BOSWELL, “Fantasy Sport: A Game of Skill That is Implicitly Legal Under State Law, and Non Explicitly Legal Under Federal Law”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 25, n° 3 (2008), p. 1277.

²⁸ M.J. THOMPSON, “Give Me \$ 25 on Red and Derek Jeter for \$ 26: Do Fantasy Sports Leagues Constitute Gambling?”, *Sports Law Journal*, n° 8 (2001), especialmente p. 40 y ss.

²⁹ Vid. Por todos J. SHANE, “Who Owns A Home Run? The Battle of the Use of Player Performance Statistics by Fantasy Sports Websites”, cit., pp. 241-283; R.J. WEAVER, “Online Fantasy Sports Litigation and the Need for a Federal Right of Publicity Statute”, *Duke Law & Technology Review*, n° 2 (2010), pp. 1-25; J.F. WILLIAMS, “The Coming Revenue Revolution in Sports”, *Willamette Law Review*, vol. 42 (2006), p. 693 y ss., y J.T. HOLDEN, “The Unlawful Internet Gambling Enforcement Act and the Exemption for Fantasy Sports”, *Journal of Legal Aspects of Sport*, vol. 28 (2018), pp. 97-117.

³⁰ A esta cuestión se refieren los trabajos de A. LEVY, “A Risky Bet: the Future of Pay-to-Play Online Fantasy Sports”, cit., pgs. 241 y ss.; J. BOSWELL, “Fantasy Sport: A Game of Skill That is Implicitly Legal Under State Law, and Non Explicitly Legal Under Federal Law”, cit., p. 1263 y ss., y N. DAVIDSON, “Internet Gambling: Should Fantasy Sports Leagues Be Prohibited?”, cit., p. 230 y ss.

cuatro Ligas Mayores y la misma NCAA, que se apusieron abiertamente a la misma, obteniendo un pronunciamiento favorable a la prohibición por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito en 2013³¹, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso presentado por el Gobernador del Estado en junio de 2014.

No tardó mucho el Gobernador de New Jersey en promulgar una nueva ley, lo que tuvo lugar en octubre de 2014, autorizando las apuestas deportivas, volviendo a encontrarse con la oposición de las Ligas y de la NCAA, que volvieron a contar con un pronunciamiento favorable a sus intereses por parte de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito en 2015³². El Gobernador del Estado, Philip D. MURPHY recurrió ante el Tribunal Supremo, que en su Sentencia *Murphy et al. v. NCAA* de 14 de mayo de 2018³³, declaró la inconstitucionalidad de PASPA, estableciendo en su fallo que:

“La legalización de las apuestas deportivas es un tema controvertido. Sus partidarios argumentan que la legalización producirá ingresos para los Estados y debilitará de manera crítica las operaciones ilegales de apuestas deportivas, que a menudo son administradas por el crimen organizado. Los opositores sostienen que la legalización del juego deportivo enganchará a los jóvenes en el juego, alentará a las personas con pocos recursos para malgastar sus ahorros y ganancias, y a corromper los deportes profesionales y universitarios.

La legalización de las apuestas deportivas requiere una elección política importante, pero esa decisión no nos corresponde a nosotros tomarla.

El Congreso puede regular las apuestas deportivas directamente, pero si elige no hacerlo, cada Estado es libre de actuar por su cuenta. Nuestro trabajo es interpretar la ley que el Congreso ha promulgado y decidir si es compatible con la Constitución. PASPA no lo es. PASPA “regula las regulaciones de los gobiernos estatales” de sus ciudadanos, (New York, 505 U.S. at 166). La Constitución no otorga al Congreso tal poder”.

Poco antes de este pronunciamiento, New Jersey autorizó las apuestas deportivas, quedando legalizadas desde el 11 de junio del mismo año. Y poco después, en la misma línea, otros Estados hicieron lo propio iniciando la tramitación de los consecuentes proyectos normativos autorizatorios, como Delaware, Mississippi, West Virginia, Rhode Island, Arkansas o Pennsylvania.

Es claro que los distintos Estados no van a renunciar a una actividad económica que mueve millones de dólares. De hecho, poco antes de conocerse la sentencia del Tribunal Supremo, ya comenzaba a apreciarse un importante giro de las Ligas Mayores norteamericanas en su otrora negativa precepción sobre las apuestas deportivas.

Se estima por la *American Gaming Association* que las apuestas deportivas ilegales mueven en Estados Unidos cerca de 150.000 millones de dólares anualmente, afirmando consultoras como Eilers & Krejcik que legalizada la actividad, esta podría llegar a mover cerca de 245.000 millones de dólares al año. Y en lo que a impuestos se refiere, si se legalizaran las apuestas deportivas en todo el país, la recaudación podría superar los 6.000 millones de dólares³⁴.

El estigma de “ciudad del vicio” de que ha venido gozando desde décadas la capital del Estado de Nevada, las Vegas, que no contaba entre las ciudades aptas o adecuadas para albergar una franquicia de las grandes ligas, ha cambiado sustancialmente³⁵. El 1 de marzo de 2017 la NHL admitió la franquicia en las Vegas con el equipo de los *Golden Kings*, que disputó su primer encuentro el 6 de octubre del mismo año. También la NFL, autorizando el

³¹ NCAA v. Governor of New Jersey, 730 F.3d 208 (3d Cir. 2013).

³² NCAA v. Governor of New Jersey, 799 F. 3d 259 (3d Cir. 2015). Una completa referencia de la controversia la tenemos en C. POLISANO, “Betting against PASPA: Why the Federal Restrictions on Sports Gambling Are Unconstitutional and How They Hurt the States”, *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, vol. 25, 2018, especialmente pp. 462-453.

³³ 584 US (2018).

³⁴ Expansión, 24 de junio de 2018.

³⁵ Sobre ello, R. SHAWHAN, “Legalizing Federal Sports Gambling Laws: You Got to Know When to Hold’em”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 40, n° 1 (2018), pp. 48-51.

traslado de los *Raiders* de Oakland a Las Vegas, lo que se decidió en marzo de 2017 y se hará efectivo, previsiblemente, en 2019.

No cabe duda que las Ligas han visto los previsibles ingresos. De hecho, la NBA a través de su comisionado se pronunció abiertamente a favor de erradicar la prohibición establecida por la PASPA, y en lo que se refiere a la MLB y la NFL, ambas han rubricado acuerdos con compañías especializadas en la provisión de datos y estadísticas sobre sus competiciones³⁶. Y más abiertamente, la NHL, que anunció un acuerdo en ese sentido con MGM Resorts International el 29 de octubre de 2018.

Y también las asociaciones de deportistas profesionales de las propias Ligas, que antes del fallo del Tribunal Supremo se apresuraron a redactar un comunicado conjunto el 12 de abril de 2018, con el siguiente tenor³⁷:

“Dada la decisión pendiente del Tribunal Supremo respecto de la PASPA, los representantes de MLBPA, NBPA, NFLPA y NHLPA han estado trabajando juntos sobre las consecuencias legales, comerciales, prácticas y humanas de permitir que las apuestas deportivas se generalicen.

Ha llegado el momento de abordar no solo quién se beneficia de las apuestas deportivas, sino también sus costes. Nuestros sindicatos han estado discutiendo el impacto potencial del juego legalizado en la privacidad y los derechos de publicidad de los jugadores, la integridad de nuestros deportes y la volatilidad en nuestros negocios.

Apostar en competiciones deportivas puede resultar legal, pero no podemos permitir que aquellos que han presionado al máximo por la legalización de las apuestas deportivas sean los únicos que controlen cómo se introduciría en nuestros negocios. Los atletas también deben tener un asiento en la mesa para garantizar que los derechos de los jugadores y la integridad de nuestros deportes estén protegidos”.

Todos los actores relevantes en este “nuevo” nicho de negocio, una nada despreciable fuente de ingresos, como podemos observar, se están posicionando. También el Senado de los Estados Unidos, donde el 19 de diciembre de 2018 se introdujo el proyecto de ley denominado *Sports Wagering Market Integrity Act of 2018* por los senadores C. SCHUMER y O. HATCH, demócrata el primero y republicano el segundo. Tal proyecto normativo se centra en la prevención del fraude en este ámbito y en preservar la integridad de las competiciones deportivas, con iniciativas de calado como fijar determinados estándares para los legisladores de los Estados, prohibir a los menores de 21 años realizar apuestas así como hacerlo en competiciones no profesionales salvo las olímpicas y las de la NCAA, entre otras medidas.

El proyecto comenzará a tramitarse en 2019, y habrá que estar atentos a los cambios que la generalización y legalización de las apuestas deportivas puede provocar en una industria tan consolidada en los Estados Unidos como es la deportiva.

6. BIBLIOGRAFÍA

J. BOSWELL, “Fantasy Sport: A Game of Skill That is Implicitly Legal Under State Law, and Non Explicitly Legal Under Federal Law”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 25, n° 3 (2008).

A. CABOT, “The Absence of a Comprehensive Federal Policy Toward Internet and Sports Wagering and a Proposal for Change”, *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (201

³⁶ De todo ello se da cuenta, por todos, en B. DAYANIM, R. JACOB y E.J. GEORGE, “Overview of US Federal Gaming Law”, *The Gambling Law Review* (C. Rohsler, ed.), 3rd. Ed., The Law Reviews-Law Bussines Reserach Ltd., 2018, especialmente pp. 33-35.

³⁷ Disponible en: <https://www.legalsportsreport.com/19782/players-association-statement-on-sports-betting/> (última visita: 28.12.2018)

- N. DAVIDSON, "Internet Gambling: Should Fantasy Sport Leagues Be Prohibited?", *San Diego Law Review*, vol. 39 (2002).
- B. DAYANIM, R. JACOB y E.J. GEORGE, "Overview of US Federal Gaming Law", *The Gambling Law Review* (C. Rohsler, ed.), 3rd. Ed., The Law Reviews-Law Bussines Reserach Ltd., 2018
- J. FIELKOW, D. WERLY y A. SENSI, "Tackling PASPA: The Past, The Present, and Future of Sports Gambling in America", *DePaul Law Review*, Vol. 66, Issue 1, Fall 2016.
- T. GORDON, "Nation, Corporation or Family?. Tribal Casino Employment and the Transformation of Tribes", *Center for Gaming Research-Occasional Paper Series*, nº 5, July 2010.
- J. GRADY y A. CLEMENT, "Gambling and Collegiate Sport", *Journal of Legal Aspects of Sport*, vol. 15, nº 1 (2005).
- J.T. HOLDEN, "The Unlawful Internet Gambling Enforcement Act and the Exemption for Fantasy Sports", *Journal of Legal Aspects of Sport*, vol. 28 (2018).
- M.C. HOLLEMAN, "Fantasy Football: Illegal Gambling or Legal Game of Skill?", *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 8, nº 1 (2006).
- M.P. KAILUS, "Do Not Bet on Unilateral Prohibition of Internet Gambling to Eliminate Cyber-Casinos", *University of Illinois Law Review*, vol. 1999, nº 3.
- J.M. KELLY, "U.S. Land-Based ad Internet Gambling; Would You Bet on a Roy Future?", *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (2010).
- A. LEVY, "A Risky Bet: the Future of Pay-to-Play Online Fantasy Sports", *Connecticut Law Review*, vol. 39, nº 1 (2006).
- MEER, E.S., "The Professional and Amateur Sports protection Act (PASPA): A Bad Bet for the States", *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 2, Fall 2011.
- H. McNEIL STAUDENMAIER, "Off-Reservation Native American Gaming: An Examination of the Legal and Political Hurdles", *Nevada Law Journal*, vol. 4, nº 2 (2003-2004).
- M.D. MILLS, "The Failure of the Professional and Amateur Sports Protection Act", *University of Denver Sports and Entertainment Law Journal*, vol. 16, 2015.
- R. PENCHINA, "What Does DOJ Have Against the Interstate Horseracing Act?", *Gaming Law Review*, vol. 10, nº 5 (2006).
- C. POLISANO, "Betting against PASPA: Why the Federal Restrictions on Sports Gambling Are Unconstitutional and How They Hurt the States", *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, vol. 25, 2018.
- W.L. POMEROY, "Mississippi Sports Betting: The Way Ahead", *Mississippi Sports Law Review*, vol. 6, nº 2 (2017).
- J.R. RODEFER, "Internet Gambling in Nevada: Overview of Federal Law Affecting Assembly Bill 466", *Gaming Law Review*, vol. 6., nº 5 (2002).
- I.D. ROSE, "Gambling and the Law: The Third Wave of Legal Gambling", *Villanova Sports & Entertainment Law Journal*, vol. 17 (2010).
- I.N. ROSE y M.D. OWENS, *Internet Gaming Law*, 2ª ed., Mary Ann Liebert, Inc. Publishers, New York, 2009.
- P.J. SACOPULOS, "Pitts vs. Barr-Tonko Bills: an in-depth Comparison of Proposed Anti-Doping Legislation in Horse Racing", *The Kentuky Journal of Equines, Agriculture & Natural Resources Law*, vol. 9, Issue 1, 2016.
- J. SHANE, "Who Owns A Home Run? The Battle of the Use of Player Performance Statistics by Fantasy Sports Websites", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 29 (2007).

R. SHAWHAN, “Legalizing Federal Sports Gambling Laws: You Got to Know When to Hold’em”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 40, nº 1 (2018).

J.B. TAYLOR y J.P. KALT, *Cabazon, The Indian Gaming Regulatory Act, and the Socioeconomic Consequences of American Indian Governmental Gaming. A Ten Year Review*, The Harvard Project on American Indian Economic Development, January 2005.

R. TEROL GÓMEZ, “Los modelos americanos de regulación del juego on line: Estados Unidos y Canadá”, *El juego on line* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

- *Régimen jurídico del deporte universitario*, Dykinson, Madrid, 2006

- *Las Ligas profesionales*, Aranzadi, Navarra, 1998.

B. THOMPSON, “Internet Gambling”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. II, nº 1 (2001).

M.J. THOMPSON, “Give Me \$ 25 on Red and Derek Jeter for \$ 26: Do Fantasy Sports Leagues Constitute Gambling?”, *Sports Law Journal*, nº 8 (2001).

D.D. WADDELL y D.L. MINKE, “Why Doesn’t Casino Have a Sports Book?”, *Global Gaming Business*, July 2008.

A.M. WALDROP, K.M. NOBERT y J.W. POLONIS, “Horse Racing Regulation Reform Through Constructive Engagement by Industry Stakeholders with State Regulations”, *The Kentucky Journal of Equines, Agriculture & Natural Resources Law*, vol. 4, Issue 2, 2012.

R.J. WEAVER, “Online Fantasy Sports Litigation and the Need for a Federal Right of Publicity Statute”, *Duke Law & Technology Review*, nº 2 (2010).

J.F. WILLIAMS, “The Coming Revenue Revolution in Sports”, *Willamette Law Review*, vol. 42 (2006).

C. WOOD, “All Bets Are Off: Revisiting the Professional and Amateur Sports Protection Act (PASPA)”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 31, 2013.

PARTICIÓN, ADJUDICACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Cristina Carolina Pascual Brotóns
Magistrada
Doctora en Derecho

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: La formalización de negocios jurídicos, además de la causa o el fin que le son propios, pretende como objetivo que la operación se integre en el tráfico jurídico, y adquiera la seguridad que ofrece el ordenamiento, mediante su inscripción en el Registro público correspondiente, de manera que devenga inatacable y oponible frente a todos o *erga omnes*. La partición hereditaria es el negocio o acto jurídico por el que la comunidad hereditaria, tras la muerte del causante, pone fin a su estado de universalidad, para atribuir el dominio concreto a cada heredero de los bienes que correspondan de la herencia, después de practicar las operaciones de avalúo, formación de lotes según criterios fijados por el testador, o en su defecto de igualdad entre los herederos, una vez descontados los legados y las deudas de la herencia (pago a acreedores, gastos funerarios, conservación de los bienes de la herencia). Pero no siempre el documento resultante es apto para acceder al Registro de la Propiedad; por lo que deviene necesario conocer estos obstáculos para conseguir la finalidad de su inscripción.

ABSTRACT: The formalization of legal business, in addition to the cause or purpose that are its own, aims as an objective that the operation is integrated into the legal traffic, and acquires the security offered by the legal system, through its registration in the corresponding public Registry, way that becomes unassailable and opposable in front of all or *erga omnes*. The hereditary partition is the business or legal act by which the hereditary community, after the death of the deceased, ends its state of universality, to attribute the specific domain to each heir of the corresponding property of the inheritance, after practicing the operations of appraisal, formation of lots according to criteria set by the testator, or in their absence of equality between the heirs, once deducted the legacies and the debts of the inheritance (payment to creditors, funeral expenses, conservation of the assets of the heritage). But not always the resulting document is able to access the Property Registry; so it becomes necessary to know these obstacles to achieve the purpose of registration.

PALABRAS CLAVE: Partición, Testador, Contador-partidor, Coherederos, Escritura pública, Resolución judicial, Registro de la Propiedad.

KEYWORDS: Partition, Testator, Accountant, Joint-heirs, Public Deed, Judicial Resolution, Land Registry.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO. 4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA. 4.1. Contador Partidor Testamentario. 4.2. Contador Partidor Dativo. 5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA. 5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria. 5.2. Prueba de hechos negativos. 5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes. 5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria. 5.3. Necesaria intervención del legitimario. 5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios. 6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS. 6.1. Protocolización adicional de la resolución judicial. 6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa. 6.3. Representación de la herencia yacente. 6.4. Intervención de personas jurídicas. 7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN. 8. OTRAS CUESTIONES. 8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad. 8.2. Embargo de derechos hereditarios. 8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia. 8.5. Normas impositivas. 9. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de toda partición es el fallecimiento del causante. A partir de ahí, el título sucesorio indicará quiénes son los herederos, legitimarios o legatarios, con los derechos sucesorios que les correspondan. El art. 14 de la Ley Hipotecaria establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado». También se ha erigido como título de sucesión hereditaria el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2018 (BOE de 20 de marzo)¹.

La partición puede realizarse por el propio testador, por contador partidor testamentario o dativo, por acuerdo entre los herederos, o mediante el proceso de división judicial de la herencia. Pero su finalidad en todos los casos es poner fin al estado de indivisión del caudal hereditario. Las operaciones se plasman en testamento, cuaderno particional, escritura pública, o resolución judicial. Si las operaciones se realizan con las formalidades legales y los intervinientes exigidos, las atribuciones dominicales accederán al Registro de la Propiedad. Pero un defecto determinará que el Registrador realice una calificación negativa y se suspenda la inscripción, con el consiguiente perjuicio para los interesados; por lo que es preciso conocer su ámbito calificador y los problemas de acceso al Registro en función del tipo de partición efectuada.

¹ Las herencias abiertas desde el día 17 de agosto de 2015, en que entró en aplicación el Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo («Diario Oficial de la Unión Europea» número 201, de 27 julio de 2012), se rigen por esta norma en las materias que incluye en su ámbito de aplicación (perímetro positivo en los artículos 1.1, primer inciso, y 23, y negativo artículos 1.1, segundo inciso, y 1.2). Con arreglo al Reglamento, como regla general, la ley aplicable a la sucesión mortis causa de causante es la Ley del país de su última residencia habitual (artículo 21.1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) conforme al cual «salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento».

2. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El problema de hasta dónde puede llegar el juicio favorable o desfavorable del Registrador cuando se le presenta un documento público para su inscripción, ha sido y es un eterno tema abordado tanto por los Tribunales como por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El principio básico que rige la actuación calificador es el de la interdicción de la indefensión procesal del titular registral. El Registrador debe impedir que tengan cabida en el Registro inscripciones que se confronten u opongan al derecho inscrito, y vulneren el principio del tracto sucesivo registral cuando el titular inscrito no interviene en el documento público que sirve de nuevo título que pretende acceder al Registro. Esta regla del ámbito calificador se plasma en delimitar, sobre todo cuando se trata de resoluciones judiciales, cuándo termina el mandato judicial y cuándo empieza la labor del Registrador.

Este principio de tracto sucesivo, y el art. 24 de la Constitución que proscribe la indefensión, exigen que en el ámbito de la partición hereditaria, los sucesores declarados como tales en el título sucesorio intervengan en ella, aceptando o repudiando la herencia, convirtiendo el derecho hereditario *in abstracto* en la adjudicación de bienes concretos. En el supuesto de heredero ausente, debe existir un título sucesorio que determine quién es el heredero, y determinarse (y declararse) judicialmente que este heredero se encuentra en tal situación de ausencia, como se refleja en Resolución de 2 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril).

Se puede establecer con carácter general que el Registrador sí puede valorar, en su función de tutela de la eficacia de la inscripción, las siguientes cuestiones:

A) Examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia. En este sentido, la Sentencia 609/2013 del Tribunal Supremo de 21 de octubre, relativa al alcance de la calificación², así como la Resolución de 23 de septiembre de 2016 (BOE de 14 de octubre), refrendan el poder calificador del registrador frente a mandamientos judiciales que presenten defectos que impidan su acceso al Registro; ya que precisamente el art. 100 del Reglamento Hipotecario permite al Registrador calificar, del documento judicial, «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial³.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia de 16 de abril de 2013 (Recurso 918/2012), en relación con la Resolución de 1 de marzo de 2013 (BOE de 25 de marzo), que esta doctrina que interpreta extensivamente la calificación registral ha

² Dice la Sentencia que "la fundamental función calificador del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo). La calificación del Registrador ha de realizarse no sólo teniendo en cuenta el documento presentado, sino también "... lo que resulte de ... los asientos del Registro " (art. 18 LH) y " ... los obstáculos que surjan del Registro " (art. 100 RLH).

³ Esta misma doctrina se ha visto reforzada por la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre de 2015, del Tribunal Constitucional, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios.

de ceder, y debe reconocerse que los Tribunales son los que han de decidir de forma soberana en cuanto al éxito de la inscripción registral, cuando se trata de supuestos en los que viene ordenada por una resolución judicial firme, y la cuestión versa sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal; así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta (Resolución de 12 junio 2014, BOE 29 de julio).

Creemos que la cuestión deberá decidirse como corresponda en el caso concreto, para conocer cuándo se ha producido o no esa indefensión que impide la inscripción, como puede suceder cuando en el cuaderno particional no hayan comparecido todos los herederos o legitimarios. Esta cuestión, a pesar de que puede afectar al principio de seguridad jurídica, debe acogerse desde la base de que el titular registral o sus causahabientes deben intervenir en el proceso necesariamente cuando la decisión judicial afecte al derecho inscrito.

B) Existencia de Defensor Judicial en caso de conflicto de intereses. En base al principio de tracto sucesivo registral, como se ha dicho, la calificación por el Registrador de actuaciones judiciales debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Al entender de esta manera la calificación, podrá ser objeto de examen por el Registrador la concurrencia o no de todos los interesados en el cuaderno particional, o la capacidad de las partes para formalizar negocios jurídicos, así como la necesidad de Defensor Judicial en el caso concreto, cuando exista un conflicto de interés, como se indica en la RDGRN de 12 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre).

Como señala la STS 363/2004 de 17 de mayo, el conflicto de intereses se ve patente cuando éste existe en el proceso de formación de un negocio jurídico bilateral, generador de obligaciones para ambas partes. Es la denominada autocontratación, tanto en sentido estricto (contrato consigo mismo, como parte interesada y en representación de otra), como en sentido amplio, cuando una sola voluntad hace dos o más manifestaciones jurídicas, y pone en relación dos o más patrimonios, y hay colisión de intereses en esa relación. Y el Registrador puede apreciar esta carencia dentro del ámbito de la calificación.

Pero, si el conflicto no se produce, el negocio estará permitido. Así se consideró en Resolución de 15 de noviembre de 2016 (BOE de 3 de diciembre), en el caso de que ni el representante ni el representado eran adjudicatarios de bienes concretos ni porciones distintas de las señaladas en el testamento. Se indica que cuando el negocio o la partición se ha realizado en condiciones de estricta igualdad, en estricta aplicación de las normas legales o testamentarias (y no cuando se adopta una decisión o elección por el representante), no existe conflicto de intereses y no es preciso el nombramiento de Defensor Judicial.

El problema que tiene esta conclusión es que pertenece a la esfera de la valoración subjetiva el hecho de aplicar de forma igualitaria o no las normas legales o testamentarias. Y el riesgo de que se aprecie un conflicto de intereses tanto en vía de recurso como en vía de calificación registral, hace aconsejable que en todo caso la partición se realice con Defensor Judicial cuando deba concurrir al acto un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente de forma conjunta con sus representantes legales.

C) También el Registrador debe examinar la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, y las formalidades extrínsecas del documento presentado, como es el caso de no constar con la debida claridad en la sentencia quiénes son los demandados (Resolución de 3 de mayo de 2011, BOE de 24 de mayo). Esto debe interpretarse de forma restrictiva si no se quiere invadir competencias jurisdiccionales. No debe valorar, en cambio, siguiendo el criterio expuesto, el fondo del asunto. Ni apreciar una eventual tramitación defectuosa. Ni la personalidad de la parte actora; ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal.

3. PARTICIÓN REALIZADA POR EL PROPIO TESTADOR EN EL TESTAMENTO

La partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1056, primer párrafo, del Código Civil, con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. La partición hecha por el testador se produce cuando en el propio testamento se adjudican directamente los bienes a los herederos. En buena lógica implica la realización de todas las operaciones particionales: inventario, liquidación, y formación de lotes con la adjudicación de los mismos.

Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos. En este caso se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición. Es decir, no se trata de una partición hecha por el testador. Se diferencia de ella porque en lugar de adjudicar de modo directo, establece simplemente los criterios a tener en cuenta para efectuar la partición. En este segundo supuesto, el testador expresa la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La STS 805/1998 de 7 de septiembre, ha establecido que para la distinción entre partición y operaciones particionales o normas para la partición «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione».

No son partición los simples ruegos, deseos, recomendaciones, y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaremos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador.

La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure hereditario*» de los bienes adjudicados a cada heredero; es decir, como ha declarado la STS 493/1986 de 21 de julio, es de aplicar a estas particiones el art. 1068 del Código Civil, según el cual, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

La duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar las operaciones que normalmente entraña la partición. La mencionada STS de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así pues, conforme esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar el inventario ni practicar la liquidación, sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador. En idéntico sentido se pronuncia la Resolución de 26 octubre 2016 (BOE de 22 de noviembre)⁴.

⁴ La Dirección General también se ha pronunciado, en Resolución de 5 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto), señalando la importancia de «determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no sólo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el art. 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el art. 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría

Se cuestiona si, a efectos registrales, se exige, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que deban completarse por todos los interesados las operaciones particionales que hayan podido ser omitidas por el testador⁵.

Especialmente importante es a estos efectos la operación de liquidación en caso de que existieran deudas, ya que éstas obviamente no han podido tenerse en cuenta por el testador en el momento de hacer testamento. O aun en el caso de referirse a ellas, pueden haber disminuido o aumentado en el momento del fallecimiento. Los herederos han de aclarar qué sucede con las deudas, y concretamente si existen o no, y caso de existir, si la aceptación de la herencia se hace pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues es preciso pagar las deudas para la entrega de legados, y también para que los herederos reciban los bienes que les corresponden. Por ello sí deben realizarse como complemento de la partición realizada por el testador aquellas actuaciones que sean necesarias para que el negocio sea efectivo.

Pero, en cualquier caso, en el supuesto de que el testamento no realice la partición, sino que sólo establezca normas particionales, las operaciones de partición no serán complementarias, sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del art. 1057 del Código Civil. Y en estos casos la intervención de todos los legitimarios en la partición, es inexcusable, como ratifica la Resolución de 12 junio 2014 (BOE de 29 de julio).

4. PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR-PARTIDOR EN ESCRITURA PÚBLICA

4.1. *Contador Partidor Testamentario*

Si se practica la partición por el contador partidor designado en testamento, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Como se contempla en Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 14 de septiembre de 2009 (BOE de 7 de octubre), en interpretación del art. 1057 del Código Civil, las particiones realizadas por el contador partidor, al reputarse como si fueren hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de la aprobación de los herederos o legatarios, por lo que en principio causan un estado de derechos que surte todos sus efectos mientras no sean impugnadas. Esta partición realizada por el contador partidor, es así inscribible por sí sola sin necesidad de la concurrencia de los herederos, siempre que no resulte del título particional extralimitación en sus funciones. Y ello sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas, en caso de que los interesados en la herencia estimen perjudicados sus derechos en la partición efectuada por el contador.

Este criterio fue fijado también en la Resolución de 24 de marzo de 2001 (BOE de 16 de mayo). No puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador partidor designado por el testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente; de forma que solo los Tribunales son competentes para, en su caso, declarar la disconformidad del proceder de los contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse a la partición realizada por ellos (se confirma en Resoluciones como la de 18 de mayo de 2012, BOE de 14 de junio).

tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador».

⁵ En este sentido, la RDGRN de 8 de enero de 2014 (BOE de 5 de febrero) señala que si se trata de una partición hecha por el testador se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que la hace inscribible por sí sola la adjudicación de cada heredero tras su aceptación, quedando siempre a salvo las acciones de complemento y suplemento de la legítima que correspondan; y si por el contrario, se trata de normas particionales impuestas por el testador, que han de observarse en la partición que se realice entre los herederos, se hace necesaria la concurrencia de la totalidad de los mismos y de su unanimidad puesto que de una partición del artículo 1057 se trataría. Además en este último caso, debería concurrir también el consentimiento de los legitimarios que no fuesen herederos a los efectos de que prestasen su conformidad a la formulación del inventario y cumplimiento de sus legítimas.

Esa partición es inscribible como se ha dicho, pero siempre dentro de los límites de las funciones del contador partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones. En este sentido la Resolución de 16 de septiembre de 2008 (BOE de 11 de octubre) establece que esas funciones se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» (art. 1057 del Código Civil). El contador no solo debe ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas al respeto de las legítimas.

Pero la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida; y es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. arts. 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil). Aun así existen pequeñas licencias que se puede permitir el contador. La adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás, por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria, no implica enajenación; y esa regla legal de la posible igualdad, que según la doctrina jurisprudencial no exige igualdad matemática o absoluta (STS 1115/2004 de 25 de noviembre) es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador (Resoluciones de 21 de junio de 2003 (BOE de 30 de julio) y 20 de septiembre de 2003 (BOE de 16 de octubre)).

Hay otros supuestos, en cambio, en los que su actuación se considera excesiva. Si el contador partidor, no se limita a contar y partir los bienes del causante, sino que transforma la legítima –que es «*pars bonorum*» y que debería consistir necesariamente en bienes de la herencia– en un derecho de crédito frente a los demás herederos, a quienes ordena el pago en metálico de su cuota, se transforma la naturaleza del derecho que los legitimarios tienen en la herencia del causante y se convierte en un crédito la legítima «*pars hereditatis*». En este supuesto resulta necesario que, conforme lo previsto por el art. 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha precise aprobación por el Letrado de Administración de Justicia o Notario, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio (Resolución de 18 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre)⁶.

Por otro lado, la partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo fijado por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas. Sí es posible el complemento de la partición por aparición de nuevos bienes que no se tuvieron en cuenta, si el contador está en el plazo fijado por el testador y no ha cesado por otra causa. En el caso de la STS 473/2018 de 20 de julio, que sienta la anterior doctrina, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que llevó a cabo una nueva partición alterando unilateralmente esas atribuciones, por lo que la escritura de rectificación de las operaciones particionales es ineficaz.

Porque una cosa es reconocer que a efectos registrales no es eficaz la partición que claramente incumple las normas legales sobre las legítimas, y otra es presuponer que cualquier partición en la que los legitimarios no intervengan contraviene y lesiona manifiestamente sus derechos legitimarios, cuestión que deberá contemplarse en cada caso.

4.2. Contador Partidor Dativo

No habiendo testamento, o si aun existiendo no designa contador partidor, o estando vacante el cargo, el art. 1057 del Código Civil prevé el nombramiento de un contador

⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 604/2012 de 22 de octubre, y las Resoluciones de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril), 17 de octubre de 2008 (BOE de 8 de noviembre), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 13 de junio de 2013 (BOE de 12 de julio), y 13 de febrero de 2015 (BOE de 10 de marzo).

partidor dativo. Dicho precepto y el art. 92 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria establecen la posibilidad de que por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario se nombre, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario, con citación de los demás interesados, este contador partidor; y también para los casos de renuncia del contador partidor nombrado o de prórroga del plazo fijado para la realización de su encargo. Se deberá aprobar la partición realizada por el contador partidor cuando resulte necesario por no haber sido confirmada expresamente por todos los herederos y legatarios, siendo competentes igualmente el Letrado o Notario de forma electiva.

En los supuestos que conozca el Notario el expediente se tramitará según art.66 de la Ley del Notariado en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

La existencia de esta figura plantea también la cuestión de hasta dónde puede llegar su actuación. Así:

- No corresponde al contador partidor dativo declarar herederos y efectuar notificaciones que equivalgan a la participación en el procedimiento judicial de herencia. Tampoco puede concretar en persona alguna la cualidad de heredero. Y en el caso de resultar falta absoluta de herederos abintestato por parentesco colateral, se abriría el procedimiento para declaración de heredero al Estado en los términos del procedimiento recogido por los arts. 20.6 y 20 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas. El art. 958 del Código Civil establece la declaración administrativa de heredero para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes, pero en modo alguno puede ser declarado heredero por el contador partidor, reflejando en el cuaderno particional la inexistencia de parientes con derecho preferente.
- Sí en cambio ha de entenderse que dentro de la facultad de hacer la partición que le encomienda la ley se encuentran todas aquéllas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de su función de contar y partir. Por ello puede hacer cuanto acto jurídico y material sea preciso, lo que incluye divisiones, segregaciones, para delimitar físicamente los bienes objeto de la partición. Esta función puede realizarse incluso una vez inscrita la partición, y en tanto no sea firme por no haber sido aceptada por todos los herederos (Resolución de 19 de enero de 2017, BOE de 7 de febrero), como se contempla seguidamente.

¿Es inscribible la partición efectuada por el contador, sin el concurso de los herederos? Las Resoluciones de 19 de septiembre de 2002 (BOE de 30 de octubre) y 19 de julio de 2016 (BOE de 19 de septiembre), han resuelto la cuestión sosteniendo que no constando la aceptación de los herederos puede practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación, y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero, se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante.

Para evitar la situación de pendencia, tanto los herederos que hayan aceptado como el propio contador podrán ejercitar la acción prevista en el art. 1005 del Código Civil, acudiendo al Notario para que le comunique que tiene un plazo de treinta días para aceptar, entendiéndose aceptada la herencia pura y simplemente si en ese plazo no manifiesta voluntad alguna.

5. PARTICIÓN REALIZADA POR ACUERDO ENTRE LOS COHEREDEROS EN ESCRITURA PÚBLICA

Cuando los herederos están de acuerdo en las operaciones particionales, éstas deben realizarse en escritura pública. La aceptación y la partición o adjudicación son dos actos jurídicos con efectos jurídicos diferentes (arts. 988, 1004, 1005, 1068 y 1058 del Código Civil) por lo que la Ley distingue dos procedimientos judiciales distintos, el de aceptación y

el de partición testamentaria, con las adjudicaciones correspondientes de bienes concretos. La aceptación y partición con adjudicación son negocios jurídicos distintos, integrados en el proceso sucesorio, exigiendo esta última la voluntad de todos los herederos que aceptaron la herencia para, previa liquidación y valoración, adjudicarse los bienes concretos o partes indivisas de los mismos. Y no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la escritura en la que no comparecen ni expresan su voluntad en la partición todos los herederos, conforme al art. 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, salvo que haya sido realizada por el contador partidor, como ya ha sido analizado (Resolución de 18 de octubre de 2013, BOE de 21 de noviembre).

En estas operaciones puede darse que sea preciso constatar hechos como la ausencia de otros herederos, o el cumplimiento de la condición impuesta por el testador, entre otras. La frontera entre lo que pueden manifestar los propios herederos, o el Notario mediante acta de notoriedad, o lo que deben autorizar los Tribunales, no siempre es clara; y se debe acudir a los siguientes criterios que han ido perfilando la Dirección General de los Registros y la jurisprudencia.

5.1. Acreditación del cumplimiento de la condición testamentaria

Serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador, y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales. Es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los Tribunales decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia, y por tanto no revisable en casación salvo que se infrinja la ley a causa de un razonamiento arbitrario, y que no se base en reglas de la lógica y de la experiencia humana.

En general, la pretensión de algunos de los herederos, de decidir por sí, sin intervención alguna de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, excede de las atribuciones que les corresponden en cuanto continuadores de la voluntad de la causante, ya que incide en la posición de terceras personas, los otros instituidos.

En consecuencia, como establece la Resolución de 13 de julio de 2016 (BOE de 15 de agosto), al menos debe tramitarse acta de notoriedad en la que han de ser citados todos los herederos. Y en ella determinar en su caso «el cumplimiento exclusivo de la condición testamentaria por algunos herederos». Este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el Notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad, sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos, pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El Notario no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios.

El art. 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho. Y ello porque, en definitiva, no puede inscribirse la partición judicial en tanto

no se acredite que quienes intervinieron en el procedimiento son todos y los únicos interesados en la partición que se pretende⁷.

5.2. Prueba de hechos negativos

5.2.1. Acreditación de la inexistencia de otros descendientes

El contenido del testamento se presume iuris tantum válido y eficaz, lo que supone que el hecho de que el testador no mencione que un descendiente fallecido previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario. (Resolución de 6 de mayo de 2016, BOE de 6 de junio).

Respecto a esa prueba, ha establecido la Dirección General en Resolución de 14 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre) que «hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza». Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima. Ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa⁸.

En consecuencia, no puede exigirse la acreditación de la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento (Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto)⁹.

5.2.2. Supuestos de sustitución fideicomisaria

En los supuestos en los que la sucesión es a favor de los parientes consanguíneos más próximos, sí es preciso acta de notoriedad para descartar la posible existencia de ignorados parientes en igual grado de consanguinidad con el testador al de los interesados que reclaman la herencia (Resolución de 24 de octubre de 2008, BOE de 20 de noviembre). El defecto puede subsanarse mediante acta de notoriedad que acredite los llamados a la sustitución fideicomisaria conforme al art. 82 del Reglamento Hipotecario.

5.3. Necesaria intervención del legitimario

La intervención de todos los legitimarios, y herederos en su caso, en la partición, es inexcusable. La Resolución de 1 de marzo de 2006 (BOE de 8 de abril) recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, como ya estableció el Tribunal Supremo, para la

⁷ También Resoluciones de 19 de junio 2013 (BOE de 29 de julio), 11 de julio de 2013 (BOE de 24 de septiembre), y 30 de abril de 2014 (BOE de 23 de junio).

⁸ Sin embargo, en la Resolución de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio) se exige que exista acta de notoriedad al indicar que “En el supuesto de este expediente, las circunstancias de hecho que deben concurrir para que el viudo pueda ser llamado como heredero intestado (artículo 945 del Código Civil) no han quedado acreditadas en el acta de notoriedad en que se declaró herederos a los tres hijos ni en otro documento; se acredita que la causante falleció sin testamento; que hay tres hijos de su matrimonio; en documento separado, que esos tres hijos han renunciado a la herencia; pero no se acredita la existencia o inexistencia de descendientes del grado ulterior, ni el fallecimiento previo de los ascendientes. En consecuencia, no está acreditado que el viudo sea el heredero abintestato por defecto de todos los demás, ya que no resulta del acta de declaración de herederos ni han sido declarados por el notario competente como notorios en la escritura de manifestación de herencia. Para la inscripción de la manifestación de herencia, bastaría una declaración de notoriedad de todas las circunstancias mencionadas, bien en acta de notoriedad complementaria o bien en la misma escritura de herencia, sin que sea suficiente que lo manifieste el viudo como ha hecho”.

⁹ Cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 29 de enero de 2016 (BOE de 11 de febrero). Arts. 658, 814 y 1080 del Código Civil, y las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001 (BOE de 29 de octubre) y 6 de mayo de 2016 (BOE de 6 de junio).

adjudicación y partición de la herencia, y ello cuando falte o no exista persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil).

En este sentido, la Resolución de 25 de abril de 2018 (BOE de 11 de mayo) aborda la especial relevancia del supuesto en el que tanto el primer causante como la transmitente fallecieron intestados, lo que implica que el «*ius delationis*» respecto del primer causante, como derecho a aceptar o repudiar, corresponde a los hijos que le sobreviven, y por designación de la ley al nieto. Pero también ha de concurrir en las operaciones particionales el cónyuge viudo de la heredera fallecida, y no sólo su descendiente y nieto del primer causante¹⁰.

En caso de omitir su asistencia, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento por el legitimario sino hasta saber el montante del quantum o valor pecuniario que por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el art. 818 del Código Civil, por lo que para conocer el montante será necesario haber practicado con anterioridad las pertinentes operaciones particionales (Resolución de 5 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto). A esta misma conclusión llegó la STS 208/1989 de 8 de marzo, que determina que «no cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos, de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario». Esta regla se aplica incluso tratándose de partición hecha por contadores partidores, en la ejecución de la misma, pues será entonces «cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global (...) han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta».

¿Es posible que el legitimario perciba su parte a través de una compensación económica? La legítima en nuestro Derecho común se configura generalmente como una «*pars bonorum*» o una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». Ello hace que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado para preservar la intangibilidad de su legítima. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados¹¹.

Esta misma doctrina ha sido mantenida en la Resolución de 15 de septiembre de 2014 (BOE de 9 de octubre) para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil).

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada. Debe en cambio estar presente en las operaciones de partición, de forma que no pierda la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros.

5.4. Cesión onerosa de derechos legitimarios

Cuando se formaliza una aceptación de herencia, con operación previa de segregación del único bien relictos y se adjudican las fincas resultantes. Y otro de los herederos del mismo causante cedió onerosamente sus derechos hereditarios a uno de sus hermanos otorgantes

¹⁰ En la doctrina y en la jurisprudencia, al cónyuge viudo se le reconoce la misma protección que a los restantes herederos forzosos a la hora de realizar la partición y adjudicación de la herencia, aun cuando le legítima le haya sido deferida a título de legado y no de heredero (vid. las Resoluciones de 22 de febrero de 2018, BOE de 8 de marzo; y de 5 de julio de 2018, BOE de 19 de julio), y lo mismo debe entenderse en el presente caso en que la legítima es deferida «*ex lege*» por haber fallecido intestada la transmitente.

¹¹ Vid. Resoluciones de 25 de febrero de 2008 (BOE de 15 de marzo), 9 de marzo de 2009 (BOE de 25 de marzo), 6 de marzo de 2012 (BOE de 7 de mayo), 16 de junio de 2014 (BOE de 29 de julio) y 4 de julio de 2014 (BOE de 1 de agosto).

de la citada escritura de herencia, casado en régimen de gananciales, es preceptivo que la esposa del cesionario preste su consentimiento a lo otorgado en la escritura de adjudicación de herencia, al haberse adquirido los citados derechos hereditarios con carácter presuntivamente ganancial (Resolución de 4 de julio de 2018, BOE de 19 de julio).

6. PARTICIÓN JUDICIAL EN CASO DE DESACUERDO DE LOS HEREDEROS

Como establece el art.782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vía de la división judicial de herencia es el camino que deben seguir los herederos cuando no se pusieren de acuerdo en el inventario de los bienes del causante, o en las adjudicaciones o lotes. A este requisito, el del desacuerdo, se añade que no se haya de realizar por contador partidor, en los supuestos que ya han sido contemplados. La inscripción registral de la resolución que acuerda la partición plantea diversas cuestiones.

6.1. *Protocolización adicional de la resolución judicial*

Si bien es cierto que los arts. 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias cuando no haya oposición, o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea el acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto:

a) Conforme a los arts. 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado».

b) Sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia cuando media la conformidad –o no hay oposición– de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (arts. 782ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo por tanto al Letrado de la Administración de Justicia en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (arts. 145 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el testimonio del auto o decreto aprobatorio de dicha partición expedido por el Letrado de la Administración de Justicia es documento público (arts. 1216 del Código Civil y 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento.

c) Reconociendo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la protocolización notarial de las actuaciones judiciales, a la vista del art. 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al Letrado de la Administración de Justicia la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante el mandato judicial respectivo; pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (arts. 211 y 213 del Reglamento Notarial). De modo que no añadiría a la certificación judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo, como se establece en Resoluciones de 13 de abril de 2000 (BOE de 15 de mayo), o de 27 de marzo de 2014 (BOE de 5 de mayo).

En base a lo expuesto, procederá la inscripción directa de la resolución judicial, sin necesidad de protocolización, cuando el propio Juez o Letrado de la Administración de Justicia que aprobó las operaciones particionales disponga en el Auto o Decreto respectivamente la inscribibilidad directa del testimonio del mismo.

d) Protocolización cuando el Decreto o Auto así lo dispone. El art. 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la necesidad de protocolización. Esta necesidad es patente

cuando la propia resolución que pone fin al procedimiento, ya sea Auto o Decreto, así lo acuerde, como establece la Resolución de 9 de diciembre de 2010 (BOE de 26 de enero de 2011).

La Resolución de 9 de febrero 2016 (BOE de 10 de marzo) contempla la cuestión desde la necesidad de que la resolución judicial que aprueba el cuaderno particional, para que sea inscribible sin protocolización adicional, ha de entrar a resolver el fondo, de manera que un sobreseimiento, al ser un acto procesal que pone fin al juicio sin resolver la controversia de fondo, no es por tanto un título válido de acceso al Registro. En definitiva, el sobreseimiento implica la suspensión del proceso, es decir, la terminación del mismo sin sentencia o resolución judicial en virtud de una causa que así lo determine, como ocurre en los casos en que se ha llegado a un acuerdo extrajudicial por los interesados. Se saca así del ámbito judicial la cuestión planteada y se envía al extrajudicial, que precisa formalización en escritura pública. Por tanto, ni el sobreseimiento ni el acuerdo alcanzado extrajudicialmente producen el efecto de cosa juzgada y excluye los efectos de la misma sin que sea posible adoptar acuerdos sobre la entrega de bienes, ni la inscripción en el Registro de un acuerdo ínter partes no aprobado judicialmente (Resolución de 19 de julio de 2016, BOE de 19 de septiembre).

6.2. Procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa

Se precisaría por tanto, según la Dirección General, la protocolización notarial que viene impuesta como regla general por el art. 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala que «pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas». Este criterio, además, sería compatible con la referencia a la sentencia firme contenida en el art. 14 de la Ley Hipotecaria, que se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición (Resolución de 2 noviembre 2016, BOE de 22 de noviembre)¹².

No podemos estar de acuerdo sin embargo con este criterio. La indicación de protocolización es más un arrastre de la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881 que una necesidad real. En efecto, si se observan los arts. 1054 ss. de la Ley de 1881 relativos al juicio voluntario de testamentaria, y se comparan con los arts. 782 ss. de la Ley de 2000, tienen un contenido muy similar, y en algunos preceptos casi idéntico, como los relativos a la formación de inventario o contenido del mismo. En concreto el art. 1083 de la LEC de 1881 establece lo mismo que el actual 787.2 de la Ley de 2000, en el sentido de que si no hay oposición se aprobará el inventario, o las adjudicaciones, mandando protocolizarlas. Esta necesidad también existía en otros procedimientos, como el de protocolización de testamento ológrafo, en concreto en el art. 1968 de la LEC 1881 (procedimiento ya inexistente por ser de competencia del Notario). Pero en la actualidad, en primer lugar, la resolución judicial que aprueba las adjudicaciones, sea con acuerdo o sin él, es un documento público que reúne todos los requisitos para acceder al Registro de la Propiedad; y en segundo lugar, la plenitud de efectos de la fe pública judicial del Letrado de la Administración de Justicia choca con la exigencia de fe pública notarial adicional. Es por ello que debe ser inscrito el

¹² Se justifica esta postura aludiendo a que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él –artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (Resolución de 29 de mayo de 2018, BOE de 18 de junio).

testimonio del Decreto o del Auto sin ninguna otra exigencia adicional, máxime cuando la propia resolución así lo exprese, como ya ha sido observado en el epígrafe anterior.

6.3. Representación de la herencia yacente

Siguiendo la Resolución de 23 septiembre 2016 (BOE de 14 de octubre), en los casos en que interviene en pleito la herencia yacente, para que la resolución tenga constancia registral se articulan tres posibilidades: a) Nombramiento de un administrador judicial; b) Representación por uno o algunos de los herederos; c) Nombramiento de Defensor Judicial, cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento.

El nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral se había convertido en una exigencia para la inscripción de lo acordado en la sentencia. El Registrador debía señalar su ausencia como un defecto que impide la inscripción, pues se convierte en una falta de intervención en el procedimiento del titular registral, y de admitir lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva establecida en el art. 24 de la Constitución.

Con posterioridad, sin embargo, se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (Resolución de 10 de enero de 2011, BOE de 14 de marzo), que la exigencia de nombramiento de un Defensor Judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente (Resolución de 12 junio 2014, BOE de 27 de julio)¹³.

Así, se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral, sería pertinente la designación de un administrador judicial (Resolución de 15 de noviembre de 2016, BOE de 3 de diciembre). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero debe considerarse suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

6.4. Intervención de personas jurídicas

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. La constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales.

Dentro de la expresión, a que se refiere el art. 165 del Reglamento Notarial «datos del título del cual resulte la expresada representación», debe entenderse que uno de los datos más

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo 366/1992 de 7 de abril y 141/2011 de 3 de marzo, relativas a la herencia yacente, y las Resoluciones de 2 de septiembre de 2011 (BOE de 28 de noviembre), 8 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio), 5 de marzo de 2015 (BOE de 21 de marzo), 9 de diciembre de 2015 (BOE de 28 de diciembre), 17 de marzo de 2016 (BOE de 6 de abril), 8 de septiembre de 2016 (BOE de 30 de septiembre), 26 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo), 7 de junio de 2017 (BOE de 28 de junio), 18 de octubre de 2017 (BOE de 11 de noviembre), 15 de febrero de 2018 (BOE de 27 de febrero) y de 14 de marzo de 2018 (BOE de 27 de marzo).

relevantes es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente. En otro caso, es decir, cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquélla y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil (Resolución de 23 de febrero de 2001, BOE de 3 de abril).

El nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (arts. 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 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, y, entre otras, Resoluciones de 13 de noviembre de 2007 (BOE de 30 de noviembre), para los cargos de sociedades, y de 15 de diciembre de 2017 (BOE de 4 de enero de 2018), para los apoderados o representantes voluntarios de sociedades).

El no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular registral (arts. 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria).

El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil, a pesar de ser ésta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo. Es decir, para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata de oponibilidad o no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil (Resolución de 29 septiembre 2016, BOE de 14 de octubre).

7. INEFICACIA DE LA PARTICIÓN

La partición inscrita despliega toda su eficacia frente a terceros. La declaración de ineficacia posterior sólo puede ser acordada por resolución judicial en el declarativo correspondiente. Al margen de las distintas causas de nulidad, anulabilidad o rescisión, que no son objeto de este estudio, la sentencia deberá acordar la cancelación de las inscripciones contradictorias con la nulidad acordada.

Entra en juego la protección al tercer adquirente de buena fe que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria, de manera que quien ha adquirido a título oneroso confiado en la apariencia de titularidad que brinda la partición y adjudicación de bienes que consta en el Registro, será mantenido en su adquisición aunque después se anule dicha partición. La restitución de los bienes que por esta circunstancia no pueda realizarse al que ha ganado en juicio la titularidad del bien transmitido será satisfecha mediante una indemnización sustitutoria.

8. OTRAS CUESTIONES

8.1. Anotación del derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad

Se plantea si basta la instancia directa del solicitante o es necesaria una declaración judicial para la anotación preventiva del derecho del legitimario. El art. 42.6 de la Ley Hipotecaria dispone, que podrán pedir anotación preventiva «los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos».

En cuanto a la anotación preventiva del derecho hereditario, el art. 46 de la Ley Hipotecaria entiende que no pueden solicitar directamente la práctica de la anotación quienes no pudieran promover el juicio de testamentaria, hoy procedimiento de división judicial de la herencia. Más en concreto, esta anotación puede pedirla cualquiera de los que tengan derecho a la herencia (herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota) o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, como son los acreedores de la herencia (art. 146 del Reglamento Hipotecario).

Pero existen dos modos de obtenerla. Mediante solicitud, si es pedida por los herederos, legitimarios o personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaria o los acreedores de la herencia cuyos créditos no estén especialmente garantizados o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública. O mediante mandato judicial en el resto de los casos, conforme los trámites del 57 y 73 de la Ley Hipotecaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento para la división judicial de la herencia, pudiendo solicitarlo cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (art. 782.1 y.5).

Así, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, no sólo puede interponer el juicio de división judicial de herencia, y participar en la partición hereditaria si el testador no la hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador partidor (Resolución de 2 de agosto de 2016, BOE de 23 de septiembre), sino que puede igualmente solicitar la anotación de su derecho hereditario en el Registro.

8.2. Embargo de derechos hereditarios

Es posible anotar preventivamente por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien. Pero es imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero. En el supuesto de ser hijo del titular registral, por ejemplo, no bastaría presentar certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (art. 78 del Reglamento Hipotecario), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el art. 14 de la Ley Hipotecaria. Luego sí se puede anotar un embargo sobre los derechos que pudieran corresponder al deudor en la herencia del titular registral, respecto de un bien concreto, pero es preciso acreditar la condición en todo caso.

Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el art. 166.1.2 del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros herederos. Por ello, es imprescindible conocer el derecho hereditario del heredero deudor demandado, pues sólo y exclusivamente ese derecho puede ser objeto de la anotación preventiva de embargo. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado art. 166.1.2 que se hagan constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos (art. 326 de la Ley Hipotecaria; 34, 78 y 166 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 6 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

8.3. Acumulación de la acción de liquidación de gananciales en el proceso de división de herencia

La STS 954/2005 de 14 de diciembre admite la acumulación del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial al de división de la herencia cuando, habiendo fallecido uno o los dos cónyuges entre los que existía un régimen económico de comunidad (no el de separación de bienes), se pretende judicialmente la liquidación de éste y la división de la herencia del cónyuge o cónyuges fallecidos, y existe identidad subjetiva entre las personas interesadas tanto en aquélla como en ésta. En consecuencia, además de liquidar el régimen económico matrimonial se ha de proceder a practicar la partición de la herencia de uno o de los dos finados (Resolución de 26 marzo 2014, BOE de 29 de abril).

La acumulación en modo alguno se puede considerar implícita. Por ello, no cabe extender el ámbito del procedimiento de división judicial de herencia más allá de lo establecido por el legislador, ni tampoco asimilar la función del contador designado en el seno de tal procedimiento (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex art. 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador partidario testamentario, que tiene unas funciones más amplias.

8.4. Normas de derecho internacional privado. Reenvío a la ley española

El art. 21.1 del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, dispone una norma de conflicto principal, que determina que será ley aplicable a la sucesión la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. Aplicando esta norma puede que la legislación extranjera establezca un reenvío a la ley española, lo que no es contrario a los principios de unidad y universalidad que deben presidir el fenómeno sucesorio, sobre todo cuando los inmuebles se encuentran en España y el fallecido tenía aquí su domicilio. No se produce por tanto un fraccionamiento del mismo (STS 490/2014 de 12 de enero de 2015).

Mientras el art. 12.2 del Código Civil admite sólo el reenvío de primer grado, reenvío que no es obligatorio y está vinculado al sistema previsto en el art. 9.8 del Código Civil, el art. 34 del Reglamento¹⁴ recoge de forma imperativa determinados supuestos de reenvío desde la ley de un tercer Estado de primer o segundo grado que buscan la uniformidad internacional de soluciones y la proximidad con la ley aplicable (Resolución de 4 de julio de 2016, BOE de 12 de agosto).

El Reglamento crea un certificado que surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. El certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Y que la persona que figura en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen, sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado.

Esta eficacia probatoria determina que no sea precisa la presentación adicional del testamento, base del certificado, ante el Registrador. Es decir, el propio certificado es un

¹⁴ La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.

documento autónomo que acredita quiénes son los herederos y demás circunstancias relativas a la sucesión, sin que deba presentarse además el título sucesorio extranjero en el que se basa, ya que sus extremos han quedado reflejados y «trasladados» por el fedatario o Notario extranjero competente en el certificado sucesorio. Así lo han entendido además las Resoluciones de 31 de enero de 2017 (EDD 2017/1827), 2 de febrero de 2017 (BOE de 22 de febrero), y de 1 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio).

8.5. Normas impositivas

El art. 254 de la Ley Hipotecaria establece que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir».

Para ello es preciso hacer constar los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen. También se debe identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados, aunque este extremo es un defecto subsanable.

En las herencias o donaciones, como el sujeto pasivo de la Plusvalía Municipal es siempre el adquirente (heredero o donatario), será éste el que se tenga que ocupar del pago (por autoliquidación o declaración) y el que podrá aportar el correspondiente justificante al Registro junto con la escritura para su inscripción. Cuando se trata de transmisiones por causa de muerte el plazo es de seis meses, prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo.

Si no consta la liquidación del impuesto, los documentos no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria o autorización expresa de la Administración, como establece el art. 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La cesión del impuesto de sucesiones a las Comunidades Autónomas se produjo casi de forma simultánea a la aprobación de estas normas. La cesión se produjo por vez primera a través de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, y se ha ido reproduciendo en las sucesivas leyes de financiación, la última de las cuales es la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y se modifican determinadas normas tributarias.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12) contempló el problema existente cuando son no residentes el heredero, el donatario o el causante, o se trata de la donación de inmueble sito en el extranjero. En estos casos el impuesto no está cedido a ninguna comunidad autónoma y debe pagarse al Estado, y aplicando normativa estatal, sin poder aplicar ninguna ventaja autonómica. Declara este Tribunal que la legislación estatal, al permitir tales diferencias de trato, constituye una restricción de la libre circulación de capitales, prohibida por el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

9. CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante una materia que no se ve afectada en la actualidad por una especial dedicación doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, la partición hereditaria afecta a la situación más natural y cotidiana en la vida de la persona como es el fallecimiento de quien nos transmite deudas y bienes; y de ahí su importancia.

La legislación europea ha incidido también en el terreno hereditario, aportando la creación del certificado sucesorio como un nuevo título sucesorio en nuestro derecho interno, que convive con los tradicionales: testamento y declaración de herederos, cuando el causante reside y fallece en país distinto a aquél en donde se encuentran sus bienes.

Aunque las normas impositivas y la carga del impuesto a soportar sean relevantes cuando nos enfrentamos a una transmisión de bienes *mortis causa*, desde un punto de vista

estrictamente procesal y registral la cuestión principal es determinar los elementos subjetivos y objetivos que debe reunir toda partición. Y la finalidad en esta materia es que tanto los Notarios en las escrituras públicas, como los Jueces y Letrados de la Administración de Justicia en sus resoluciones, actúen de forma homogénea y coordinada con los Registradores. Estos últimos deciden el acceso de los títulos al Registro con su calificación; pero todos ellos deben controlar con criterios comunes, que los negocios jurídicos relativos a la división y adjudicación de los bienes que deja la persona tras su fallecimiento se practiquen de forma eficaz y satisfactoria, con plena seguridad jurídica para todos.

CAPACIDAD JURÍDICA: EL HISTÓRICO PROBLEMA DE UNA CATEGORÍA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO. A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384 EN EL LIBRO DE DERECHO DE LAS PERSONAS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz

*Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo
Miembro de la Associazione di Diritto Pubblico Comparato e Europeo (Italia)*

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2018

Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2018

RESUMEN: El ser humano es un ser con libertad, lo que le permite superar la idea de ser simplemente racional. Por eso el Derecho es la libertad de cada ser humano en la sociedad.

ABSTRACT: The human being is a being with freedom, which allows him to overcome the idea of being simply rational. That is why the Law is the freedom of every human being in society.

PALABRAS CLAVE: Ser humano, libertad y Derecho.

KEYWORDS: Human, freedom, Law.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La capacidad jurídica: breve evolución histórica. 3.- La capacidad jurídica: concepción y sus modalidades. 4.- Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y modernización del ordenamiento jurídico peruano. 5.- Las modificaciones a los artículos 3, 42, 43, 44 y 45 del código civil peruano. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

¿Qué es el hombre? No es más que una nada respecto al infinito, un todo respecto a la nada, un punto medio entre la nada y el todo, infinitamente alejado de poder comprender los extremos. El fin de las cosas y sus principios le están invenciblemente escondidos en un impenetrable secreto, igualmente incapaz de ver la nada de la que es sacado y el infinito por el que es engullido.

Blas Pascal

1. INTRODUCCIÓN

La concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal¹, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, que es al mismo tiempo coexistencial y temporal, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

En este sentido, el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano pueda cumplir con su personal y propio “proyecto de vida” dentro de la sociedad, participando del bien común³. Por ello, el Derecho es, en esencia, libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona⁴.

Así, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, compele a una necesaria revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica⁵.

La libertad es el *plus*, que hace que el ser humano sea único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo⁶. Es decir, que posea en sí dignidad⁷.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo⁸. La libertad hace que el ser humano sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

La libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestra esencia espiritual y la segunda, el de su aparición en

¹ Corresponde al maestro peruano Carlos Fernández Sessarego el desarrollo en América Latina del personalismo jurídico. Entre sus trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 507.

² Entonces, “la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006, p. 112.

³ Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, p. 02.

⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 49.

⁵ Permítasenos remitir a Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 1061 y ss.

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 389.

⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, p. 508-509.

⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: *El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, p. 305 y ss.

el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

La libertad ontológica, es la que nos “*hace ser lo que somos*”: seres humanos. La libertad, como ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego⁹, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, lo convierta en un ser espiritual.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “*circunstancias*”, como enseñaba el filósofo español José Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “*fenómeno*”¹⁰, lo que se exterioriza.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza mediante los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad en el denominado “proyecto de vida”¹¹.

Otro factor importante para la visión moderna de la capacidad jurídica es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho, de raíz latinoamericana.

En la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, imperante aun en nuestra época, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal¹². Este planteamiento supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social¹³, los valores¹⁴ y las normas jurídicas¹⁵, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

No se hubiera podido elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del hombre, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. Sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y

⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, p. 871.

¹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, p. 872.

¹¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

¹² Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995, p. 26.

¹³ Para la teoría egológica del Derecho, impulsada por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, la experiencia jurídica se encuentra conformada principalmente por la realidad sociológica – conductual del ser humano: “*El Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa*”. Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 57, o “*la pura validez no es Derecho ni interesa al jurista, porque el jurista y el Derecho están en la realidad*”. Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944, p. 226.

¹⁴ De acuerdo a la corriente axiológica del Derecho, los valores inmanentes sustentaban la realidad jurídica, constituyéndose en derecho natural. Así, el filósofo griego Aristóteles (384 a.c. – 322 a.c.) expresaba que “*lo natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres pueden tomar en un sentido o en otro*”: Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950, p. 211.

¹⁵ Hans Kelsen, el egregio jurista austríaco, afirmaba que “*con la tesis de que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afirmarse sólo una tautología. Pues el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma*”: Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, p. 32.

profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional, sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

El tridimensionalismo de origen latinoamericano plantea que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que, de suyo, es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores¹⁶. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “lo jurídico”¹⁷.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante¹⁸.

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas. Y el Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi, presidente emérito de la Corte Constitucional de su país, en su clásica obra *Prima lezione di diritto*¹⁹: “el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja”, pues “la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos”²⁰. En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el también maestro Pier Giuseppe Monateri, profesor ordinario de la Universidad de Turín, “custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser”²¹.

2. LA CAPACIDAD JURÍDICA: BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el derecho romano la palabra *persona* tenía dos acepciones. En la primera, significaba ser capaz para tener derechos y deberes²². En la segunda, se aplica al rol que cada sujeto estaba destinado a representarlo, es decir, los diferentes estados que los hombres pueden tener: el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo, y los derechos y las obligaciones que de allí dimanaban, sin perjuicio de aplicar a cada uno en particular las

¹⁶ Respecto a los valores y los derechos primordiales del ser humano, ha escrito autorizada doctrina italiana, que los derechos inviolables de la persona tutelan valores no siempre y universalmente tutelados, pero se trata de valores que en el ámbito de la civilización occidental y, además, la sociedad de nuestro tiempo reconoce como esenciales y considera como “justo” tutelarlos, prescindiendo de lo prescrito por las leyes: Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, p. 14.

¹⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, p. 119 y ss.

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 708.

¹⁹ Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 22.

²⁰ Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 65.

²¹ Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, Ara editores, Lima, 2009, p. 11.

²² Para Savigny, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento: Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, p. 273.

consecuencias de cada estado. Estas diversas cualidades, estos diferentes estados, constituían, para Roma, lo que se denominaba *persona*²³.

En efecto, el Derecho en Roma dividía a las personas en esclavos y en personas libres. No obstante, la esclavitud, como enseñaba el ilustre romanista francés Joseph Elzéar Ortolan²⁴, era del derecho de gentes y no de derecho natural, debido a que los hombres no nacen ni se encuentran organizados para ser los unos la propiedad de los otros, siendo la servidumbre contraria a su naturaleza y no faltaron de proclamarlo los juristas romanos en la época en que el Derecho se hermanó con la filosofía. La esclavitud dimanaba de las costumbres y de los usos generales de las principales naciones de ese tiempo.

En la antigua Roma, las personas libres se subdividían en ciudadanos y no ciudadanos, en ingenuos y libertinos.

La división de personas en ciudadanos y no ciudadanos tenía como base la posesión o la privación del derecho de ciudadanía romana. Inicialmente, al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del derecho civil romano²⁵.

En efecto, el ciudadano romano que no estaba incapacitado por alguna causa particular gozaba de todas las prerrogativas que constituía el *jus civitatis*: participando de todas las instituciones del Derecho romano, público y privado.

Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, estaban privados de las ventajas que confería el derecho de ciudadanía romana y sólo participan de las instituciones del *jus Gentium*. Posteriormente, se concedió el derecho de ciudadano y, por ende, su capacidad de derecho a los extranjeros.

Los ingenuos eran aquellos que nacían libres y que habían nacido esclavos en derecho y goce de sus derechos. En tanto que el libertino era el que había sido liberado de una esclavitud legal, es decir, conforme al Derecho, contándose desde entonces como personas libres. Por el acto de la *manumisión* el amo confería la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre éste.

Si bien es cierto que no existió en el Derecho de la antigua Roma una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, comprendida como actitud de un sujeto a ser, ya sea activa o pasivamente, titular de relaciones jurídicas. El concepto de capacidad se especificaba y se fragmentaba en concretas relaciones, con la característica de ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo. Asimismo, el Derecho de la Roma antigua negaba, total o parcialmente, la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica²⁶. Como lo recuerda el ilustre romanista italiano Filippo Serafini, de acuerdo a los principios del Derecho bastaba ser hombre para ser persona, pero para el derecho romano el hombre como tal no es persona, sino solamente lo que es el hombre en quien la ley reconoce capacidad de derechos²⁷.

En síntesis, el derecho romano, como enseñaba el profesor mexicano Guillermo Floris Margadant²⁸, sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos, en atención con las sistematizaciones didácticas, escolares, de la jurisprudencia clásica (Gayo), éstos debían reunir, para ser considerados como personas, los siguientes tres siguientes:

²³ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Esteban de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874, p. 37.

²⁴ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, p. 39.

²⁵ Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961, p. 81.

²⁶ Jörs, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965, p. 125.

²⁷ Serafini, Filippo, *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I: *Introducción – Teoría General – Derechos Reales*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de Juan de Dios Trías, Barcelona, 1915, p. 133.

²⁸ Margadants S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge .S.A, México D.F., 1979, p. 119.

- a) Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).
- b) Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).
- c) Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad).

En tal sentido, la personalidad del sujeto, resultado de la reunión de estos tres requisitos, incluso podía comenzar un poco antes de la existencia física independiente, y terminaba algo después del fallecimiento de la persona.

En la edad media no se registraron progresos relevantes en cuanto a la capacidad jurídica, con excepción de los revolucionarios planteamientos del cristianismo en torno a la noción de persona.

Es partir del siglo XVI donde aparecen los primeros aportes, respecto a los conceptos técnico-jurídicos en torno a los términos persona, personalidad y capacidad, vinculados entre sí. Esta elaboración teórica se encontraba en estrecha relación con el *status* o la posición que la persona ocupaba en la relación jurídica. Es en este periodo que se superó la clasificación tripartita del *status* del derecho romano. Además, del *status libertatis*, *civitatis* y *familiae* apareció el *status naturalis* que era un concepto amplio, comprensivo, en que se involucran, además de estas específicas situaciones, otras que se son propias de la vida de relación de sujeto en sociedad, como el sexo, la edad, salud mental, etc.

No obstante, fue el pensamiento de carácter cristiano que acuñó el *status naturalis*, como era denominado el *status moralis*. Al formularse esta nueva perspectiva genérica de *status* el pensamiento jurídico se aproximó a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta como la posición jurídica del ser humano en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del sujeto que las normas otorgan efectos jurídicos, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes: en efecto, situaciones jurídicas subjetivas.

En la obra de Thomas Hobbes, que reviste gran valor para la ciencia jurídica, conformada por *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive* (1642, de la que deriva su gran obra el *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de Derecho, presentó la idea del concepto persona. Son todos cuerpos físicos. Puede indicarse también a su *De Homine* para el que “*homo dicitur ex quo anima carni infunditur*”, el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la “*persona est res animata et rationabilis et individua substantia*”, la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona en el ámbito del Derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. En efecto, el cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico²⁹.

En 1765, el jurista inglés William Blackstone publicó la versión definitiva del primer libro de sus *Commentaries on the Laws of England*. Este libro perteneció al tipo de comentarios de género institucionista, el que toma como modelo las *Institutiones* bizantinas con su primera materia *De Personis*, de las personas como capacidades. Conforme no sólo al género, sino al sistema todo de cariz tradicional, eso es lo que sigue significando *persona*. La problemática de Hobbes no la hace el Derecho todavía suya ni siquiera en Inglaterra para el término *persona*. La misma entrará ahora por otra vía, la de un neologismo, *individual*, individuo.

En efecto, el primer libro de los *Commentaries* de Blackstone versó acerca de las personas, pero no de *iure personarum*, del derecho sobre las personas, sino de *The Rights of Persons*, de los derechos de las personas, con una connotación de entrada que ya pudiera no ser la de capacidades. En todo caso, el término *personae* en principio no se significaba ni podía significar ser humano, sino el papel que cumplen en la sociedad, igual que lo hacen en una obra dramática, esto es la capacidad correspondiente al status político, social o familiar,

²⁹ Como bien enseña el maestro de la Universidad de Sevilla, Bartolomé Clavero, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012, pág. 63, y en: *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 73.

también llamado éste último por entonces *económico*, que recuerda el origen de la palabra “*personæ*” (la máscara utilizada en el teatro en el mundo antiguo).

A partir del capítulo segundo del libro primero, sobre los *Rights of Persons*, Blackstone se ocupó de la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular, sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: “*We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other*”. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad.

El primer capítulo de los *Rights of Persons* se ocupa de “*of the absolute rights of the individuals*”, de los derechos absolutos o fundamentales de los individuos, absolutos en el sentido de anteriores y superiores al ordenamiento u obligaciones para el mismo:

*By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it*³⁰. (“Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada”).

En efecto, el concepto absoluto de derecho genera el nuevo sujeto del *individual*, el individuo, *every man*, todo hombre, a cuya *persona* corresponden los derechos de tal condición. *Person* sigue refiriéndose a la capacidad de contar con derechos absolutos y relativos, conforme al ordenamiento jurídico:

*The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons; relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other*³¹. (“Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros”).

Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Este es el lenguaje dado y el orden establecido. El referido alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas “*is the more popular acceptance of rights or jura*”, es la acepción más extendida de las expresiones de *rights* o *iura*³².

La concepción de Blackstone respecto a *persona* parte del filósofo romano Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio. En efecto, “*naturae rationalis individua substantia*” del filósofo antiguo en inglés quiere decir: “the individual substance of a rational nature” o, si ya no se singulariza en la hipóstasis del cristianismo, “*an individual substance of a rational nature*”, el hombre entonces, el *individual*, el individuo. Según todos los indicios, el término aparece en inglés antes de pasar a otras lenguas y procede directamente de la definición de Boecio. Frente a lo que resulta usual, el adjetivo para *individual* no deriva en inglés del sustantivo, sino al contrario, el sustantivo para *individuo* procede directamente del adjetivo *individual*, que se remota a la definición de Boecio.

En tal sentido, el *individual* constituye una clase singular de *person*, la absoluta, que puede además asumir otras *Persons*. Abundan quienes sólo pueden ser *persons* en este otro sentido, el tradicional, y no tienen acceso a la condición de *individual*. En efecto, el *individuo* como sujeto de derecho no sustituyó a *persona* como capacidad jurídica, sino se situó en su mismo escenario. Entonces, Individuo es una persona cualificada entre las

³⁰ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893, pág. 122.

³¹ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, p. 122.

³² Bartolomé Clavero, *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, p. 96.

personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma cualificada de *persona*.

Posteriormente, con la decadencia del iluminismo y su influencia en el pensamiento jurídico coincidió históricamente con el surgimiento en la ciencia jurídica del concepto de capacidad jurídica. Como indica el Maestro Fernández Sessarego³³, el jusfilósofo italiano Angelo Falzea atribuye al jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), ser el primer jurista en utilizar la expresión “capacidad jurídica” en 1803.

El maestro italiano Pasquale Stanzone³⁴ enseña que si se considera al *status* una noción sumamente genérica, por la cual con éste término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es complicado arribar a la conclusión que el Estado determina la actitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos.

También enseña el Maestro de la Universidad de Salerno³⁵, que ambos conceptos fueron advertidos por la doctrina francesa, la cual no dudaba en concluir esta relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*, ya sea que se comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal –es decir, comprendiéndola como capacidad jurídica general o de goce– y como capacidad de ejercicio.

En efecto, en el artículo 7º del título I del *Livre premier* del Code Civil³⁶ se establece que el ejercicio de los derechos civiles es independiente del ejercicio de los derechos políticos, los cuales se adquieren y conservan conforme a las leyes constitucionales y electorales.

Asimismo, el artículo 8º del *Code* prescribe que todo francés goza de los derechos civiles.

En la doctrina clásica francesa, Gabriel Braudry-Lacantinerie³⁷ sostenía que la capacidad jurídica es la aptitud para gozar o para ejercer un derecho. El defecto de la capacidad constituye la denominada incapacidad.

Anotaba el jurista francés que gozar de un derecho es consustancial a ser titular del mismo, siendo que ser privado del goce de un derecho, equivaldría, por lo tanto, no ser titular del mismo.

En esta línea de pensamiento, el ejercicio de un derecho, es la puesta en marcha de ese derecho. Es el resultado de los actos por los cuales el goce del derecho se manifiesta exteriormente. El sujeto de derecho no puede tener y ejercer un derecho sin poseer el disfrute del mismo.

A raíz de su ámbito de aplicación, para Braudry-Lacantinerie³⁸, la capacidad o discapacidad son generales o especiales. Las personas con discapacidad general no pueden ejercer los derechos, salvo las excepciones contempladas por la ley. La incapacidad especial es cuando se conserva la capacidad de adquirir o ejercer o gozar los derechos.

Importante fue también el planteamiento de René Demogue, tan conocido en el derecho continental por formular la distinción entre las obligaciones en medios y resultados³⁹, que

³³ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), p. 324.

³⁴ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, p. 23.

³⁵ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 24.

³⁶ *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 07.

³⁷ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905, p. 92.

³⁸ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, tomo premier, p. 93.

³⁹ En efecto, Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 538 y ss., formuló la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados: “La obligación del deudor no será siempre de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios”. En la doctrina nacional, nos informan sobre la influencia de estas ideas, los profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011, p. 128.

consideraba que la capacidad es la actitud de poseer y ejercitar los derechos. Para el profesor de la Universidad de París, la teoría de la incapacidad es esencialmente individualista en su fundamento, aunque tendería a garantizar el interés social de la protección de los sujetos débiles⁴⁰.

Otro egregio maestro del derecho francés, Henri Capitant⁴¹, consideraba que la capacidad jurídica es la aptitud de ejercer los derechos y hacerlos valer. Esta concepción de la capacidad, enseñaba Capitant, tiene dos elementos distintos y consecutivos⁴². Uno es la adquisición de los derechos, su goce, la otra faz es hacer valer los derechos, utilizarlos, cederlos, transmitirlos a terceros, en una palabra, ejercitarlos.

Entonces, Capitant estableció dos tipos de capacidad, o más bien, dos grados de ella: la capacidad de goce y la de ejercicio.

Para el maestro galo, la capacidad de ejercicio supone necesariamente el disfrute de la de goce, debido a que ejercer un derecho, significa ser capaz de ejercerlo. Para Capitant, el goce es concebible sin la capacidad de ejercicio. El que tiene el goce de un derecho, puede ejercitarlo o no.

Concluye Capitant que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción⁴³.

Para Louis Josserand, que fue ilustre Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon y Consejero de la Corte de Casación francesa, en su clásico *Derecho Civil*⁴⁴, sostiene que la *capacidad* es una palabra de doble sentido, lo que mismo que *incapacidad*, su contraria: algunas veces se designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, y, por ende, se trata de una capacidad o de una incapacidad de goce (denominada equivocadamente para el jurista lionés); otras veces, y con mayor asiduidad, se trata sólo de la aptitud o falta de ella para *ejercer* los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de un *incapacidad de ejercicio*.

Para el maestro Josserand, la incapacidad de goce implica la incapacidad de ejercicio o la hace más bien inútil e inconcebible, debido a una persona no podría ejercer derechos que no le corresponden. En este sentido, la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente⁴⁵.

Décadas después, el *doyen* Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones⁴⁶. La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el *doyen*, la incapacidad de goce es la inaptitud de ser sujeto de derechos y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.

En la experiencia alemana, el Código Civil o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en la sección primera, título 1 dedicado a las personas naturales, consumidor y el empresario, en el parágrafo 1 establece que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento del sujeto⁴⁷.

⁴⁰ Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, Sources des Obligations (Suite et fin), tome II, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, p. 375.

⁴¹ Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925, p. 178.

⁴² Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 179.

⁴³ Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, p. 184.

⁴⁴ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952, p. 262.

⁴⁵ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, p. 263.

⁴⁶ Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965, p. 636.

⁴⁷ *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 35.

El párrafo 8 del BGB establece, en cuanto al domicilio de los no plenamente capaces de obrar: (1) quien es incapaz de obrar o tiene limitada la capacidad de obrar no puede establecer ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representación legal; (2) un menor de edad casado o que ha estado casado puede autónomamente establecer y suprimir un domicilio.

Doctrina jurídica germana ha establecido que la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento. La personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivale a la *capacidad jurídica*⁴⁸.

Apunta el egregio Ludwig Enneccerus que la capacidad jurídica no se debe confundir con la capacidad de obrar, es decir la capacidad de negociar y la capacidad de imputación – capacidad delictual, o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Asimismo, enseñaba el Maestro de la Universidad de Marburgo, que jurídicamente capaces (personas) son los hombres y, además, ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesias, Municipios, determinadas asociaciones, fundaciones, etc.) que se contraponen bajo la denominación de personas jurídicas a los hombres, como personas naturales, indicando que la capacidad jurídica de las personas descansa también en el ordenamiento jurídico⁴⁹.

Para la doctrina alemana, la capacidad jurídica del hombre termina con el fallecimiento de la persona. La transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regula por el derecho de sucesiones⁵⁰.

Otro modelo importante, el italiano, dispone en su libro primero dedicado a las personas y a la familia, en el título I de las personas físicas que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento⁵¹.

Cabe indicar también que, dentro del contexto del fascismo, el tercer párrafo del citado artículo primero se había establecido limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas, calificadas acertadamente por el Maestro y notable historiador del Derecho, Paolo Grossi, como aberrante⁵². En efecto, Dino Grandi, Ministro Guardasellos en la promulgación del código italiano, expresaba sobre esta norma que “*pareció conveniente, en armonía con las directivas raciales del régimen (fascista), colocar en el tercer párrafo del artículo 1º una disposición con la cual se remite a las leyes especiales por cuanto concierne a las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas. Además, la fórmula utilizada en el texto contiene una afirmación positiva, en cuanto establece el principio que la pertenencia a determinadas razas puede influir en la esfera de la capacidad jurídica de las personas*”⁵³.

Por otro lado, el código civil italiano de 1942, a diferencia de código de 1865, no exige ya el requisito de la vitalidad, es decir, la idoneidad del sujeto a permanecer con vida⁵⁴.

Asimismo, en el artículo segundo del *Codice* se dispone que la mayoría de edad está fijada al cumplirse los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos por los cuales no se haya establecido una edad diversa.

⁴⁸ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, p. 318.

⁴⁹ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 318.

⁵⁰ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, p. 323.

⁵¹ *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 133.

⁵² Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 22.

⁵³ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione di Guido Alpa e Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Libreria dello Stato, Roma, 2010, p. 17.

⁵⁴ Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003, p. 44.

Doctrina clásica italiana manifestaba que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho se encuentra constituido para su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de tal forma que no es posible concebir seres humanos que no se encuentren dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, que se adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte⁵⁵. Asimismo, la clásica doctrina expresaba que la capacidad jurídica se distinguía en capacidad de derechos, propiamente dicha, y la capacidad de obrar. Aquélla consistía en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones de existencia, en tanto la segunda implica la capacidad de querer. Por ello, todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos, en tanto que la capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas⁵⁶.

La actual doctrina itálica sostiene que la capacidad jurídica es la idoneidad de ser sujeto de derechos y obligaciones⁵⁷, idoneidad tanto para la persona física y la persona jurídica o entes dotados de personalidad⁵⁸, para las primeras se adquiere automáticamente con el nacimiento y se extingue con la muerte, para las segundas se adquiere con el reconocimiento⁵⁹.

Para el recordado profesor emérito de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano, la capacidad jurídica es la actitud del ser humano de ser titular de derechos y deberes, siendo la categoría equivalente a subjetividad y personalidad jurídica⁶⁰. Por su parte, Cesare Massimo Bianca, profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, considera que la capacidad jurídica es la idoneidad del sujeto de ser titular de posiciones jurídicas⁶¹.

De esta forma, la capacidad jurídica resulta así connatural a la naturaleza misma del hombre, presentándose casi como un instituto del derecho natural⁶². En esta perspectiva, la capacidad jurídica sería inevitablemente connatural al hecho mismo de la existencia del sujeto⁶³.

En efecto, como lo ha anotado una de las más valiosas mentes del pensamiento jurídico italiano⁶⁴, la noción de capacidad jurídica reviste un innegable valor moral, expresando el definitivo repudio de discriminaciones conocidas en otras épocas históricas (como la esclavitud y la muerte civil), y se comprende el esfuerzo legislativo de remover, más allá de las persistentes disparidades de carácter formal, las desigualdades que de hecho inciden sobre la proclamada idoneidad a adquirir derechos y deberes.

Con la ley n° 6 del 09 de enero del 2004 se ha instituido en Italia la administración de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que se distingue de las clásicas formas de tutela a los sujetos

⁵⁵ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 99-100.

⁵⁶ Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, pp. 157-158.

⁵⁷ Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 134.

⁵⁸ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G. Giappichelli Editore, Turín, 2016, p. 59.

⁵⁹ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sesta edizione, Cedam, Padua, 2009, p. 189.

⁶⁰ Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, diciassettesima edizione, con 7 tavole di diritto comparato, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

⁶¹ Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile I: La norma giuridica – I soggetti*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2002, p. 213.

⁶² También notable doctrina española ha afirmado que la aptitud de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas recibe el nombre de capacidad jurídica. Se trata de una cualidad que la persona posee por el mero hecho de serla. No puede decirse que el Derecho se la otorga, sino que se la reconoce: De Ángel Yáguez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3° ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 245.

⁶³ Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, quarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006, p. 97.

⁶⁴ Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121.

débiles por orientarse a la persona, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o en parte de autonomía. Esta nueva figura se agrega a las del tutor y curador, reguladas en la codificación civil de forma más rígida, y ha sido pensada para responder en modo diversificado a las necesidades de las personas “*privadas en todo o en parte de autonomía de las funciones de la vida cotidiana mediante intervenciones de sostén temporal o permanente*” (según establece el primer artículo de la referida ley). La administración de apoyo se configura en modo flexible: puede ser instituida por sustitución o agregada a otras medidas, temporal o permanentemente, a favor de un sujeto que mantiene su capacidad de ejercicio, pero puede encontrarse en dificultad o imposibilidad, incluso temporal, para cumplir determinados actos. Las modalidades con la cual actúa su flexibilidad permiten una personalización de la intervención y se disponen por decisión del juez tutelar⁶⁵.

La finalidad legislativa de esta norma, como se ha anotado, es proteger a las personas no idóneas para el cuidado de sus propios intereses. En efecto, no se trata de personas “inexpertas”, sino más bien de personas que sufren dificultades en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana y se encuentra en ese estado, temporal o permanentemente⁶⁶. El nombramiento de un administrador de apoyo puede ser requerida para beneficio de una persona como consecuencia de una enfermedad o y una disminución física o psíquica que encuentra imposibilidad incluso parcial o temporal de proveerse cuidado⁶⁷.

En relación al carácter de la intervención pueden presentarse diversa casuística, como en el campo sanitario respecto al consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas o terapéuticas o en el caso de diversos grados de reducción de la capacidad de ejercicio del sujeto, teniendo en cuenta de la posible evolución de la limitación misma.

Importante también es la experiencia jurídica japonesa, respecto al régimen de asistencia y la tutela de los sujetos con capacidad jurídica de ejercicio limitada.

Con la Ley N° 149, promulgada el 08 de diciembre de 1999, se modificó el código civil japonés de 1898, instituyendo la figura jurídica de la “asistencia”, que constituye la más importante novedad de la reforma de 1999⁶⁸, como institución jurídica amplia, debido a que pueda nombrarse un asistente a toda persona que no tenga tutor o curador, constituyendo, junto al contrato de tutela voluntaria introducida por la Ley 150 del 08 de diciembre de 1999, una importante medida jurídica para resolver el problema social de envejecimiento de la población japonesa, a causa, entre otros, de la baja tasa de nacimientos y del aumento de la esperanza de vida.

Asimismo, la reforma de 1999 condujo al legislador japonés a suprimir el antiguo concepto de “*incapacitado*” por estimarlo, como señala el catedrático de la Universidad de Navarra Rafael Domingo Oslé⁶⁹, con connotaciones negativas, instituyéndose la figura jurídica de la “*asistencia*”. Así en el Título VI: *De la curatela y de la asistencia* dentro del Libro Cuarto dedicado al derecho de familia, en su capítulo II *De la Asistencia*, el artículo 876-6 dispone que la asistencia se constituye mediante resolución judicial, como lo establece también el artículo 15 del código civil nipón. Respecto al nombramiento de asistente y asistente extraordinario, el artículo 876-7 establece que el juzgado de familia dictará la resolución de constitución de asistencia, nombrando de oficio un asistente. En el supuesto en que el asistente o la persona que lo represente tuvieran intereses opuestos al sometido a asistencia, aquel deberá solicitar al juzgado de familia el nombramiento de un asistente extraordinario que vele por los intereses del asistido, a no ser que ya hubiere nombrado un proasistente. Al respecto, el artículo 876-8 prescribe que si lo estima necesario, el juez de

⁶⁵ Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di Francesca Vitolo e Luca Marchi, Bologna, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006, p. 15.

⁶⁶ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, p. 202.

⁶⁷ Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, quarantesima ottava edizione, a cura di Giuseppe Trabucchi, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017, p. 305.

⁶⁸ 民法 Código Civil Japonés, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barbarán y Rafael Domingo, con la colaboración de Nobuo Hayashi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 439.

⁶⁹ Domingo Oslé, Rafael, *Estudio Preliminar*, en: 民法 Código Civil Japonés, edición bilingüe, p. 52.

familia puede, de oficio o a instancia del sometido a la asistencia, de sus familiares o de su asistente, nombrar a un proasistente.

El código civil japonés reformado, en su artículo 876-9 dispone también que el juzgado de familia pueda dictar resolución confiriendo la representación del que se hallare sometido a asistencia para llevar a cabo determinados actos jurídicos en atención al interés de la persona asistida.

3. LA CAPACIDAD JURÍDICA: CONCEPCIÓN Y SUS MODALIDADES

Desde una visión moderna de la concepción del ser humano, y considerando a la ciencia jurídica desde la teoría tridimensional de Derecho, nos permite concebir los auténticos alcances de la denominada “capacidad jurídica”, entendida en su amplia acepción, así como evidenciar lo inadecuado de asumir una posición dualista, asumida por gran parte de la doctrina jurídica, al señalar que ésta tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la de ejercicio. Como ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, la capacidad genérica o de goce es inherente al ser humano⁷⁰. Ésta es la potencialidad o posibilidad propias de la libertad en que consiste y fundamenta al ser humano, para volcarse en actos, en conductas intersubjetivas.

En efecto, la capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Ésta no se restringe o elimina por norma jurídica, solamente desaparece con la muerte del ser humano. Ninguna ley puede limitar las decisiones del fuero interno del sujeto del derecho⁷¹. Ninguna norma puede restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de los derechos naturales al ser humano. Todos los seres humanos son igualmente libres, ergo todos son igualmente capaces. No es posible referirnos a la semilibertad, como tampoco es imaginable una semicapacidad⁷².

Entonces, si la denominada capacidad genérica o de goce se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico. Por ello, aludir a ella se presenta de todo jurídicamente irrelevante. La capacidad de goce es efecto del reconocimiento del Derecho, de la existencia de condiciones por las que un ser es idóneo de tener intereses dignos de tutela⁷³. Ciertamente, la capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquel otro tipo de capacidad, que concierne al derecho positivo, que los juristas denominan como capacidad de ejercicio, de hecho, o de obrar.

La capacidad genérica o de goce al ser inherente del ser humano, no es posible pretenderla limitar o restringirla normativamente. La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto, por el hecho de serlo⁷⁴. Esta capacidad representa o significa la potencialidad misma de la libertad para transformarse en acto, en comportamientos humanos intersubjetivos, para fenomenalizarse. En tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación o aparición en el mundo que, si es posible restringirla, limitarla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, el Derecho debe centrarse en esta capacidad.

En este orden de ideas, entendemos la importancia de desarrollar lo concerniente a la capacidad de ejercicio, de hecho, o de obrar, la cual, está relacionada con la competencia o idoneidad que se tiene para actuar y mediante esta se permiten crear, regular, modificar o

⁷⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 354.

⁷¹ Como ha anotado el ilustre historiador del Derecho, el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, la expresión “sujeto del (o de) Derecho” es técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a aquellos entes que solo a los cuales sea posible imputar derechos y obligaciones o relaciones jurídicas en terminología también de nuestra época: Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012, p. 01.

⁷² Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 808.

⁷³ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 807.

⁷⁴ Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6º ed., Grijley, Lima, 2012, p. 881.

extinguir actos jurídicos.⁷⁵ Es la aptitud del sujeto de derecho para dar vida a las diversas relaciones jurídicas que le afectan, esto es, el momento dinámico de la capacidad⁷⁶.

La capacidad de ejercicio, según nuestra normativa vigente, puede adquirirse de diferentes maneras, la primera, general, es la referida a la edad, por la cual una persona al cumplir la mayoría, en Perú a los 18 años, es considerada una persona que tiene la facultad de disponer libremente de su persona y bienes. Respecto a esto, indica el profesor Carlos Fernández Sessarego, que de acuerdo a la realidad social, a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento⁷⁷.

La segunda, son las formas especiales de adquirir la capacidad de ejercicio, en este punto tenemos el caso de las personas mayores de 14 años y menores de 18 años que contraen matrimonio o adquieren un título oficial que los autoriza a ejercer una profesión u oficio. Sobre este punto, Enrique Varsi Rospigliosi señala que la cesación de incapacidad antes de la mayoría se produce con la emancipación, por la cual el menor se libera de la patria potestad o de la tutela adquiriendo capacidad plena⁷⁸.

Fernández Sessarego señala que, el matrimonio supone un determinado grado de responsabilidad y cierta autonomía económica, ello es fundamento suficiente para que los cónyuges adquieran la plena capacidad de ejercicio por mandato de la ley. Del mismo modo, respecto a la obtención del título oficial que habilite al mayor de dieciséis años a ejercer una profesión u oficio es también indudable síntoma de responsabilidad y madurez, circunstancia que justifica el que no continúe la situación de dependencia y subordinación que comporta la patria potestad⁷⁹.

Por otro lado, tenemos el caso de adquisición de la capacidad de ejercicio por nacimiento del hijo o hija; sin embargo, cabe señalar que este tipo de capacidad solo permite el ejercicio de ciertos actos, los cuales obran taxativamente enumerados en el artículo 46 del Código Civil. A lo que Varsi Rospigliosi denomina “pseudocapacidad”, la persona no adquiere capacidad de ejercicio plena, solo adquiere una capacidad para algunos casos, una forma de semicapacidad.

4. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MODERNIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Fuera de los límites nacionales, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, como documento supranacional de las Naciones Unidas, tiene como finalidad la protección, promoción y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los seres humanos y de las libertades fundamentales para las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su inherente dignidad.

El citado documento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que marca un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto a la protección jurídica de las personas con discapacidad.

Los Estados Partes en la Convención se encuentran compelidos a promover y proteger el pleno disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidades, garantizando el goce pleno de igualdad ante la ley.

Para la Convención, las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras

⁷⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 819.

⁷⁶ Pazos Hayashida, Javier, *La capacidad de la persona jurídica, apuntes indiciarios*, en: Revista Ius Et Veritas, número 31, Lima, 2005, p. 4.

⁷⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, p.164.

⁷⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, p. 824.

⁷⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, p.312.

diversas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la comunidad, en igual de condiciones con los otros sujetos.

Asimismo, este instrumento internacional obliga a los Estados a comprometerse a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, por lo que deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de toda índole, modificación o derogación de leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, entre otros.

En aplicación del principio de no discriminación y el de igualdad, los Estados reconocen que las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna.

De este modo, los Estados Partes deben prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal efectiva e igual contra la discriminación por cualquier motivo.

La Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad fue aprobada por el Congreso de la República del Perú, mediante Resolución Legislativa N° 29127 de fecha 30 de octubre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 01 de noviembre de 2007; asimismo fue ratificada por el Presidente de la República, mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE de fecha 30 de diciembre de 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 2007.

Dicha aprobación y ratificación dio pase a que se promulgue la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 del 13 de diciembre de 2012, así como su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP.

Este cuerpo normativo tiene por finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. De esta manera, se dio inicio a la adaptación de nuestra legislación nacional a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En el caso particular de la capacidad jurídica, tenemos que resaltar lo vertido en el artículo 9 de la mencionada Ley que señala lo siguiente:

“Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

9.2 El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.”

En concordancia con ello, el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 29973, señala lo siguiente:

“Artículo 8.- Capacidad jurídica de la persona con discapacidad

La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y la ejerce accediendo a sistemas de apoyo y ajustes razonables que requiera en la toma de decisiones, conforme a lo establecido en los numerales 9.1 y 9.2 del artículo 9 de la Ley y las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la materia.”

De esta manera, nos alejamos del sistema tradicional que tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, hacia un modelo basado en la dignidad intrínseca de

todas las personas, en el que se basa la Convención, la cual aboga por un modelo de “apoyo” de la voluntad de las personas discapacitadas.⁸⁰

Este marco jurídico que nos plantea la Ley General de la persona con discapacidad y su reglamento, debe ser inspirador para continuar la reforma legislativa respecto al tratamiento jurídico de la discapacidad en el Perú, teniendo en cuenta que la principal transcendencia de la Convención, no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principio de la ONU. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, por ende, ante una simple declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.⁸¹

A propósito de ello, casi seis años después, en el marco de la adaptación de nuestra legislación nacional a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se aprueba el 03 de septiembre de 2018 el Decreto Legislativo N° 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el cual modifica los artículos 3, 42, 44, 45, 140, 141, 221, 226, 241, 243, 389, 466, 564, 566, 583, 585, 589, 606, 613, 687, 696, 697, 808, 987, 1252, 1358, 1994 y 2030 del Código Civil. En esta ocasión, abordaremos el estudio de los artículos correspondientes al Libro Primero del Código Civil peruano dedicado al derecho de las personas.

5. LAS MODIFICACIONES A LOS ARTÍCULOS 3, 42, 43, 44 Y 45 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

➤ Artículo 3

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
Artículo 3.- Capacidad de goce Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.	Artículo 3.- Capacidad jurídica Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Se advierte un cambio acentuado en lo que pretende regular este artículo, el cual inicialmente se encontraba orientado únicamente a la capacidad de goce, que como hemos anotado líneas arriba, es irrelevante su tratamiento, dado que esta capacidad se encuentra dentro de las personas, en su núcleo existencial, por lo que no tiene sentido que sea regulada por el ordenamiento jurídico.

La reciente modificatoria introduce un aspecto importante de la capacidad jurídica que es la regulación expresa de la capacidad de ejercicio. Lo cual consideramos sumamente importante, dado que se parte de la premisa general de que todas las personas tienen capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos. Por otro lado que, en caso de restricciones, entiéndase a la capacidad de ejercicio, solo puedan ser determinadas por ley.

80 Vivas Tesón, Inmaculada, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos. Hacia la despatrimonialización de la discapacidad*, en: Revista de Derecho UNED, número 7, Madrid, 2010, p. 565.

81 *Ídem*.

Definitivamente, la precisión que incorpora este artículo respecto a las personas con discapacidad, demuestra que nuestra normativa nacional viene asumiendo sistemáticamente que es necesario que su centro gire en torno a la persona y no a solo a su patrimonio. Colocar a la persona en el centro del ordenamiento jurídico, regular de manera acertada su debida protección y su rol en la sociedad. Vemos pues, que nuestra legislación viene adaptándose al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad y la igualdad.⁸²

➤ **Artículo 42**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
Artículo 42.- Capacidad de ejercicio Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.	Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Con la nueva redacción del artículo 43, se establece la mayoría para adquirir la capacidad de ejercicio, en comparación a la inicialmente contenida en su redacción precedente. Nuevamente se advierte que el artículo incorpora expresamente a las personas con discapacidad haciendo clara mención de su plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones.

Asimismo, se incorpora los términos “ajustes razonables” o “apoyos” para la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, en concordancia con lo vertido en el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley N° 29973 que establece que *“La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.”*

Respecto al primer término “ajustes razonables”, corresponde hacer mención al penúltimo párrafo del artículo 2 de la Convención, el cual concuerda con la definición adoptada en el numeral 3.2. del artículo 3 del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, que prescribe lo siguiente:

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

De esta manera, se parte de la premisa de que existe una obligación del Estado de garantizar la accesibilidad para alcanzar la igualdad en el ejercicio de los derechos de las

⁸² Vivas-Tesón, Inmaculada, *Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad*, en: Revista *Pensar*, volumen 20, número 3, Fortaleza, 2015, p. 835.

personas con discapacidad; sin embargo, en caso no se logre ello, dada la amplitud de tipos de discapacidad, es necesario proceder con soluciones más concretas e individualizadas en cada caso. He aquí donde adquiere suma importancia la aplicación de los ajustes razonables, los cuales deberán aplicarse en todos los procedimientos en que deban incurrir las personas con discapacidad, con la finalidad de asegurar el efectivo ejercicio de sus derechos.

La citada aplicación de ajustes razonables, debe ser garantizada por el Estado a través de sus diferentes organismos. Asimismo, de ser el caso, se podría llegar a la aplicación de sanciones hacia aquellas instituciones del sector público o privado que, dentro de alguno de sus procedimientos, nieguen tales ajustes o pretendan imponer procedimientos que vulneren el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Es necesario precisar que si estamos frente a un caso donde se deniegue la aplicación de ajustes razonables, será considerado como un acto de discriminación, ello en concordancia con lo establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley N° 29973, que dispone que *“es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables”* (negrita nuestra).

En materia laboral el Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 50 de la Ley General de la Persona con discapacidad, aprobada por Ley N° 29973, precisando los tipos de ajustes a aplicarse en los procesos de selección, estableciendo que *“50.2. Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad”* (negrita nuestra).

De la parte final del numeral arriba señalado, se advierte nuevamente que la aplicación de los ajustes razonables dependerá de cada caso concreto en que se requiera.

Sobre la razonabilidad de los ajustes, la Convención únicamente señala que éstos, *“(…) no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular (…)”*. En ese sentido, no sería posible atribuir una fórmula general para decidir cuándo es proporcional un ajuste y cuándo no, toda vez que ello dependerá de las particularidades y exigencias que se deban aplicar a cada caso concreto, por lo que se deberá tomar en cuenta la equidad y la proporcionalidad.

Dicho límite también lo encontramos regulado en el numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley N° 29973, recientemente modificado mediante Decreto Legislativo 1417, el cual prescribe que *“Los empleadores del sector público y privado están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se aplican en el sector público y en el privado.”*

Por otro lado, tenemos la figura de los “apoyos”, al respecto podemos definirla como “asistencia”, “colaboración”, “acompañamiento”, “refuerzo”, “guía”, “auxilio” (así: “asistente de apoyo”, “colaborador de apoyo”, “acompañante de apoyo”, “refuerzo de apoyo”, “guía de apoyo”, “auxiliar de apoyo”) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica. El término “apoyo” sí es muy adecuado, además de ser el utilizado por la Convención de la ONU, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí solo. Responde, por tanto, a la finalidad la

visión terapéutica o estimuladora, propia del modelo social de la tutela jurídica de este sector de la población⁸³.

De acuerdo a la incorporación realizada con el artículo 659-B, nuestro código Civil define a los apoyos como *“formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.”*

El Decreto Legislativo N° 1417, introduce la modificatoria del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, en cuyo numeral 4.2. define a los “apoyos” como: *“Aquella persona natural que facilita el cobro de la pensión, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas referidas en el numeral 4.1. Dicha persona presta su apoyo en la manifestación de la voluntad de la persona adulta mayor, que incluye la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo; y la administración del dinero recibido.”*

La modificación del artículo 42 también trae consigo una excepción, respecto a las formas especiales de la capacidad de ejercicio, para los casos de mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o ejerciten la paternidad. Se advierte, por ende, una derogación tácita del artículo 46 del Código Civil, que regulaba estas dos situaciones, entendiéndose que el mencionado artículo quedará vigente únicamente para el caso del mayor de dieciséis años en caso obtenga un título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio. Del mismo modo, al haberse modificado la edad para adquirir la capacidad de ejercicio por matrimonio a catorce años, se entiende modificado el inciso 1 del artículo 241 del mismo cuerpo de leyes.

Vemos pues, que el legislador no advirtió estas modificaciones como consecuencia de la nueva redacción del artículo 42; sin embargo, es importante reconocerlo y oficializarlo expresamente.

➤ Artículo 43

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
Artículo 43.- Incapaces absolutos Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3.- Derogado.	Artículo 43.- Incapacidad absoluta: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Derogado. 3.- Derogado.

El reconocimiento de la subjetividad jurídica implica el reconocimiento de la capacidad jurídica, esto es la posibilidad de ser titular de derechos y deberes.

El actual planteamiento de la protección jurídica de la persona tiende a la eliminación de la expresión *“incapacidad jurídica”*, ello en virtud de lo establecido por el modelo social de la discapacidad dispuesto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, que ya hemos tratado.

⁸³ Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.

En efecto, la situación se refiere a personas que no han cumplido determinada edad, que sufren trastornos mentales o que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable.

En el artículo, se establece que podrán ser considerados como sujetos de capacidad de ejercicio restringida los menores de 18 años, salvo para los actos determinados por el ordenamiento jurídico.

Es correcto referirse a estas personas como aquellos cuya capacidad de ejercicio se encuentra “restringida”, en diversos grados, medida e intensidad, por alguna causa. Esta expresión describe, con mayor apego a la realidad, la situación de los sujetos a que se hace referencia en el artículo 43 del Código Civil.

En la experiencia jurídica comparada se puede encontrar antecedentes en el artículo 21 del Código Civil ruso, así como en el artículo 26 de Código Civil y comercial argentino y en el artículo 5 del Código Civil japonés.

➤ **Artículo 44**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
Artículo 44.- Incapacidad relativa Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Derogado. 3.- Derogado. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

➤ **Disposiciones complementarias aplicables a los numerales 6 y 7 del artículo 44**

Tercera.- Apoyo y salvaguardias para las personas contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil Las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Se advierte que la nueva redacción del artículo está orientada a los grados de la capacidad, y se aleja de la antigua concepción que giraba en todo a la incapacidad y sus grados. Se

parte de la noción general que todas las personas son capaces al adquirir la mayoría o a través de las formas especiales.

Se derogan los numerales 2 y 3, referidos a los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Asimismo, se añade el numeral 9, referido a las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Cabe señalar que la tercera Disposición Complementaria, regula la figura de apoyos y salvaguardas para los casos contemplados en los numerales 6 y 7 del presente artículo, advirtiendo que frente al modelo jurídico de la "guarda total", en el cual el representante legal sustituye al "incapaz" en todos los actos jurídicamente relevantes, surge el de la "asistencia", en el cual se nombra, por disposición voluntaria o través de una resolución judicial según el caso, un asistente o apoyo que intervendrá en actos precisos.

La norma ha eliminado la incorrecta expresión de "incapaz", impidiendo que sea marginado y permitir que éste se relacione, respetando sus diferencias, dentro de su entorno social. Se han suprimido las clasificaciones específicas de retardados mentales, deterioro mental, mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía.

Este modelo ha sido acogido en el artículo 404 y siguientes del Código Civil italiano, así como en el artículo 226-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña. También en la Ley N 136/83 sobre representación para personas disminuidas de Austria, y en el parágrafo 1896 y siguientes del Código Civil alemán.

➤ **Artículo 45**

Texto del Código Civil de 1984	Decreto Legislativo N° 1384
Artículo 45.- Representación legal de los incapaces Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.	Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección Artículo 45- A.- Representantes Legales Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela. Artículo 45-B- Designación de apoyos y salvaguardias Pueden designar apoyos y salvaguardias: 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente. 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán

	contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente. 3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado. 4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código Artículo 659–E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

El presente artículo trae consigo una modificación trascendental, esto es, elimina la figura de la representación legal en cuanto a las personas con discapacidad, figura que tenía por finalidad sustituir a la persona mal denominada “incapaz”, con el objeto de ejercer sus derechos civiles, esto es, netamente referido a la disposición de su patrimonio. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y

protección, poniendo todo el énfasis en la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados, no sólo en sus bienes.⁸⁴

Con la modificatoria del referido artículo pasamos a una redacción orientada a la elección de los apoyos y aplicación de los ajustes razonables, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cabe señalar que la figura de la representación legal se mantiene vigente para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44, conforme lo señala el añadido artículo 45-A. Las reglas relativas a la patria potestad son materia del Libro III de la Sección Tercera del Libro sobre Derecho de Familia, mientras que aquellas que conciernen a la tutela y la curatela están contenidas en el Título Segundo de la Sección Cuarta del citado Libro.

En el agregado artículo 45-B, nos describe las formas para la designación de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad, señalando la primera en los casos en que las personas con discapacidad puedan manifestar su voluntad, podrán hacerlo judicial o notarialmente, cabe señalar que este procedimiento ha sido agregado en el numeral 13 del artículo 749 de nuestro Código Procesal Civil, tramitándose como un procedimiento no contencioso. Es necesario resaltar que el numeral incorporado solo se refiere al proceso de designación de apoyos, mas no de salvaguardias.

Apreciamos que la solicitud de salvaguardias, viene a ser regulada en el incorporado artículo 841 del Código Procesal Civil, el cual señala que *“Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se tramitan ante el juez competente o notario”*.

Por otro lado, tenemos el segundo caso, cuando se trate de personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, en este caso el artículo agregado nos exige que la designación se realice judicialmente, cabe señalar, dentro del proceso no contencioso, en concordancia con el Código Procesal Civil antes citado. Encontramos razón a esta distinción, en tanto que, judicialmente puede desarrollarse una mayor actividad probatoria, considerando la vulnerabilidad de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad, con la finalidad de que la designación que estos realicen revele realmente sus deseos de elegir a una determinada persona. El artículo 659-E incluye en esta forma de designación judicial, a las personas que se encuentran en estado de coma y no hayan designado un apoyo con anterioridad, lo cual entendemos va por el camino de la actividad probatoria a desarrollarse en el plano judicial, por otro lado que, el referido artículo confiere ciertas obligaciones a los jueces con la finalidad de salvaguardar la correcta designación del apoyo.

Finalmente, el artículo 45-B señala que aquellas personas que se encuentren en estado de coma, pero que hayan designado previamente un apoyo lo mantendrán, ello dado que el apoyo previamente designado ha venido desarrollando dicha función con la persona, ahora en estado de coma, durante su discapacidad, conociendo de sus cuidados entre otras necesidades.

6. CONCLUSIONES

- El ser humano es el único ente dotado de capacidad, idoneidad o aptitud para, en cuanto ser libre, ejercer su libertad y, en consecuencia, ser titular de derechos.
- La capacidad, aptitud o idoneidad del ser humano para ejercer la libertad que es, no es cualidad agregada a su naturaleza, no es concesión de ningún ordenamiento jurídico, ni tampoco un atributo que recibe del mundo externo, sino pertenece a la mismidad ontológica de su ser, siendo el concepto de capacidad una unidad, pero que cuenta con dos fases.
- La capacidad jurídica genérica o de goce es inherente al ser humano en cuanto ser libre. Ésta es la potencialidad inherente a la libertad en tanto *ser* del ser humano.

⁸⁴ Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.

Por el contrario, la capacidad de ejercicio o de obrar es la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación en el mundo exterior, por lo que permite limitarla, restringirla en determinada medida por el ordenamiento jurídico positivo.

- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Naciones Unidas ha ofrecido una tutela jurídica plena, planteando un modelo social de protección a las personas con capacidad de ejercicio limitada.
- Las modificaciones realizadas a nuestro código civil son producto de la adaptación de la normativa nacional, en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano.
- A pesar de sus vacíos, el Decreto Legislativo N° 1384 representa una muestra de la humanización de la ciencia jurídica, en tutela de los sujetos que merecen una mayor atención de la juridicidad.
- Se ha creado la figura del “apoyo” para la persona con capacidad de ejercicio limitada, cuya inspiración se encuentra en la “*amministrazione di sostegno*” de la experiencia italiana.
- Se debe continuar con la adaptación de la normativa nacional, con la finalidad de garantizar la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con dificultades en efectivizar su capacidad de ejercicio.

7. BIBLIOGRAFÍA

Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sexta edizione, Cedam, Padua, 2009.

Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950.

Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile I: La norma giuridica – I soggetti*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volúmen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893.

Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905.

Capitant, Henri, *Introduction a l'etude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925.

Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965.

Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: *Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna*, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bolonia, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006.

Clavero, Bartolomé, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012.

Clavero, Bartolomé, *Sujeto de Derecho entre Estado, Género y Cultura*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016.

Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Código civil francés/Code Civil, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Código Civil Italiano, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

民法 Código Civil Japonés, edición bilingüe y actualizada a cargo de Francisco Barbarán y Rafael Domingo, con la colaboración de Nobuo Hayashi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947.

Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1944.

Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938.

De Ángel Yáguez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3º ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.

Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.

Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome II, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925.

Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953.

Fernández Sessarego, Carlos *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995.

Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.

Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006

Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), Ediciones Jurídicas, Lima, 2002.

Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008.

Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009.

¹Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.

Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990.

Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011.

Galgano, Francesco, *Diritto Privato*, diciassettesima edizione, con 7 tavole di diritto comparato, a cura di Nadia Zorzi Galgano, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017.

Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, cuarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006.

Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, segunda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003.

Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Grossi, Paolo, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003,.

Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010.

Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012.

Jörs, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965.

Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952.

Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946.

Margadants S., Guillermo Floris, *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge .S.A, México D.F., 1979.

Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: *Doctrinas Generales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, Ara editores, Lima, 2009.

Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Esteban de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874.

Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011.

Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2016.

Pazos Hayashida, Javier, *La capacidad de la persona jurídica, apuntes indiciarios*, en: Revista Ius Et Veritas, número 31, Lima, 2005.

Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Fernández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961.

Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione di Guido Alpa e Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010

Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997.

Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.

Serafini, Filippo, *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I: *Introducción – Teoría General – Derechos Reales*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de Juan de Dios Trías, Barcelona, 1915.

Stanzione, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976.

Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, quarantesima ottava edizione, a cura di Giuseppe Trabucchi, Wolters Kluwer – Cedam, Padua, 2017.

Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, 1º ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Vivas-Tesón, Inmaculada, *Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos. Hacían la despatrimonialización de la discapacidad*, en: Revista de Derecho UNED, número 7, Madrid, 2010.

Vivas-Tesón, Inmaculada, *Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad*, en: Revista Pensar, volumen 20, número 3, Fortaleza, 2015.

Vivas-Tesón, Inmaculada. *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Una mirada al Derecho Italiano*, Biblioteca Derecho y Persona, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018. En curso de publicación.

LA CESTA DE NAVIDAD COMO REGALO DE EMPRESA: ¿MERA LIBERALIDAD, DERECHO ADQUIRIDO O CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?

Flor de Lis Lara López
Juez sustituto
Profesora asistente
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 22 de octubre de 2018
Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2018

RESUMEN: En base a sentencia dictada por el Tribunal Supremo en Julio de 2018, la cual obligaba a una empresa a entregar a sus trabajadores la Cesta de Navidad que no entregó en el año 2016, vamos a ver las diferencias entre los conceptos de **mera liberalidad, derecho adquirido y condición más beneficiosa**.

ABSTRACT: On the basis of judgment dictated by the Supreme Court in July, 2018, which was forcing to a company to deliver its workers the Basket of Christmas that did not deliver in the year 2016, we are going to see the differences between the concepts of **mere liberality, acquired right and the most beneficial condition**.

PALABRAS CLAVE: Derecho Laboral, mera liberalidad, derecho adquirido, condición más beneficiosa.

KEYWORDS: Labor Law, mere liberality, acquired right and the most beneficial condition.

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en el año 2007 cuando una empresa ubicada en la Comunidad de Madrid decide entregar, a comienzos del mes de diciembre, una Cesta de Navidad a todos sus empleados con contrato en vigor en los primeros días de dicho mes. De igual modo, en años sucesivos, sus trabajadores continuarán percibiendo su correspondiente cesta, variando el valor de la misma, en función del número de empleados y de los costes logísticos. En la siguiente tabla, podemos apreciar la cuantía de estos gastos:

AÑO	VALOR CESTA	Nº EMPLEADOS	COSTE TOTAL
2007	12,89 € + IVA	3286	42.356,54 € (IVA inc.)
2008	14,90 € + IVA	3929	67.908,84 € (IVA inc.)
2009	13,65 € + IVA	3270	45.780 € (IVA inc.)
2010	13,70 € + IVA	3349	46.048,75 € (IVA inc.) 54.867,40 € según facturación posterior
2011	13,70 € + IVA	3675	59.410 € (IVA inc.) 61.737,95 € según facturación posterior
2012	13,40 € + IVA	4297	57.679,80 € (IVA inc.) 80.064,95 € según facturación posterior
2013	13,40 € + IVA	5108	77.354,02 € (IVA inc.)
2014	15,50 € + IVA	4765	83.816,35 € (IVA inc.) 88.968,52 € según facturación posterior
2015	4,04 € + IVA	5331	26.113,83 € (IVA inc.)

Después de pedir presupuesto para la Cesta de Navidad de 2016, empresa y comité de empresa se reúnen el 15 de diciembre de ese mismo año para tratar, entre otros, este asunto, aunque, debido a la no asistencia del responsable del tema, no llegaría a aclararse nada sobre el mismo.

Catorce días después, el 29 de diciembre, la empresa comunica a CSI-F que realizará un cóctel, para que acudan los empleados que lo deseen. Tras fracasar el intento de acuerdo con la mediación del SIMA, la empresa se verá obligada a presentar un recurso de casación, para contravenir la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que estimará las diversas demandas de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos USO, CSI-F y Servicios CCOO (a los que además se van a adherir CGT y CO-BAT), que calificará como **condición más beneficiosa** el derecho de los trabajadores a percibir la Cesta de Navidad correspondiente al año 2016.

En sus alegaciones, la empresa demandada considera que la entrega de la cesta obedecía a un acto de **mera liberalidad** por parte de la misma y carente, por tanto, del carácter jurídico de condición más beneficiosa y que, por consiguiente, dicho obsequio podía suprimirse en cualquier momento, de manera unilateral.

MERA LIBERALIDAD, DERECHO ADQUIRIDO Y CONDICION MÁS BENEFICIOSA

La **mera liberalidad**, o el mero hecho de haber percibido en años anteriores la cesta de Navidad, no puede convertirse en una **condición más beneficiosa** y por lo tanto no es un **derecho adquirido**.

Tanto la condición más beneficiosa, como la liberalidad empresarial, están sometidas al principio de igualdad de trato.

Atendiendo a los datos de hecho que conforman la realidad, a las conclusiones que se alcancen de la apreciación de los hechos, es decir, al examen de la actuación empresarial, podremos determinar si estamos ante una condición más beneficiosa o por el contrario ante una mera liberalidad.

La nota característica de la **condición más beneficiosa** radica, en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, siempre que esa persistencia sea indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio.

En el presente caso, la cesta de Navidad, constituye una condición más beneficiosa o **derecho adquirido** por los trabajadores, que no puede ser suprimido por la empresa de forma unilateral.

La condición más beneficiosa es un concepto jurídico que viene a referirse a una decisión que proviene, exclusivamente, de parte del empresario y se introducirá en el contrato del trabajador de una manera posterior. Por consiguiente, no estaba expresada en el contrato con anterioridad, sino que se realiza de forma unilateral por parte del contratante, lo cual debe ser probado.

El hecho de considerar una condición laboral como **condición más beneficiosa** determina que ese derecho ha sido adquirido por los trabajadores y que, por lo tanto, no puede ser eliminado o modificado unilateralmente por el empresario, sino que para ello debe de seguir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El principio de condición más beneficiosa está fundado en el artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso presente, la cesta de navidad, es un derecho que no suele venir recogido en el convenio colectivo, ni suele pactarse de forma individual y sin embargo la empresa suele conceder a los trabajadores ese beneficio.

Por ello para que exista condición más beneficiosa es necesario:

1. Que esta sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador (SSTS 9 de noviembre de 1989; de 30 de junio de 1993; Rec. 1961/92 y 20-12-93, Rec 443/93 entre otras). Es preciso que esta condición se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión. No es la mera persistencia en el tiempo la que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables.
No puede confundirse la condición más beneficiosa con las situaciones de mera tolerancia o liberalidad empresarial, por muy duraderas que estas se presenten en el tiempo.
2. En cuanto al contenido de la condición más beneficiosa, hay que indicar que la condición debe ser una ventaja o beneficio social, que merezca una verdadera mejora para el trabajador, y no puede tener más extensión que la que le diera el acuerdo que la concedió.
3. Si nos referimos a su pervivencia y posible extinción, indicar que la condición más beneficiosa es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio la que impide extraerla del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en

definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas.

CONCLUSIÓN

En vista de lo expuesto anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo tendrá que esclarecer si nos encontramos ante un acto de **mera liberalidad** por parte de la empresa o, por el contrario, ante la voluntad de ésta de reconocer un derecho adquirido por los propios empleados.

El principal recurso formulado por la empresa aduce, como explicamos antes, a que la entrega de la consabida cesta navideña no era sino un acto de simple **liberalidad**, sin que se dieran las circunstancias que pudieran convertir esta actuación unilateral en una **mera condición más beneficiosa** adquirida por sus empleados, sin que fuera necesario para su supresión llegar a un acuerdo con los representantes de éstos ni tener que realizar una modificación de las condiciones de trabajo, según dispone el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, si con anterioridad al año 2016 nunca había ofrecido un cóctel a sus trabajadores y, precisamente, lo hace al mismo tiempo que suprime la Cesta de Navidad, podríamos presumir que la empresa está asumiendo la necesidad de sustituir el tradicional obsequio por este cóctel, hecho que puede llevarnos a suponer el reconocimiento de una determinada obligación.

Por su parte, una vez reconocida una **condición más beneficiosa**, ésta se incorpora al nexo contractual y será calificada como un acuerdo contractual tácito, de acuerdo al artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores. Esto ya impide que la empresa pueda extraerla de manera unilateral, manteniendo su vigencia hasta que no se pacte otra cosa o no sea compensada o neutralizada, en virtud de un acuerdo posterior más favorable.

Además, la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de una condición por parte de los trabajadores es la mejor manera de demostrar en carácter de **condición más beneficiosa**, sin que la empresa pueda alegar su voluntad de otorgar una **mera liberalidad**.

Así, la sentencia dictada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, con fecha del 12 de Julio de 2018, desestima el recurso de casación interpuesta por la empresa contra la dictada el 15 de Marzo de 2017 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, basándose no sólo en el hecho de que la Cesta de Navidad se había venido entregando ininterrumpidamente desde el año 2007, sino que, además, los costes de la misma y el "esfuerzo logístico y organizativo" que conlleva la distribución de tan elevado número de cestas, supone la voluntad de la empresa de reconocer un **derecho adquirido**, más allá de una mera liberalidad, viéndose ahora obligada a obsequiar a sus empleados con la cesta que no pudieron disfrutar dos años atrás.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DE LA LEY CONCURSAL, ¿UN GOL POR TODA LA ESCUADRA?

Aitor Domínguez Uranga

Graduado en Derecho por la Universidad de Deusto

Estudiante en Gestión de Empresas Marítimo-Portuarias y Derecho Marítimo por la Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2018

RESUMEN: En lo más profundo de la regulación relativa a la insolvencia empresarial, la Ley concursal ha introducido una nueva Disposición adicional segunda bis a la Ley Concursal mediante la que se declara el predominio en situaciones concursales de la legislación deportiva y de sus normas de desarrollo, sin rango legal, sobre la propia ley concursal. Mediante el presente artículo, analizaremos los fundamentos jurídicos, así como las razones por las que el legislador ha motivado la introducción de este nuevo régimen concursal especial, su efecto en los procedimientos concursales de las entidades deportivas, mayormente, de los clubes de fútbol, y las normas dictadas sobre las deudas que mantienen las sociedades anónimas deportivas profesionales en concurso con anterioridad al 1 de agosto de 2011.

ABSTRACT: In the deepest part of the regulation regarding corporate insolvency, the Insolvency Act has introduced a new second additional provision to the Insolvency Act, declaring the prevalence in insolvency situations of the sports legislation and its development regulations, without legal rank, on the bankruptcy law itself. Through this article, we will analyze the legal bases, as well as the reasons why the legislator has motivated the introduction of this new special insolvency regime, its effect on the bankruptcy proceedings of the sports entities, mainly, of the football clubs, and the rules dictated on the debts maintained by the professional sports corporations in competition prior to August 1, 2011.

PALABRAS CLAVE: Insolvencia de entidades deportivas, reforma de la norma sobre insolvencia.

KEYWORDS: Insolvency proceedings of sports entities; act for the reform of Spanish Insolvency Act.

El fútbol, maravilloso deporte donde profesionales como aficionados disfrutan de este hobby tanto en el campo de juego como en el sofá. Siendo así el tema principal que nos atañe, en este caso, los equipos de fútbol y su gestión financiera, tendremos la oportunidad de adentrarnos plenamente en el vestuario del equipo contrario de cualquier empresario en este campo: la insolvencia de las entidades deportivas.

Si bien un servidor no es fan de este deporte, me encuentro ante la perfecta ocasión de poder analizar el tema en cuestión de manera objetiva, así como el análisis de la actual Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, siendo esta un precepto introducido post reforma de la anterior Ley 38/2011. Como es sabido, la reforma trataba de implantar un régimen especial aplicable a los casos de insolvencia de las entidades deportivas, siendo así establecido que, en los concursos de acreedores de dichas entidades, la legislación concursal no impediría la aplicación de la normativa reguladora de la competición en la que la entidad deportiva participe, siempre y cuando sea de carácter oficial; Disposición Adicional segunda bis desde la entrada en vigor en el BOE.

Si bien hay una cantidad de expertos y especialistas en materia concursal que opinan que esta disposición constituye una de las iniciativas legislativas menos exitosas hasta la fecha, cabe dar una oportunidad a investigar dicha iniciativa, donde se respete la *diligencia del ordenado comerciante* como regla general, donde los empresarios adopten medidas preventivas en caso de crisis (sin defraudar a sus acreedores) evitando así la crisis de carácter societario, sobrepasando la línea que exija salvaguardar el patrimonio personal.

Como sabemos, la Ley Concursal tiene como finalidad la satisfacción de los acreedores, así como que el empresario deudor pueda conservar su empresa; cuesta digerir esta definición teniendo en cuenta que el 90% de las mercantiles declaradas en concurso de acreedores desembocan en liquidación. Entendemos pues que esta herramienta de salvamento empresarial ostenta una viabilidad de escasa eficacia; así como el alto porcentaje de pérdida absoluta de posibilidad de cobro de los créditos por parte de los acreedores.

Toda esta teoría se desploma cuando hablamos nos referimos de las situaciones de crisis societarias en el fútbol profesional, pues en estos casos, las sociedades anónimas de carácter deportivo que tienen como final la liquidación constituye una minoría. De esta manera, nos podríamos preguntar, ¿en qué se diferencian los clubes deportivos profesionales del resto de las empresas?

Es por ello por lo que el galimatías es mayor cuando tratamos de averiguar si existe realmente un conflicto entre la aplicación general y la aplicación la normativa especial deportiva. Acaso puede determinarse que, la Ley Concursal se ha convertido en un instrumento normativo que otorga a los clubes la posibilidad de eludir tanto las normas federativas como el reglamento competitivo, acogiéndose así a la solución que la Ley Concursal les otorga, liberándose así las sanciones de la Ley de Fútbol Profesional, quedándose pendientes las deudas con los jugadores, técnicos... así como evitar la sanción de descender de categoría; en resumen, los clubes deportivos profesionales se acogen a la actual 22/2003 para evitar así las sanciones tanto leves como graves a fin de mantener a salvo su situación en la competición.

Siendo así, cualquiera podría entender que esta técnica legislativa sufre carencias al no dejar plausible el carácter de la *“normativa reguladora de la participación en la competición”*¹ cuya expresión subroga a la Ley, en este caso la Concursal, como norma de rango inferior. Si bien no se puede pasar por alto que la disposición actual establece un régimen transitorio el cual de manera traslúcida permite que la reforma fuese de aplicación a los concursos de acreedores que ya se encontrasen en tramitación con anterioridad a la entrada en vigor de la lozana norma.

Si entendemos que la reforma pretendía otorgar a la normativa reguladora de la competición sobre la legislación concursal general, siendo esta de carácter reglamentario y por lo tanto inferior a la Ley Concursal - parece mentira que a estas alturas haya de tener que explicarse estas vicisitudes donde hasta un alumno de primero de carrera entendería-

¹ Reglamento General de la Liga Nacional de Fútbol Profesional

pudiese poner en riesgo la actividad empresarial concursada cuando de un club de fútbol se tratase, así como cualquier otra entidad de carácter deportivo. Es por ello que debemos entender que “*si la actividad económica principal de una entidad deportiva es la participación de la competición, significa que dicha actividad no sería posible sin la propia existencia de la competición misma*”², siendo este el extremo el cual diferencia a los clubes del resto de mercantiles; en resumen, mientras que una empresa que quiera operar dentro del mercado tendría como columnas fundamentales los proveedores y sus clientes, las entidades deportivas, en este caso los clubes de fútbol, les es necesaria que exista actividad de otros agrupados competidores dentro un esqueleto reglado.

Es por ello que la realidad de la competición es la que otorga la actividad y el funcionamiento de los clubes, no pudiéndose en este caso, admirar la actividad empresarial de una entidad deportiva tanto económica como jurídicamente, de una manera marginal, solitaria e independiente.

Como bien hemos observado anteriormente, si entendemos a las entidades deportivas como mercantiles o al menos sujetos de carácter económico, ¿como pretenderá el Legislador de superar el conflicto entre la normativa deportiva y la Ley Concursal, teniendo en cuenta la finalidad competitiva?

Si bien las ilusiones del legislador han caído como las hojas en otoño, nos encontramos hoy en día ante una regulación que permite la armonización de la preservación de la competición entendida tanto deportiva como actividad mercantilista, así como el ímpetu que se atañe a la vertiente concursal a favor de las soluciones de las quiebras empresariales de dichas entidades; por no decir que las entidades deportivas en estados de insolvencia logran, sin competir, operar como mercantiles.

En palabras de Henry Ford “*El único verdadero fracaso es aquel del que no aprendemos nada*”, aprendamos pues y démosle al legislador una segunda oportunidad para resolver el actual conflicto de manera ordenada acorde a nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

E.M. BELTRÁN, *La insolvencia de las sociedades deportivas profesionales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

C.R. SANZ DE MADRID, *Derecho Concursal*, Editorial Civitas, Madrid, 2012.

A. ROJO & E.M. BELTRÁN, *Legislación concursal*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2013.

Revistas

A.M. CUADROS, *Derecho Concursal y Competiciones Deportivas*, Diario Jurídico, Granada, 2011.

D. MOLINA RUIZ, El cumpleaños no tan feliz de la Adicional segunda bis de la Ley Concursal, IUSPORT.

C&S Legal, *Concurso de acreedores y deporte profesional*, Jaén, 2016.

J. MOYA YOLDI, *La Disposición Adicional segunda bis de la Ley Concursal y sus efectos en los concursos de los clubes de fútbol*, Cuatrecasas, Sevilla, 2015.

Conferencias

III Foro Contable: Estrategias empresariales y mecanismos de control económico, Colegio Vasco de Economistas, Bilbao, 2018.

² D. MOLINA RUIZ, El cumpleaños no tan feliz de la Adicional segunda bis de la Ley Concursal, IUSPORT.

REVALORIZACIÓN DE LOS SALARIOS MÍNIMOS EN MÉXICO Y SU IMPACTE FINANCIERO EN LAS ORGANIZACIONES Y PRIMORDIALMENTE A LAS PYMES

Dr. Rafael Casas Cárdenaz
*Instituto Tecnológico de Lázaro Cárdenas
Lázaro Cárdenas, Michoacán México*

PHD. José Vargas-Hernández
Universidad de Guadalajara, CUCEA.

Rebeca Almanza Jiménez
*Instituto tecnológico de Lázaro Cárdenas
Lázaro Cárdenas, Michoacán México*

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018
Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: El desarrollo del presente trabajo está dirigido a enfatizar la desvalorización que ha sufrido el salario mínimo general en México, resaltando la necesidad de su revalorización como una respuesta a la marginación económica de sectores vulnerables y regiones con mayor rezago en el país, así como una forma de frenar el deterioro del nivel de vida de los asalariados principalmente, atendiendo de igual forma las exigencias de naciones respecto al nuevo Acuerdo Estados Unidos, México y Canadá (USMCA). Sin embargo, su recuperación debe ser planeada mediante un proceso gradual, que permita la adaptación progresiva respecto a su impacto económico. Para ello se realizó un análisis cualitativo y cuantitativo, describiendo su deterioro, la pérdida del poder adquisitivo, proponiendo un esquema de restitución en un periodo de seis años para evitar que afecte financieramente a las organizaciones y a las pymes principalmente.

ABSTRACT: The development of this work is aimed at emphasizing the devaluation suffered by the general minimum wage in Mexico, highlighting the need for its revaluation as a response to the economic marginalization of vulnerable sectors and regions with greater lag in the country, as well as a to stop the deterioration of the wage-earners' living standards mainly, taking into account the demands of nations with respect to the new Agreement between the United States, Mexico and Canada (USMCA). However, its recovery must be planned through a gradual process that allows the progressive adaptation with respect to its economic impact. For this, a qualitative and quantitative analysis was carried out, describing its deterioration, the loss of purchasing power, proposing a restitution scheme in a period of six years to avoid affecting financially organizations and SMEs mainly.

PALABRAS CLAVE: Índice nacional de precios al consumidor, inflación, poder adquisitivo, pymes y salario mínimo.

KEYWORDS: National index of consumer prices, inflation, purchasing power, SMEs and minimum wage.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el tema del salario mínimo ha sido motivo de discusión en México, por distintos sectores del ámbito político, periodístico, organismos empresariales, entre otros, actualmente con el proceso de la firma del nuevo Acuerdo Estados Unidos, México y Canadá (USMCA), es un tema central que se discutió, derivado de la abismal diferencia con estos países. La realidad es que para los mexicanos ha representado la pérdida paulatina del poder adquisitivo, afectando principalmente a sectores vulnerables, tales como el campo y las zonas marginadas en entidades federativas, que de conformidad con los datos para 2016 de (CONEVAL), Consejo Nacional de Evaluación de la Política de desarrollo Social (2017), Chiapas concentra una proporción de pobreza del 77.10% de su población, Oaxaca un 70.4%, Guerrero 64.4%, Puebla 59.4%, Michoacán 55.3% y Veracruz 62.2%, siendo estos los de mayor impacto.

El salario mínimo general vigente para 2018 en México, es de 88.36 pesos por una jornada de trabajo de 8 horas diurnas, el equivalente a 4.63 dólares, de los Estados Unidos de América al tipo de cambio de 19.06 pesos, publicado en el Diario oficial de la Federación del día 30 de agosto del año en curso. Lo anterior ha despertado la polémica sobre el tema, reflejando el deteriorado del nivel de vida de la población, generando diferentes posturas, sin presentar un plan congruente para la recuperación del poder adquisitivo, que ello no implique un impacto financiero en las organizaciones, primordialmente en las pequeñas y medianas empresas, en su caso dar origen a un efecto inflacionario.

Por lo anterior es inaplazable la apreciación de los salarios mínimos en México, según cifras de CONEVAL (2017), se cuenta con 53.4 millones de personas en nivel de pobreza y 9.4 en pobreza extrema. La presente investigación se dirige al general, a efecto de demostrar su desvalorización, sin embargo, la recuperación propuesta debe ser planificada, estructurada y aplicada de manera gradual, para que exista un beneficio hacia la clase trabajadora y el sector productivo tenga un proceso de adaptación, principalmente que dichos cambios permitan un periodo de maduración del sector empresarial, entre ellos las pymes, sector vulnerable a los cambios que impactan sus resultados económicos.

2. ANTECEDENTES

Los salarios mínimos en México están regulados en el artículo 123 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción VI, misma que en su segundo párrafo dice que; los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas. Así mismo establece que se fijarán por una comisión nacional integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno, la que podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter consultivo que considere indispensables para el mejor desempeño de sus funciones.

El deterioro del poder adquisitivo a partir de la década de los setenta se agravó, pues para determinar su incremento se ha considerado como referente el indicador inflacionario durante el año, sin embargo, en algunos de ellos el índice de precios superó por mucho los salarios mínimos establecidos, originando un detrimento en su valor, tal es el caso de los periodos de 1995 y 1988, en los que la carga de la crisis se trasladó a los trabajadores que obtenían esta remuneración o una cantidad pequeña superior a este, siendo la manera en que paulatinamente se ha acumulado un menoscabo en la remuneración. A continuación, se muestra el efecto en estos periodos, mediante la aplicación del índice nacional de precios al consumidor (INPC) y el salario mínimo general (SMG).

Tabla 1: Efecto inflacionario y detrimento del salario mínimo general

Efecto Inflacionario				Detrimento del salario mínimo general			
			Efecto			Aumento	Pérdida vs
Periodo	INPC		Inflacionario	Periodo	SMG	porcentual	Inflación
INPC Diciembre 1995	43.471	-1	51.97%	SMG 1995	\$ 20.15	31.96%	20.01%
INPC Diciembre 1994	28.605			SMG 1994	\$ 15.27		

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del diario oficial de la federación (2011) y de <https://www.gob.mx/conasami>

Se tomó como ejemplo diciembre de 1994 al mismo mes de 1995, para medir lo relativo a un lapso de doce meses y como se observa la inflación presentada en este periodo fue del 51.97%, una cifra muy alta, mientras el salario mínimo general únicamente se incrementa un 31.96%, lo que representa un 20.01% inferior. Se consideraron los índices publicados en el diario oficial de la federación correspondientes a estos meses. Este efecto se fue dando en diferentes periodos, en unos con mayor o menor impacto, como ejemplo se presenta también el año de 1988 con una pérdida superior al caso anterior.

Tabla 2: Efecto inflacionario y detrimento del salario mínimo general

Efecto Inflacionario				Detrimento del salario mínimo general			
			Efecto			Aumento	Pérdida vs
Periodo	INPC		Inflacionario	Periodo	SMG	porcentual	Inflación
INPC Diciembre 1988	11.963	-1	51.66%	SMG 1988	\$ 7.765	-1	20.02%
INPC Diciembre 1987	7.888			SMG 1987	\$ 6.47		31.65%

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del diario oficial de la federación (2011) y de <https://www.gob.mx/conasami>

En este periodo el efecto inflacionario es del 51.66%, muy parecido al caso anterior, sin embargo, el incremento al salario mínimo es del 20.02% en relación al anterior, lo que origina una pérdida porcentual del 31.65% frente al indicador de aumento de los precios. De esta forma se fue dando la pérdida del poder adquisitivo impactando principalmente a los salarios más bajos, derivado de la vinculación de los aumentos a sueldos mínimos con las demás retribuciones superiores a estas. En la resolución de las operaciones matemáticas igualmente, se resta la unidad para determinar el efecto por el transcurso del tiempo, separando el valor tomado como base para su medición.

Es absurdo pensar que los salarios mínimos actualmente vigentes tanto general y profesionales, sean suficientes para cubrir las necesidades básicas de una familia, relativas a vivienda, alimentación, educación, vestido y salud como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta problemática de alguna manera incide directamente con la migración de trabajadores hacia los Estados Unidos, la concentración de la población en las grandes ciudades, el abandono del campo, así como la deserción escolar que a su vez son la causa de otros problemas sociales en un entorno con altos índices de pobreza y marginación.

3. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El presente trabajo de investigación está dirigido a destacar la pérdida del poder adquisitivo del salario mínimo general a través de las últimas cuatro décadas, lo que requiere de manera urgente su recuperación como ya se mencionó, mediante un proceso ordenado para evitar impacte de manera radical financieramente a las organizaciones, concretamente a las pymes. De igual manera frenar el deterioro del nivel de vida de los sectores más vulnerables en el país como son el campo, comunidades indígenas, trabajo doméstico, regiones de mayor marginación, así como elevar la competitividad en este renglón con los países del norte, con los que México ha celebrado tratados en materia de comercio. La pregunta que surge como resultado de esta problemática, es si una revalorización gradual del salario mínimo general en forma ordenada y estructurada, evitará un impacto financiero que afecte al sector empresarial y concretamente a las pymes.

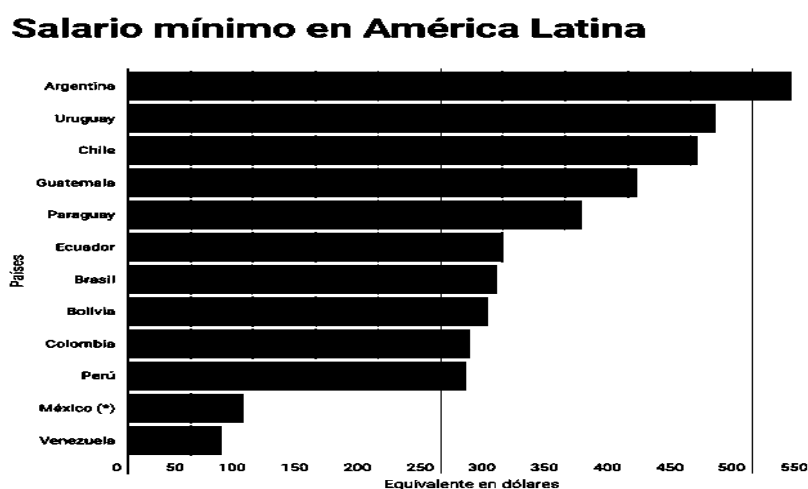
A. *Objetivo de la investigación*

Analizar la desvalorización del salario mínimo general en México, para proponer un esquema de revalorización gradual ordenada y estructurada, evitando un alto impacto financiero en las organizaciones, principalmente en las pymes, pero que además restituya el poder adquisitivo a los trabajadores.

4. JUSTIFICACIÓN

En México por disposición Constitucional en su artículo 123 fracción VI, actualmente vigente, los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales, y son establecidos por una comisión nacional integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno, la que podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter consultivo que considere indispensables para el mejor desempeño de sus funciones. No obstante, su detrimento durante las últimas cuatro décadas, ha afectado a sectores vulnerables, agravando los indicadores de pobreza en las zonas con mayor marginación en el país y se ha deteriorado de manera general el poder adquisitivo de la clase trabajadora. Por otra parte, de forma preocupante se observa que, comparando con otras naciones de América Latina, se ocupa el penúltimo lugar como se muestra de manera gráfica en la siguiente imagen.

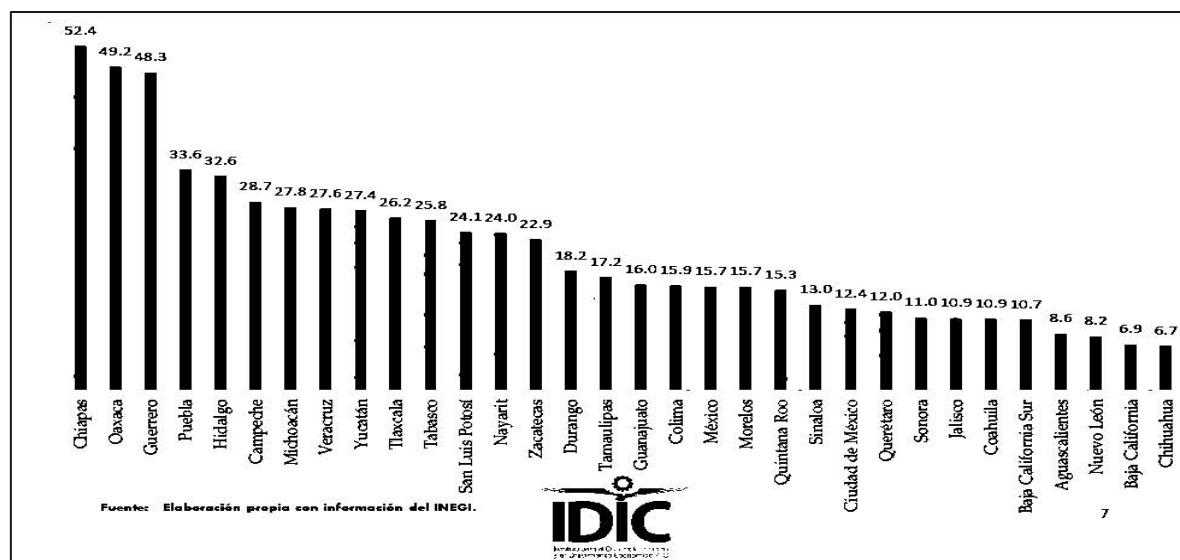
Figura 1: Salario mínimo en América Latina (mensual)



Fuente: EXPANSIÓN en alianza con CNN (2018)

Argentina y Uruguay son los que encabezan con una mayor retribución, al final de la gráfica se encuentra Venezuela, seguida por México que actualmente tiene establecido un salario mínimo de 88.36 pesos por día muy por debajo del país siguiente que es Perú. Se entiende la razón por la que los Estados Unidos de América y Canadá, insistieron en este tema dentro de las negociaciones del tratado de libre comercio recién concluido. En estados como Chiapas, Oaxaca y Guerrero los resultados son alarmantes, el nivel de marginación crea una brecha preocupante en relación con los demás, aun y cuando hay una distribución que refleja los indicadores de pobreza. En la siguiente imagen, se presenta una realidad económica ignorada y que demanda su atención inmediata, en las diferentes entidades federativas.

Figura 2: Porcentaje de población ocupada que no recibe ingresos y con ingresos de hasta 1 salario mínimo



Fuente: Instituto para el Desarrollo Industrial y el Crecimiento Económico A.C. (2017)

El estado de Chiapas cuenta con una población que no recibe ingresos y hasta un salario mínimo, de un 52.4%, Oaxaca con un 49.2%, Guerrero con 48.3%, mismos que son considerados con mayor índice de pobreza y marginación, en ellos es común el surgimiento de problemas de tipo social, ante el rezago y la indiferencia gubernamental. Puebla e Hidalgo presentan un indicador superior al 30%, Campeche, Michoacán, Veracruz, Yucatán Tlaxcala, Tabasco, San Luis Potosí, Nayarit y Zacatecas arrojan cifras por arriba del 20%, mejorando principalmente las zonas en que el desarrollo industrial ha florecido. Al carecer de recursos suficientes causará abandono escolar, también impactará en la migración de trabajadores hacia los Estados Unidos de América, así como a centros de florecimiento económico en el país, dejando poblaciones remotas y el campo, lo que suscita aglomeración en las principales ciudades del país.

5. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A. Índice nacional de precios al consumidor

La medida de inflación que más se usa en estados Unidos según Samuelson & Nordhaus (2007), es el índice de precios al consumidor, llamado también IPC, que ellos definen como una medida del cambio promedio, respecto del tiempo, de los precios que pagan los

consumidores urbanos por una canasta de mercado de bienes de consumo y servicios. La canasta de mercado incluye los precios de alimentos, ropa, abrigo, combustibles, transporte, atención médica, colegiaturas y otros bienes y servicios que se compran para la vida cotidiana. Se reúnen precios de 364 clases separadas de bienes y servicios, en 23 000 establecimientos de 87 zonas de ese país.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2013), el índice nacional de precios al consumidor, mide el cambio promedio de los precios de una canasta fija de bienes y servicios adquiridos, la cual es representativa del gasto en mercancías y servicios para el consumo de los hogares urbanos del país a lo largo del tiempo. Según el Banco de México (s.f.) el índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) es un indicador económico que se emplea recurrentemente, cuya finalidad es la de medir a través del tiempo la variación de los precios de una canasta fija de bienes y servicios representativa del consumo de los hogares.

El índice nacional de precios permite medir la variación que se va originando en el valor de los bienes y servicios, resultado del incremento de los precios, en México es calculado por el INEGI, para lo cual cotiza por lo menos 1,000 productos en 30 ciudades con más de 20,000 habitantes de 20 entidades federativas. Sin embargo es un promedio estimado, por tal motivo no refleja el 100% de la realidad, tomando en cuenta además que las autoridades monetarias establecen la meta inflacionaria, situación que permite la manipulación al no considerar bienes con mayor movilidad en precios tales como la gasolina y demás derivados del petróleo, pues de acuerdo con información de García (2018) la Premium de diciembre 2012 al mes de agosto de 2018 aumentó un 80.7%, la magna 76.8% y el diésel 81.4%, mientras el índice de precios determinado oficialmente en el mismo periodo, se incrementó 24.72%.

Los incrementos anteriores a los combustibles y al índice de precios, dan origen al comentario relativo a que la inflación oficial emitida por el INEGI, no refleja la realidad, pues al aumentar los combustibles se incrementa de manera directa el precio de los bienes y servicios, como consecuencia del cambio del costo de producción en la industria y los servicios del transporte.

B. Inflación

Por la importancia en materia económica del país, es muy relevante mencionar que para el Banco de México (s. f.), la inflación es el aumento sostenido y generalizado de los precios de los bienes y servicios de una economía a lo largo del tiempo. El aumento de un sólo bien o servicio no se considera como inflación. Si todos los precios de la economía aumentan tan solo una vez tampoco eso es inflación.

“La inflación es un aumento generalizado y continuo en el nivel general de precios de los bienes y servicios de la economía. La inflación usualmente se calcula como la variación porcentual del índice de precios al consumidor (IPC), que mide los precios promedio de los principales artículos de consumo” (Gutierrez & Zurita, 2006).

Por su parte Samuelson & Nordhaus (2007), menciona que la inflación ocurre cuando el nivel general de precios se eleva. Así mismo afirma que la inflación muestra distintos niveles de severidad. Lo habitual es clasificarlas en tres categorías: baja inflación, inflación galopante e hiperinflación, la primera con tasas de un solo dígito, la segunda oscila entre dos y tres dígitos y la tercera se destaca por el desastroso aumento de los precios.

Las definiciones anteriores, coinciden en que la inflación consiste en el aumento generalizado de los precios, que ocasiona que los productos principalmente de la canasta básica incrementen su valor, originando un deterioro en el nivel de vida en sectores cuyos salarios son iguales al mínimo o un poco más, pues estos no se incrementan en la misma proporción que dichos bienes. En México en los últimos años, se ha mantenido un control en este indicador, manteniéndolo en niveles de un dígito, sin embargo, en periodos anteriores, concretamente la década de los ochenta, las cifras fueron alarmantes, suscitando que en 1992 se decretara la eliminación de tres ceros al peso, entrando en vigor esta disposición en 1993. Dicha medida dirigida a estabilizar la economía, ante el valor elevado de los bienes y servicios, que para adquirirlos se necesitaba gran cantidad dinero.

C. Poder adquisitivo

“El poder adquisitivo es el valor de una moneda expresada en términos de la cantidad de bienes o servicios que una unidad de dinero puede comprar. El poder adquisitivo es importante porque, en igualdad de condiciones, la inflación disminuye la cantidad de bienes o servicios que se podría comprar” (Céspedes, 2017).

“El poder adquisitivo es la disponibilidad de recursos que tiene una persona para satisfacer sus necesidades materiales. En otras palabras, el poder adquisitivo se asocia a los ingresos del sujeto para concretar la compra de bienes o la contratación de servicios. Por lo tanto, es la disponibilidad de recursos que tiene una persona para satisfacer sus necesidades materiales” (Pérez & Gardey, 2015).

El poder adquisitivo de las familias, determinante de los niveles de pobreza, depende de la evolución de los precios. Hasta ahora el Banco de México ha realizado esfuerzos importantes para evitar mayores presiones, pero es evidente que la dinámica esperada para los meses próximos anticipa un impacto en el salario real de los trabajadores, sobre todo porque los precios siguen en ascenso (González, 2017)

Los autores antes enunciados asocian el poder adquisitivo con la capacidad que tiene una persona o familia para satisfacer sus necesidades a través de la compra de bienes y servicios, se vincula directamente con sus ingresos, sin embargo, con el transcurso del tiempo la inflación ha superado porcentualmente esta disponibilidad, afectando su nivel de vida al menoscabar los salarios, de igual manera contribuyendo en índices de mayor marginación y pobreza.

D. Pymes

Las empresas son una fuente de ingresos para trabajadores, proveedores, gobierno y empresarios, promueven el desarrollo económico de la sociedad, contribuyen al sostenimiento de servicios públicos, representan un medio para la realización o satisfacción personal, y fomentan la capacidad y desarrollo de habilidades, así como la inversión y la formación de capital (Münch, 2006)

La secretaría de economía (2010), en México, define a las pequeñas empresas como aquellos negocios dedicados al comercio, que tiene entre 11 y 30 trabajadores o generan ventas anuales superiores a los 4 millones y hasta 100 millones de pesos. Así mismo dice que son entidades independientes, creadas para ser rentables, cuyo objetivo es dedicarse a la producción, transformación y/o prestación de servicios para satisfacer determinadas necesidades y deseos existentes en la sociedad.

Las medianas empresas según la secretaría de economía (2010), son los negocios dedicados al comercio que tiene desde 31 hasta 100 trabajadores, y generan anualmente ventas que van desde los 100 millones y pueden superar hasta 250 millones de pesos. Además, señala que son unidades económicas con la oportunidad de desarrollar su competitividad en base a la mejora de su organización y procesos, así como de mejorar sus habilidades empresariales.

“Pyme es el acrónimo de pequeña y mediana empresa. Se trata de la empresa mercantil, industrial o de otro tipo que tiene un número reducido de trabajadores y que registra ingresos moderados” (Pérez & Gardey, 2009).

Las definiciones anteriores parten en principio con la conceptualización de empresa, resaltando su papel como fuente de ingresos para los trabajadores, en primer lugar, posteriormente a proveedores y finalmente al gobierno. Siendo el tema central de la presente investigación los salarios mínimos⁹, un medio de subsistencia que debe cubrir las necesidades básicas de los asalariados. Posteriormente se describe a la pyme, coincidiendo los autores en describirlas considerando el número de trabajadores y el monto de sus ingresos, sin tomar en consideración sus limitaciones administrativas y por tanto competitivas, que las convierte en vulnerables ante los cambios drásticos en el entorno.

E. Salario Mínimo

En México de conformidad con el artículo 90 de la ley federal del trabajo (2015), Salario mínimo es la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios

prestados en una jornada de trabajo. También menciona que deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos.

El salario mínimo comprende un referente del monto económico irreductible que debe, por mandato jurídico, percibir diariamente toda persona que realiza un trabajo personal y subordinado, a efecto de satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer la educación obligatoria de sus hijos, según lo establece el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción VI (Comisión Nacional de derechos Humanos, 2018).

“El salario mínimo se ha definido como la cuantía mínima de remuneración que un empleador está obligado a pagar a sus asalariados por el trabajo que éstos hayan efectuado durante un período determinado, cuantía que no puede ser rebajada ni en virtud de un convenio colectivo ni de un acuerdo individual” (Organización Internacional del Trabajo, s. f.).

La literatura consultada coincide en que el salario mínimo es la cantidad inferior que debe recibir por disposición legal un trabajador, suficiente para cubrir las necesidades primarias de una familia, situación que en México se ha ido alejando paulatinamente de la realidad, su deterioro ha llegado a niveles muy preocupantes, por su impacto principalmente en algunos estados de la república ya mencionados, en donde el nivel de marginación y empobrecimiento va en aumento cada año, generando además problemas de tipo social, tales como el alimentario, educación justicia entre otros.

F. UMA

De conformidad con el diario oficial de la federación del 30 de diciembre de 2016, UMA es la Unidad de Medida y Actualización que se utiliza como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y de la Ciudad de México, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de dichas leyes.

La Unidad de Medida y Actualización (UMA) es una referencia económica aprobada y usada desde el 27 de enero de 2016. Fue introducida para sustituir el esquema veces el salario mínimo (VSM), con el que se calculaba el pago de obligaciones como multas, los créditos del Infonavit y hasta las deducciones personales. Se creó con la finalidad de que un aumento en el salario mínimo de los trabajadores no tuviera un impacto inflacionario tan marcado, pues aumentar éste no sólo incrementaba los sueldos, sino también las obligaciones fiscales (Álvarez, 2018).

Esta referencia económica como se describe en la literatura consultada, viene a beneficiar en el pago de obligaciones, entre ellas las de carácter fiscal, sin embargo, afecta a los trabajadores en el límite de salario base de cotización, por tanto, en la determinación de las pensiones y en su incremento posterior. De igual manera podrá impactar en algunas prestaciones que de acuerdo al contrato se vinculen con la misma.

G. Metodología

La metodología utilizada para el desarrollo de esta investigación se basó en un análisis cualitativo y cuantitativo, basándose en fuentes electrónicas, literarias y científicas, así como información estadística gubernamental y periodística, obteniendo la información considerada relevante para resolver la problemática planteada en el presente trabajo, se considera un estudio descriptivo pues proporciona información valiosa relativa a la pérdida de valor del salario mínimo en México, así como su impacto derivado de un ajuste no programado.

El tratamiento cuantificable en la presente investigación, se hace presente al analizar las variaciones y efectos que han menoscabado el salario mínimo, mediante el uso de indicadores económicos, como menciona Hernández, Fernández & Baptista (2014), el enfoque cuantitativo utiliza la recolección de datos para probar hipótesis con base en la medición numérica y el análisis estadístico, con el fin establecer pautas de comportamiento y probar teorías. Para determinar el impacto se tomaron los datos desde el año de 1970 a la

fecha, actualizando los valores históricos con el índice nacional de precios al consumidor, utilizando la base diciembre 2010, por cuestiones prácticas, pues a partir de julio 2018 se implementa una nueva. Lo anterior para así efectuar una comparación con los montos actuales y definir la pérdida de poder adquisitivo.

H. Análisis de resultados

En los antecedentes del presente trabajo de investigación, se analizó como el efecto inflacionario en los años tomados como ejemplo, supera el incremento porcentual del salario mínimo, originando una pérdida en el poder adquisitivo, pues los precios se han acrecentado por encima de los aumentos a dicha retribución, que con el transcurso de los años este diferencial ha contribuido en el empobrecimiento de los grupos más vulnerables, como son jornaleros del campo, comunidades indígenas, trabajadores en zonas rurales y poblaciones alejadas de áreas de desarrollo, acentuándose más en estados como Chiapas, Oaxaca y Guerrero, en los que la situación es preocupante. Para ilustrar de manera fehaciente a continuación se determina el impacto del periodo sexenal 1982 a 1988.

Tabla 3: Efecto inflacionario y detrimento del salario mínimo general

Efecto Inflacionario			Detrimento del salario mínimo general					
Periodo	INPC	Efecto Inflacionario	Periodo	SMG	Aumento porcentual	Pérdida vs Inflación		
INPC Diciembre 1988	11.963	-1	3709.87%	SMG 1988	\$ 7.765	-1	2033.24%	1676.63%
INPC Diciembre 1982	0.314			SMG 1987	\$ 0.364			

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del diario oficial de la federación (2011) y de http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/08/salario_minimo_en_mexico.pdf

En este periodo siendo presidente de México el Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, el efecto inflacionario es del 3,709.87% comparado con el incremento porcentual del salario, de 2,033.24%, genera un diferencial de 1,676.63%, produciendo un impacto muy fuerte en el poder adquisitivo de los asalariados en general, pues el aumento al mínimo en cierta medida sirve de referencia para los demás con retribuciones superiores. La disparidad entre las cifras porcentuales anteriores, comprueba el descenso de la capacidad de compra y del nivel de vida de los trabajadores, que finalmente han cargado de manera gradual el peso de los desórdenes económicos nacionales y los generados en el ámbito internacional. En la resolución de las operaciones matemáticas igualmente, se resta la unidad para determinar únicamente el efecto por el transcurso del tiempo, separando el valor tomado como base para su medición.

Tabla 4: Efecto inflacionario

Efecto Inflacionario			Factor de actualización	
Periodo	INPC			
INPC Diciembre 2017	130.813		8056.73	
INPC Enero 1970	0.016236489142			

Fuente: Elaboración propia con datos tomados del Diario Oficial de la Federación (2011)

En la tabla anterior se determina el factor de actualización mediante el índice nacional de precios al consumidor expresado conforme a la base de la segunda quincena de diciembre de 2010 que se estableció en 100, publicado en el diario oficial de la federación (2011), correspondiente al periodo de enero 1970 al último mes de 2017. El resultado de la operación anterior, refleja un impacto inflacionario por el lapso de tiempo por 8,056.73, este

indicador presenta el efecto por el transcurso de tiempo tomado para el cálculo, aplicando la información oficial, que pudiera ser diferente a la real, para ello sería necesario desarrollar una nueva investigación.

Tabla 5: Actualización del salario mínimo a diciembre de 2017

Actualización del salario mínimo de 1970 a Diciembre de 2017	
SMG año 1970	0.032
(*) Factor de actualización	8056.73
(=) Salario actualizado a Dic. 2017	257.82

Fuente: Elaboración propia

Al aplicar al salario mínimo general correspondiente a 1970 el factor de actualización determinado conforme a la tabla anterior, se obtiene el valor considerando el efecto derivado del transcurso del tiempo, resultando una cantidad de \$257.82, doscientos cincuenta y siete pesos 82 centavos, importe muy superior a los \$88.36 ochenta y ocho pesos 36 centavos vigentes para este año de 2018. Lo anterior produce una desvalorización de \$169.46, ciento sesenta y nueve pesos con 46 centavos, deterioro que genera un descenso en el nivel de vida de los trabajadores y el aumento desproporcionado de los niveles de pobreza en las zonas antes mencionadas, que a su vez son el origen de otros problemas de tipo social. Por ello es urgente establecer un mecanismo de recuperación gradual, que permita a las organizaciones y principalmente a las pymes, contar con un periodo de maduración, para evitar así problemas financieros.

La diferencia por la desvalorización de 169.46, es recomendable distribuir en los siguientes 6 años de gobierno en forma proporcional, considerando el efecto inflacionario con la finalidad de que no pierda valor. En los últimos años México ha mantenido en un dígito este indicador y en la tabla siguiente se muestra la distribución del ajuste proyectado que se propone.

Tabla 6: Distribución del ajuste por la desvalorización del salario mínimo actualizado

	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Diferencia por desvalorización del Salario mínimo general	169.46	181.32	194.01	207.60	222.13	237.68	254.31
Inflacion anual estimada	7%	7%	7%	7%	7%	7%	7%
Efecto inflacionario anual	11.86	12.69	13.58	14.53	15.55	16.64	17.80
Diferencia más efecto inflacionario	181.32	194.01	207.60	222.13	237.68	254.31	272.12

Fuente: Elaboración propia

En la tabla anterior la diferencia determinada se actualiza por cada año considerando una inflación estimada del 7% anual, pues al distribuirse de manera proporcional en el periodo de gobierno federal siguiente, conservaría su valor. En su momento se aplicaría el indicador real, de esta forma el salario mínimo mantendría su valía. Se inicia en 2018 por ser el año base para determinar el que mantendrá vigencia el periodo siguiente. A continuación, se muestra el porcentaje a incrementar al salario mínimo general determinado cada año, para resarcir la pérdida acumulada. Es decir, el importe por ajuste que deberá sumarse a la cantidad establecida por la comisión nacional de salarios mínimos.

Tabla 7: Incremento por año al salario mínimo, proveniente del ajuste propuesto.

		2019	2020	2021	2022	2023	2024
Diferencia más efecto inflacionario		194.01	207.6	222.13	237.68	254.31	272.12
Incremento año anterior			32.34	39.99	43.69	46.89	50.20
Base de calculo		194.01	239.94	262.12	281.37	301.20	322.32
Por ciento a incrementar por año		16.67%	16.67%	16.67%	16.67%	16.67%	16.67%
Importe a incrementar al salario mínimo por año		32.34	39.99	43.69	46.89	50.20	53.72

Fuente: Elaboración propia

En esta tabla se refleja el importe que adicionalmente al salario mínimo establecido se aumentaría para ir abonando gradualmente la desvalorización acumulada en el periodo de referencia, a partir del incremento vigente para el año de 2019, este a su vez tomando en cuenta la inflación estimada considerada para este caso, mantendría el siguiente comportamiento.

Tabla 8: Incremento por año al salario mínimo estimado de acuerdo a la inflación

	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Salario Mínimo General	88.36	94.55	101.16	108.24	115.82	123.93	132.60
Inflación Estimada	7%	7%	7%	7%	7%	7%	7%
Incremento para el año siguiente	6.19	6.62	7.08	7.58	8.11	8.68	9.28
Salario Mínimo General Año Siguiente	94.55	101.16	108.24	115.82	123.93	132.60	141.89

Fuente: Elaboración propia

Los cálculos inician en 2018 como ya se mencionó, pues es el que sirve de base para determinar el salario mínimo general que estará vigente para el año siguiente. Se aplica un 7% de inflación estimada en cada uno de los años, de esta manera se mantiene su valor al menos de forma coincidente con los datos oficiales, que no precisamente comprueban que sean los reales. Finalmente, en la tabla siguiente se resume como quedaría el salario mínimo proyectado considerando el aumento anual por la inflación, más el ajuste por año derivado de la desvalorización acumulada.

Tabla 9: Salario mínimo estimado más el ajuste propuesto.

		2019	2020	2021	2022	2023	2024
Salario mínimo general		94.55	101.16	108.24	115.82	123.93	132.60
Ajuste por desvalorización anual		32.34	39.99	43.69	46.89	50.20	53.72
Ajuste por desvalorización años anteriores		0.00	32.34	72.33	116.02	162.91	213.11
Salario mínimo general con ajuste a pagar		126.89	173.49	224.26	278.73	337.04	399.43

Fuente: Elaboración propia

En los cálculos anteriores se considera el incremento al salario mínimo tomando en cuenta el efecto inflacionario estimado cada año, así como el ajuste por la desvalorización, aplicado en el periodo sexenal de gobierno, con la finalidad de recuperar la pérdida acumulada en el tiempo de análisis del presente trabajo, logrando con ello resarcir en parte el poder adquisitivo de las retribuciones en general, así como mejorar la calidad de vida en las zonas de mayor pobreza. Esto permitirá a las organizaciones y principalmente a las pymes contar con un periodo de incremento gradual para evitar problemas financieros por elevarse drásticamente sus costos por mano de obra y los impuestos a salarios tales como las cuotas obrero - patronales al instituto mexicano del seguro social, impuesto sobre erogaciones por remuneración al trabajo personal, prestado bajo la dirección y dependencia de un patrón, y las aportaciones al fondo nacional de la vivienda para los trabajadores.

En la siguiente tabla se muestra un cálculo del efecto monetario, considerando el salario mínimo vigente para este año 2018, integrándose con las prestaciones mínimas establecidas en la ley federal del trabajo en este ejemplo, para el pago de las cuotas patronales como lo marca la legislación del seguro social (LSS), la del instituto del fondo nacional de la vivienda para los trabajadores (INFONAVIT), y el impuesto sobre erogaciones por remuneración al trabajo personal, prestado bajo la dirección y dependencia de un patrón (impuesto sobre nóminas). Es necesario mencionar que la unidad de medida y actualización (UMA) fue aprobada el 27 de enero de 2016, actualmente tiene un valor de 80.60 establecido por INEGI, se menciona por utilizarse en la determinación de las aportaciones al IMSS en los ejemplos presentados a continuación.

Tabla 10: Costo por cuotas patronales de seguridad social y el impuesto sobre nóminas de un salario mínimo

	Cuotas patronales por salarios hasta 3 UMA				
	Salario	Salario	% de	Salario	Cuotas
	Cuota	Base de	Cuotas	Base	Patronales
	diaria	Cotización	Patronales	Mensual	Mensual
Cuotas Patronales IMSS	\$ 88.36	\$ 92.35	30.550%	\$ 2,862.85	\$ 874.60
Cuotas Infonavit	\$ 88.36	\$ 92.35	5.0%	\$ 2,862.85	\$ 143.14
Impuesto sobre nóminas	\$ 88.36	\$ 92.35	2.0%	\$ 2,862.85	\$ 57.26
					\$ 1,075.00

Fuente: Elaboración propia

Como ya se mencionó para el pago de las cuotas IMSS la retribución por cuota diaria debe integrarse con las prestaciones que recibe el trabajador, a dicha cantidad se le aplican los porcentajes establecidos. Para un salario mínimo general los impuestos a salarios a cargo de la empresa, suman \$ 1,075.00, por mes, cabe aclarar que las cuotas al INFONAVIT, el seguro de retiro y la cesantía en edad avanzada y vejez, se cubren en forma bimestral, pero para mayor claridad se calcularon por un periodo de 31 días. El impuesto sobre nóminas es estatal y el porcentaje corresponde a Michoacán, por tanto, en otras entidades federativas puede coincidir o ser distinto. A continuación, se muestra el efecto de estas contribuciones para la remuneración actualizada de enero de 1970 a diciembre de 2018.

Tabla 11: Costo por cuotas patronales de seguridad social y el impuesto sobre nóminas considerando el salario mínimo de 1970 actualizado a diciembre 2017

	Cuotas Patronales por salarios superiores a 3 UMA				
	Salario	Salario	% de	Salario	Cuotas
	Cuota	Base de	Cuotas	Base	Patronales
	diaria	Cotización	Patronales	Mensual	Mensual
Cuotas Patronales IMSS	\$ 257.82	\$ 269.47	31.650%	\$ 8,353.57	\$ 2,643.90
Cuotas Infonavit	\$ 257.82	\$ 269.47	5.0%	\$ 8,353.57	\$ 417.68
Impuesto sobre nóminas	\$ 257.82	\$ 269.47	2.0%	\$ 8,353.57	\$ 167.07
					\$ 3,228.65

Fuente: Elaboración propia

En las cuotas patronales para el instituto mexicano del seguro social (IMSS), hay un incremento porcentual, derivado de que el salario base de cotización excede el equivalente a 3 UMA, cuyo valor actual como se mencionó es de \$80.60, de conformidad con lo establecido en la ley del seguro social vigente. Al considerar el salario actualizado a diciembre 2017, los impuestos a la retribución se elevan de \$ 1,075.00 a \$ 3,228.65, un doscientos por ciento más, lo que implica un aumento cuyo impacto puede generar problemas financieros principalmente de liquidez en las organizaciones principalmente en las pymes, contar con desventajas en su administración, derivado de un cambio no planificado.

Además del incremento en los impuestos a salarios, la nómina de la misma manera tendrá un incremento sustancial, dependiendo de las retribuciones que tenga establecidas, pues algunas organizaciones manejan cantidades un poco arriba de los mínimos establecidos, situación que se verá reflejada en los gastos de operación y en consecuencia en los resultados económicos, en el pago de impuestos, en la distribución de las utilidades a trabajadores y en los programas de crecimiento e inversión, derivados de los planes estratégicos. Con respecto a las pymes derivado de su escaso promedio de vida, puede representar un problema en cuanto a la permanencia en el mercado.

Por último, la desvalorización del salario mínimo producto de incrementos inferiores a la inflación, no solamente causa agravio a la percepción semanal o quincenal del trabajador, además se traslada a las aportaciones del seguro de retiro, cesantía y vejez, de las cuotas patronales IMSS reflejadas en los cálculos anteriores, impactando negativamente las pensiones al cotizar con una retribución baja, aunado a lo anterior la determinación de éstas mediante la UMA. De igual manera afecta en cuanto a las aportaciones al INFONAVIT, disminuyendo la posibilidad de calificar para un crédito, en su caso tener una aportación menor por parte del empleador.

6. CONCLUSIÓN

El presente trabajo de investigación, muestra el proceso de desvalorización del salario mínimo en el periodo tomado como muestra de enero de 1970 a diciembre de 2017, así mismo destaca los estados que presentan mayores índices de pobreza, en gran parte por la pérdida paulatina del poder adquisitivo, resultado de indicadores inflacionarios superiores al incremento salarial establecido. Se observa también que México ocupa el penúltimo lugar dentro de los países latinoamericanos con la peor retribución por este concepto y con respecto a Estados Unidos y Canadá, socios comerciales, existe una diferencia abismal.

Por lo anterior se concluye que es urgente revalorar el salario mínimo, beneficiando a los trabajadores que lo perciben y de alguna forma a aquellos que se encuentran levemente por encima de él, para restituir el poder adquisitivo, mejorando además el nivel de vida de quienes viven en zonas con alto índice de marginación, entre ellos los jornaleros del campo, trabajadores eventuales, domésticos, sobre todo iniciar una etapa de recuperación, evitando dar continuidad al castigo del ingreso de los sectores más vulnerables y la clase media, pues

en los últimos años el aumento de los sueldos se vincula con este, resultando por tanto un efecto colateral. De igual manera la implementación de la UMA en el sistema de pensiones, viene a mermar sus montos considerablemente en su retiro, al ir quedando con un valor inferior.

La revalorización del salario mínimo se plantea en forma gradual, durante el periodo del gobierno entrante, es decir a partir de 2019, aumentando proporcionalmente la sexta parte de la desvalorización acumulada, no se recomienda de manera inmediata, con la finalidad de que las organizaciones y principalmente las pymes, cuenten con un periodo de adaptación respecto al impacto en sus costos por salarios, así como en los impuestos a las retribuciones, cuyo incremento como se muestra en los resultados de esta investigación, se elevan de manera considerable. El mecanismo propuesto se basa en la aplicación de los índices de inflación publicados con anterioridad por el banco de México, actualmente por INEGI, que pueden mantener sesgos, pues el incremento a gasolinas en el presente sexenio, como se menciona, ha provocado aumento paulatino generalizado de los precios, lo que deja en duda los datos oficiales publicados.

Los hallazgos más relevantes de la presente investigación se refieren a la necesidad de planear un proceso de revalorización del salario mínimo considerando los efectos de no establecer un periodo de adaptación, de igual manera el incremento que se establezca cada año debe guardar proporcionalidad con la inflación, incluso que el procedimiento para la determinación de esta, sea certificado por un órgano independiente que garantice su certeza. Además de lo anterior, se analice el impacto negativo en las pensiones de los trabajadores, así como su vinculación con la UMA que viene a causar un efecto negativo. En cuanto a las prestaciones relativas al seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, proporcionadas por el IMSS, se ven disminuidas al igual que las aportaciones al INFONAVIT, cuando se percibe una retribución baja poniendo en desventaja al trabajador respecto a su pensión y posibilidad de obtener créditos para vivienda.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Banco De México (s.f.). “Índice Nacional de Precios al Consumidor”. Obtenido de <http://www.anterior.banxico.org.mx/divulgacion/politica-monetaria-e-inflacion/politica-monetaria-inflacion.html#Definiciondeinflacion>

Banco de México (s.f.). “*Política monetaria e inflación*”. Obtenido de <http://www.anterior.banxico.org.mx/portal-inflacion/inflacion.html>

Comisión Nacional de derechos Humanos, CNDH (2018). “Salario Mínimo y derechos Humanos” *México*. Obtenido de <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Salario-Minimo-DH.pdf>

Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (22 de mayo de 2018). “Tabla de salarios mínimos 1992- 2018”. Obtenido de <https://www.gob.mx/conasami/documentos/tabla-de-salarios-minimos-generales-y-profesionales-por-areas-geograficas?idiom=es>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de desarrollo Social. CONEVAL (2017). “*Medición de la Pobreza*”. Obtenido de <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Informacion-MCS-2015.aspx>

Diario oficial de la Federación (23 de Febrero de 2011). “Índice Nacional de precios al Consumidor”. Obtenido de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5179141&fecha=23/02/2011

Diario Oficial de la Federación (30 agosto de 2018). Banco de México http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5536390&fecha=30/08/2018

E. Céspedes, (23 de noviembre de 2017). “*ABC Finanzas.com*”. Obtenido de <http://www.abcfinanzas.com/finanzas-personales/conceptos-basicos-financieros/que-es-el-poder-adquisitivo>

EXPANSIÓN en alianza con CNN (2018). “*Salario mínimo en América Latina*”. Obtenido de <https://expansion.mx/economia/2018/01/09/estos-son-los-mejores-y-peores-salarios-minimos-en-latinoamerica>

Diario Oficial de la Federación (30 de diciembre de 2016). “*Ley para Determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización*”. Obtenido de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468187&fecha=30/12/2016

Gutiérrez, O., & Zurita, A. (2006). *Redalyc.org*. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=425942413004>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI (24 de abril de 2013). “Índice de precios”. Obtenido de http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/precios/inpc/doc/documento_metodologico_inpc.pdf

Instituto para el desarrollo Industrial y el Crecimiento Económico A. C. IDIC (2017). “*Porcentaje de población ocupada que no recibe ingresos y con ingresos de hasta 1 salario mínimo*”. Obtenido de <http://www.idic.mx>

J. Álvarez. (2018). “El Contribuyente”. Obtenido de <https://www.elcontribuyente.mx/2017/03/que-es-la-uma-y-para-que-sirve/>

J. Pérez & A. Gardey (2015). “Definición de poder adquisitivo”, Obtenido de <http://definicion.de/poder-adquisitivo/>

K. García (11 de septiembre de 2018). “*Gasolina se ha encarecido 77% en lo que va del sexenio*”. Obtenido de <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Gasolina-se-ha-encarecido-77-en-lo-que-va-del-sexenio-20180911-0012.html>

Ley Federal del trabajo (2015). “Salario mínimo”. Cámara de Diputados del H. congreso de la Unión. México

L. Munch. Fundamentos de Administración. Editorial Trillas, 2ª ed., México 2006.

M. E. Cárdenas, C. Peralta & M. Cárdenas (2008). “Salario mínimo en México”. Obtenido de http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2013/08/salario_minimo_en_mexico.pdf

Organización Internacional del Trabajo OIT O. (s.f.). “Informe Mundial Sobre Salarios 2016/2017”. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_541632.pdf

J. Pérez & A. Gardey (2009). “*Definición De: Definición de Pyme*”. Obtenido de <https://definicion.de/pyme/>

P. Samuelson, & W. Nordhaus. *Economía*. México. Editorial Mc Graw Hill, 18ª ed., México 2007.

R. Hernández, C. Fernández, & M. Baptista. *Metodología de la Investigación*. México, Editorial Mc Graw Hill 6ª ed., México 2014.

S. González (24 de abril de 2017). “Se deteriora el poder adquisitivo de los mexicanos este año”: Ceeds. *Economía*, pág. 18.

Secretaría de Economía (2010). “*México Emprende*”. Obtenido de <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/mexico-emprende/empresas/pequena-empresa>

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA EN CUBA. APUNTES PARA UNA REFORMA

Amed Ramírez Sánchez
Profesor Asistente de Derecho Administrativo
Universidad de la Habana, Cuba

Alcides Antúnez Sánchez
Profesor Auxiliar,
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018
Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018

RESUMEN: La actividad inspectiva, se revela en la actividad administrativa cubana como un elemento indispensable dentro del control de la Administración Pública. Sin embargo, a pesar de resultar una de las técnicas más tradicionales de control administrativo, entre nosotros no ha contado con un desarrollo teórico suficiente, y de su régimen jurídico se evidencian profundas asimetrías, incluso contradictorias con el régimen general de inspección. Alejada del pensamiento de los cultores del Derecho Administrativo patrio, o tratada de forma insuficiente, resulta una verdadera “cenicienta” dentro de las técnicas de intervención administrativa en contradicción, con su uso cada vez más generalizado en todos los sectores y niveles de organización administrativa. Las presentes líneas tienen como objetivo fundamentar que los elementos teóricos esenciales que configuran necesarios para el perfeccionamiento su régimen jurídico en Cuba resulta: su concepción trípode como potestad, actividad y función.

ABSTRACT: The inspection activity is revealed in Cuban administrative activity as an indispensable element in the control of the Public Administration. However, despite being one of the most traditional techniques of administrative control, among us there has not been sufficient theoretical development, and its legal regime is deeply asymmetrical evidence, even contradictory with the general inspection regime. Far removed from the thinking of the authors of national administrative law, or treated insufficiently, it is a true "Cinderella" within the techniques of administrative intervention in contradiction with its increasingly widespread use in all sectors and levels of administrative organization. The objective of these guidelines is to establish that the essential theoretical elements that make up the legal regime in Cuba necessary for its improvement are: its tripod conception as a power, activity and function.

PALABRAS CLAVE: Inspección, potestad, función, actividad administrativa, principios, competencias, régimen jurídico.

KEYWORDS: Inspection, public authority, function, administrative activity, principles, powers, competences, legal status

SUMARIO: I. A manera de Prólogo. II. La inspección administrativa. Criterios doctrinales y normativos acerca de su concepción jurídica. Sus principios informadores. III. La potestad inspectora de la Administración Pública. Bases constitucionales y normativas para su ejercicio. IV. La inspección como forma de la actividad administrativa. Tipos y etapas. V. La función pública inspectora. Los deberes y competencias reconocidos a la posición jurídica del inspector y los órganos de inspección. VI. A modo de conclusiones.

I. A MANERA DE PRÓLOGO

En el actual contexto de realización de las relaciones jurídicas administrativas la retirada en la gestión directa de actividades de naturaleza administrativa, ha exigido la aplicación más coherente de las técnicas contenidas en la actividad de limitación o policía, de tradicional construcción desde la doctrina europea,¹ que ha evolucionado hacia la ordenación y el control. Con ello se ha pretendido alcanzar una articulación de técnicas de intervención desarrolladas desde las potestades administrativas que se configuran a partir de la autotutela organizadora. De tal modo, a pesar que la ecuación de la fórmula de gestión se haya modificado, el resultado final de garantía y realización de los derechos fundamentales que tiene aparejado la realización del interés público, mantiene el ámbito de actuación, pero desde otro ámbito de incidencia, estableciendo límites y estándares en los niveles de actividad, y controlando su cumplimiento.

En este panorama, el debate planteado por DOMENECH PASCUAL, acerca cuáles serán mejores, los controles previos o los posteriores², se erige como una guía teórica para realizar un análisis que trasciende con creces la realidad en la que se enmarca el autor y trasciende del otro lado del océano, teniendo plena relevancia en del régimen jurídico administrativo cubano. Como esencia de este canon en el pensamiento ius-administrativista, emana la exigencia de un sistema que resulte como un traje a la medida de las necesidades de la organización y gestión del interés público a fin de lograr la integralidad del control y su funcionalidad.

Su consecución, por ende, no puede pretenderse con la potenciación de unas acciones sobre otras, sino como un gran agregado de partes que compongan el rompecabezas de los *checks and balances*, que doten de coherencia al sistema y relacionen unas técnicas con otras. De ahí que como ha sostenido MATILLA CORREA: “(...) no debe menospreciarse ninguna de las formas de control posible, ni – contrariamente – debe ponerse una confianza ciega – o sobreestimarse – un tipo de control en detrimento de otros, pues esa visión, al tener un alcance limitado por la naturaleza objetiva a la que responde, sólo conduciría a una implementación inacabada o disminuida de la propia idea del control”³

Los desafíos actuales que enfrenta la inspección como actividad ordinaria de intervención requieren otorgar a la Administración un mayor margen de apreciación en la determinación de sus marcos de actuación, de tal forma de optimizar el ejercicio de esta potestad y adecuarla permanentemente al cumplimiento de sus fines. En Cuba, la reforma del sector público ha puesto de relieve la necesidad de perfeccionamiento del régimen jurídico

¹ BONNARD, Roger, “Précis de Droit Administratif”, 4^{TA} Ed. Revue et mise au courant des Réformes Administratives, LGDJ, Paris, Francia, 1943, p 413 y ss, HAURIU, Maurice, “Précis de Droit Administratif et Droit Public Generale”, quatrième Edition, Librairie de Société de Recueil General de Lois & Arrêts, Paris, 1904, p 585 y ss 533 y ss, RIVERO, Jean, *Droit Administratif, Treizième Edition, Jurisprudence Générale Dalloz, Francia, 1990, p 538*, VEDEL, GEORGES, Derecho Administrativo, traducción de la 6^{ta} edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar S.A., Madrid, 1980, pp 661-687, 74. MAYER, Otto, “Derecho Administrativo Alemán”, T II, Parte Especial. Poder de Policía y Tributario, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p 3-36.

² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Papeles de economía española*, N° 151, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), 2017, pp. 47-62

³ MATILLA CORREA, Andry, “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano*, 2da edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, p. 491

administrativo, a partir de un diseño un sistema integral donde se refuerce la idea del control desde arriba, con definición de mecanismos de garantías para su ejercicio. Unido a ello, la colaboración de múltiples actores sociales, con especial referencia a las acciones directas de los ciudadanos en la elaboración, aprobación y ejecución de las políticas públicas emanan como un elemento que aporta calidad democrática a esta concepción de acoutability social.

Ante estas cuestiones las actuales limitaciones del ordenamiento jurídico administrativo precisan un balance efectivo entre la institucionalización de órganos y un régimen jurídico que responda a la realidad social, como medios para para que el control cumpla su fin teleológico de garantizar la eficiencia, eficacia, transparencia y responsabilidad de los poderes públicos.

En tal sentido, la actividad inspectiva, se revela en la actividad administrativa cubana como un elemento indispensable dentro del control de la Administración Pública; cuya *“importancia actual - puesta desde el contexto español pero aplicable a Cuba- dentro del conjunto de actividades administrativas, debe, por tanto, influir y condicionar el modelo de organización y el tipo de personal que la Administración requiere. Pero, además, debe dotarse a esta actividad de un régimen jurídico general como el que tienen otras actividades de la Administración”*⁴.

Sin embargo, a pesar de resultar una de las técnicas más tradicionales de control administrativo, entre nosotros no ha contado con un desarrollo teórico suficiente, y de su régimen jurídico se evidencias profundas asimetrías, incluso contradictorias con el régimen general de inspección. Alejada del pensamiento de los cultores del Derecho Administrativo patrio⁵, o tratada de forma insuficiente⁶, resulta una verdadera “cenicienta” dentro de las técnicas de intervención administrativa en contradicción con su uso cada vez más generalizado en todos los sectores y niveles de organización administrativa.

Ante tales insuficiencias, las presentes líneas tienen como objetivo fundamentar que los elementos teóricos esenciales que configuran necesarios para el perfeccionamiento su régimen jurídico en Cuba resulta: su concepción trípode como potestad, actividad y función.

Determinar el régimen jurídico de la actividad inspectora en Cuba resulta una tarea harto complicada, por los límites a la publicidad de las normas que ordenan tal actividad que se experimenta en el funcionamiento de nuestros órganos y organismos de la Administración Pública a todos los niveles. A tales efectos, para realizar el análisis sobre sus principales características han sido seleccionadas un total de 15 normas jurídicas⁷, atendiendo a los

⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en SAINZ MORENO, Fernando, (Dir.) *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004, pp. 447

⁵ Como expresión de la situación histórica, Cfr. MORENO, Francisco, *La Administración y sus procedimientos*, Imprenta de EL ECO MILITAR, Habana, 1886 GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo II, Segunda edición, Imprenta “El Siglo XX”, Habana, 1914, LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y MARTÍNEZ SAENZ, Joaquín, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C^a, Habana, 1922, NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, 2 Tomos, 13^{era} edición, Imprenta J. Hernández Lapido, Habana, 1926, RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo, Primer curso*, Conferencias mimeografiadas, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, La Habana, s/a, VALDIVIA ONEGA, Marisabel/ VIZOSO GARCÍA, María de los Ángeles y CASTANEDO ABAY, Armando, *Separata de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1989, AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial “Félix Varela”, Ciudad de La Habana, 2002.

⁶ GARCINI, Héctor, *Derecho Administrativo, Segunda parte*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, pp. 79-80.

⁷ CONSEJO DE MINISTROS (CM), Decreto N° 100/84, de fecha 10 de febrero de 1984, “Reglamento General de la Inspección Estatal” en GOO N° 14 de 10 de febrero de 1984; CONSEJO DE MINISTROS (CM), Acuerdo N° 5799 del CECM, de fecha 23 de octubre 2006, Disponiendo la Creación de las Direcciones Provinciales Integrales de Supervisión (S/P en GO), consultado en CM, Manual del Supervisor Integral. Documentos Legales. 2007, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR), Resolución de fecha 12 de septiembre de 2012, “Normas para la realización de la inspección de la Contraloría General de la República”, publicada en GOE N° 42, de 28 de septiembre de 2012, MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MINSAP), Resolución Ministerial N° 215, de fecha 27 de agosto de 1987, “Reglamento de la Inspección Sanitaria Estatal”, publicada en GOO N° 71 de fecha 8 de julio de 1987; MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MINED), Resolución Ministerial N° 239/2010, de fecha 26 de octubre de 2010, “Reglamento del Sistema de Inspección del Ministerio de Educación”, publicada en GOO N° 053 de 21 de diciembre de 2010, MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE (CITMA), Resolución Ministerial N° 130/95, de

siguientes criterios: **a) Publicación en la Gaceta Oficial de la República:** a excepción del Reglamento de Inspección del INDER, el resto fue consultado desde la referencia de publicación en la Gaceta Oficial **b) Tiempo de promulgación:** Se tuvieron en cuenta en la muestra reglamentos vigentes promulgados en las dos últimas décadas del siglo XX (4), así como en la primera (6) y lo decursado de la segunda década del presente siglo (5); a fin de determinar posibles tendencias en la evolución de la regulación de la actividad inspectiva. **c) Representatividad de sectores:** las normas seleccionadas responden a un criterio de selección de los sectores productivos (1), de prestación de servicios (5) y de organización y funcionamiento del Estado y en concreto de la Administración Pública (8)

Dentro de este criterio de selección no pudieron ser tenidos en cuenta dos sectores tradicionales como la inspección del trabajo⁸ y la inspección tributaria, pues a partir de los procesos de codificación de la última década, fueron derogados los cuerpos normativos que regulaban la situación estatutaria de ambos regímenes jurídicos, siendo regulados sin mayores desarrollos institucionales en las respectivas leyes de ordenación y sus reglamentos.⁹

Consecuentemente, el artículo girará en torno al análisis en respectivos epígrafes los elementos del trípodé potestad, actividad y función inspectora.

II. LA POTESTAD INSPECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CRITERIOS DOCTRINALES ACERCA DE SU CONCEPCIÓN JURÍDICA Y PRINCIPIOS INFORMADORES

A) La inspección administrativa. Criterios doctrinales acerca de su concepción jurídica

La inspección deviene en una técnica de intervención sobre la actividad administrativa de creciente utilidad. Su presencia ha desbordado los tradicionales ámbitos de actividades de gestión financiera, prestaciones de sanidad, higiene y educación, para ganar presencia en sectores más emergentes como la economía (pesca, agricultura) y la industria, los servicios de interés general (recursos hídricos, electricidad y energía, telecomunicaciones, transporte), consumo, medioambiente y urbanismo.

fecha 1º de junio de 1995, Reglamento para la Inspección Ambiental Estatal, publicado en GOO N° 21 de fecha 24 julio de 1995, MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE (CITMA), Resolución Ministerial N° 103/2008, Reglamento de la Inspección Estatal de la actividad Reguladora, publicado en GOO N° 041 de 2 de julio de 2008, MINISTERIO DE TRANSPORTE (MINTRANS), Resolución N° 31/96, “Reglamento del Sistema de Inspección y Control Estatal del Transporte”, publicado en GOO N° 12 de 19 de abril de 1996, MINISTERIO DE LA CONSTRUCCIÓN (MICON), Resolución No. 269/2017, Reglamento de la Inspección Estatal de la Construcción, publicada en (GOC-2017-608-EX44) de 12 de octubre de 2017, MINISTERIO DE LAS FUERZAS ARMADAS (FAR), Resolución No. 44/2017, Reglamento de la Inspección Estatal de Hidrografía y Geodesia, publicada en GOC-2017-552-O26 de 13 días del mes de junio del año 2017, MINISTERIO DE CULTURA (MINCULT), Resolución N° 60/2002, de fecha 29 de abril DE 2002, Reglamento de la Inspección Estatal del Ministerio de Cultura, publicado en GOO N° 26 de fecha 27 DE MAYO DE 2002, MINISTERIO DE FINANZAS Y PRECIOS (MFP), Resolución N° 87/2011, de fecha 28 de febrero de 2011, Reglamento de la Inspección Estatal de Precios publicada en GOO N°6 de 5 de abril de 2011, INSTITUTO NACIONAL DE DEPORTES, EDUCACIÓN FÍSICA Y RECREACIÓN (INDER), Resolución N° 45/2007, de fecha 5 días de julio del 2007, Reglamento del Sistema de Control del Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, (S/P en GO), ADUANA GENERAL DE LA REPÚBLICA (ADUANA), Resolución No. 20/2003, de fecha 28 de abril de 2003, Normas para la Inspección Aduanera, publicada en GOO N° 31 de 6 de agosto de 2003, INSTITUTO NACIONAL DE RESERVAS ESTATALES (INRE), Resolución N° 18/2008, Reglamento para la Inspección Estatal a las Reservas Materiales, publicado en GOO N° 009 de 20 de febrero de 2008

⁸ En esta materia solo pervive en su vigencia la Resolución No. 47/2001, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se crea la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo, la cual, conforme al Resuelto Tercero de la Resolución, tiene como objetivo (...) proponer, dirigir y controlar la política de Inspección Estatal en materia laboral, de Seguridad y Salud en el Trabajo, fiscalizando el cumplimiento de la legislación vigente, con un sentido ético y espíritu educativo, contribuyendo a su perfeccionamiento en los casos que proceda

⁹ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 116/2013 Código de Trabajo, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014, arts. 190-194, Consejo de Ministros Decreto No. 326/2014 Reglamento del Código de Trabajo, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014, pp 222-223.

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 113, en Gaceta Oficial No. 053 Ordinaria de 21 de noviembre de 2012, (*sin regulación en concreto*) Consejo de Ministros, Decreto No. 308, Gaceta Oficial No. 053 Ordinaria de 21 de noviembre de 2012 (*sin regulación en concreto*)

A ello, debe sumarse el hecho de que su contenido vincula a las más importantes instituciones del Derecho Administrativo, desde la actividad administrativa propiamente, pasando por organización y función pública, hasta procedimientos y actos administrativos, potestad sancionadora, control administrativo, responsabilidad, entre otros.

Pero ello no indica que la inspección contenga una categoría jurídica de novedosa introducción en el Derecho Administrativo, todo lo contrario, su arraigo en la práctica de las Administraciones es en buena medida, consustancial al propio desarrollo de esta Ciencia. Sin embargo, ha sido una “Cenicienta”, pues los estudios teóricos en este campo no resultan abundantes en comparación con otras instituciones y no es hasta décadas recientes que se encuentran artículos y monográficos vinculados al tema, hecho que habla de sistematización doctrinal de su contenido en proceso de construcción.

Conjuntamente, en materia de regulación jurídica se asiste a una dispersión normativa ocasionada por una creciente reglamentación sectorial en término muchas veces no compatibles, que se agudiza con la carencia de una regulación general sistematizadora de sus elementos.¹⁰ Tal referente se aprecia inclusive en los pronunciamientos de los máximos intérpretes y controladores de la Convencionalidad, Constitucionalidad y legalidad; tendencias comparadas que en Cuba tienen plena constatación.

Es por ello que como bien sostiene REBOLLO PUIG desde la realidad Española, pero aplicable a disímiles contextos, “(...) una regulación de la inspección administrativa es especialmente necesaria por la elemental razón de que aquí el ámbito cubierto por la actuación administrativa sancionadora es más amplio que en otros países y que, en consecuencia, donde en éstos basta una regulación de la investigación judicial de los delitos, entre nosotros es muchísimo lo que depende de la inspección administrativa de las infracciones¹¹.”

Conviene por ello, valorar los elementos de las más importantes posiciones teóricas sostenidas al respecto. En tal sentido, un primer grupo identifica la inspección como actividad, con referencias a los vínculos de la actividad sancionadora y la de control preventivo o represivo.

En esta vertiente destacan los criterios de SÁNCHEZ MORÓN, para quien la inspección es “(...) una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente¹².” Aquí destacan los elementos de la formalización de la actividad, su carácter preventivo o represivo y la comprobación del cumplimiento de la legalidad, sea cual sea la intervención.

Siguiendo esa línea, GARCÍA URETA la califica como “una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular¹³.”

Esta construcción, como las anteriores del criterio de los derechos y obligaciones impuestos por la legalidad al particular, destacando los elementos de las fases de los procedimientos administrativos, y su carácter ejecutivo por encima del formal señalado por SÁNCHEZ MORÓN, con la cualificación del cumplimiento del principio de legalidad como adaptación al ordenamiento jurídico.

Un segundo grupo, suele encuadrarla como mecanismo de control posterior puramente. Así, pueden ser identificados los criterios de BERMEJO VERA, quien fundamenta el criterio de que: “(...) se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar acabo

¹⁰ CFR. REBOLLO PUIG, Manuel, *ob. cit.*, p 449

¹¹ *Idem*, p 449

¹² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho Administrativo. Parte General”, 6ta Ed., Tecnos, Madrid, España, p 660.

¹³ GARCÍA URETA, Agustín, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona, 2006. p. 29.

*funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad*¹⁴...”

Esta resulta una de las definiciones más acabadas en la doctrina, que introduce un aspecto importante: las múltiples miradas de la inspección como potestad, actividad o función, aspecto que ha tomado diversos caminos, como veremos luego. En igual sentido, la caracterización técnica de la actividad inspectora se conjuga con la legalidad para configurarse como un control de legalidad técnica.

En tercer lugar, se distingue una posición que la asocia como actividad auxiliar a otras. Desde esa línea, al decir de REBOLLO PUIG, *“La inspección es una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no sólo la sancionadora, como simplistamente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras*¹⁵.”

Desde el contexto nacional, la obra del profesor **GARCINI GUERRA** vincula la actividad inspectiva como una forma de aplicación de las relaciones jerárquicas, dentro de la actividad de Dirección Estatal, influencia teórica receptada del Derecho Administrativo Soviético¹⁶. En tal sentido, configura la inspección como la *“facultad- en el sentido de potestad- que posee un órgano administrativo para examinar los actos materiales y las operaciones preparatorias y ejecutivas de los actos de decisión que tienen a su cargo los trabajadores que le están subordinados. Nunca se proyecta sobre los actos productores de efectos jurídicos*¹⁷”.

De tales posiciones, emanan algunas características relevantes que precisan ser sistematizadas. La inspección administrativa ha sido vislumbrada desde una óptica tripartita, bien como potestad reconocida en el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, bien como función pública desarrollada por inspectores (funcionarios), bien como técnica de intervención de actividad material de control o policía, que no resultan incompatibles, sino resultan diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad inspectora (ente administrativo atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación), cuya proyección propende el encuadre de la realidad social en el canon del efectivo cumplimiento de la norma.

B) La potestad inspectora de la Administración Pública. Bases constitucionales y normativas para su ejercicio

La configuración de la potestad inspectiva parte de la teoría general de las potestades administrativas¹⁸. En el ámbito que nos ocupa, al decir de LEAL VÁSQUEZ, *“(...) la potestad*

¹⁴ BERMEJO VERA, José, *La Administración Inspectora*, Revista de Administración Pública, número 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp 40-41. En ese orden, Cfr. desde el contexto latinoamericano reciente, LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 56, Director de Publicaciones, Chile, 2015, p 63

¹⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, “La actividad de inspección” en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*.” Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El Contenido, 1º Ed., Iustel, Madrid, España, 2009, p. 55

¹⁶ VASILENKOV et. al., *Derecho Administrativo Soviético, trad. pos.*, PERAZA CHAPEAU, José D, Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p 159

¹⁷ GARCINI GUERRA, Héctor, ob.cit., p.169

¹⁸ Se sigue en este sentido el criterio de la doctrina italiana sistematizado POR GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y extendido a parte importante de la doctrina española, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás – Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo*”, T.I, 15ª Ed., Editorial Thompson-Cívitas, Madrid, España, 2011, p 466 y ss., ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, traducción de la 5ta edición italiana (1949) por Héctor MASNATTA y actualizada con la 6ta edición por

de inspección es una forma de intervención administrativa, unilateral, de carácter material e interlocutoria de decisiones administrativas ulteriores, realizada con la finalidad de comprobar la adecuación del ejercicio de derechos y obligaciones de los particulares al ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que los rigen. Al ser una potestad pública, su atribución debe realizarse por ley¹⁹.

Por ende, resulta esta una potestad de ejercicio reglado donde no cabe discrecionalidad en su aplicación. La misma debe ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del inspector²⁰.

En el ordenamiento jurídico cubano, la potestad inspectora se materializa desde el reconocimiento de competencias a los diversos órganos de la Administración del Estado.²¹ Este resulta propiamente el mecanismo más importante y concreto del diseño constitucional en materia de control atribuido la Administración Pública. El mismo parte del artículo 98 inciso i) del texto constitucional que reconoce al Consejo de Ministros la competencia de *dirigir la administración del Estado, y unificar, coordinar y fiscalizar la actividad de los organismos de la Administración Central y de las Administraciones Locales* y resulta fundamento de todo el sistema de control de la Administración Pública.²²

Sobre esa base, a partir de la inexistencia de una Ley orgánica que regule el funcionamiento de la Administración Pública a nivel central y local²³, existen dos normas jurídicas que regulan dicha cuestión con especial detenimiento. Por un lado, en el Decreto Ley 272/2010, regulador del funcionamiento del Consejo de Ministros, órgano superior del sistema de Administración Central del Estado, y por otro, el Acuerdo 6176, que regula el funcionamiento de los Consejos de la Administración en el ámbito local (provincial y municipal), así como de las Direcciones administrativas que se le subordinan. Así, las competencias de control que se encuentran definidas para el Consejo de Ministros en el Decreto Ley 272/2010, en su artículo 12 inciso i), ratifican el contenido del texto constitucional (*art 98 inciso i*) y en su artículo 39 reconoce las competencias de fiscalización con respecto a las administraciones locales del Poder Popular. A nivel de Ministerios, la ordenación de esta forma de la actividad deviene de diversos ordenamientos sectoriales, con variadas técnicas de control previo y posterior que serán analizados más adelante, así como reglamentos orgánicos internos de cada Organismo de la Administración Central del Estado (OACE), que fijan el control como un principio rector de la actividad administrativa que desarrollan.

Francisco Humberto PICONE, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954, p 227 y ss., GIANNINI, Massimo Severo, "Derecho Administrativo", INAP, trad. Pos. Ortega, Luis, Vol. Primero, Madrid, España, 1991, p 171 y ss, BACIGALUPO SEGGESE, Mariano, "Las potestades Administrativas", en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen I. La forma*, 1º Ed., Iustel, Madrid, España, 2009, LINDE PANIAGUA, Enrique, "Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos", 2º Ed., UNED, Madrid, 2010, p 267 y ss, GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, Manual Básico de Derecho Administrativo. Séptima edición, Tecnos, Madrid, España, 2010, pp 58-59

¹⁹ LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, ob cit., p 76

²⁰ Cfr. ÍDEM., pp 90-92, Así mismo, LINDE PANIAGUA, Enrique, ob. cit., p 362,

²¹ Desde el ordenamiento jurídico cubano. Cfr. sobre todos, ARIAS GAYOSO, Grethel, "Las potestades administrativas. Apertura y cierre al ejercicio del poder público", en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017*, pp 138-140. PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, Fundamentos jurídicos de la intervención administrativa en la actividad privada de alojamiento turístico en Cuba, MATILLA CORREA, Andry (Coord.) ob. cit., pp. 482-485

²² Sobre la configuración del Sistema orgánico de la Administración Pública a nivel central, cfr. sobre todos MATILLA CORREA, Andry, "Constitución y Administración Pública: Algunas ideas sobre las bases constitucionales del régimen jurídico administrativo cubano" en Huck, Winfried, y Pérez Martínez, (Editores), *Derecho, Economía y Sociedad en el Siglo XXI. II Simposio Germano-Cubano de Derecho, La Habana, Cuba, 2013, Hamburg, Alemania, 2013*, p 328.

²³ En tal sentido, desde el punto de vista histórico, en el Decreto Ley N° 67, de fecha 19 de abril de 1983, relativo a la Organización de la Administración Central del Estado, se reconocía en su artículo 25 la inspección como un atribución general a todos los Organismos de la Administración Central del Estado en los cuales eran rectores, con apoyo en el Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado, puesto en vigor por medio del Decreto N° 1 del Consejo de Ministros de fecha 23 de julio de 1978; el cual, por medio de su artículo 101 desarrollaba la esfera de actividad de la inspección. Ambas normas, han sido derogadas a día de hoy de forma casi absoluta (de la primera solo quedan vigentes algunos aspectos sustantivos no vinculados a este tema)

A nivel local, el Acuerdo 6176 resulta, a falta de una Ley del régimen local, la norma de organización administrativa fundamental. En el mismo se reconoce a los Consejos de la Administración como órganos de dirección en el entorno local, competentes para el control de las entidades de su territorio, independientemente del nivel de subordinación (*art 8*), aspecto que se refuerza competencialmente en el art. 13 inciso 2). De igual forma, en sus apartado 18, reconoce la competencia de control jerárquico a las direcciones administrativas, tendentes a *mejorar y perfeccionar las funciones, subsanar deficiencias y eliminar defectos e incumplimientos que se detecten en verificaciones fiscales, auditorías, inspecciones y controles, así como a rectificar errores resultantes de las violaciones de las normas, regulaciones y demás disposiciones dictadas por dicha entidad dentro de sus facultades, adoptando las medidas disciplinarias que correspondan*²⁴.

El cierre de este sistema a nivel orgánico en la estructura de la Administración Pública en Cuba se encuentra en las Direcciones Administrativas municipales y provinciales, las cuales en virtud del art. 55 apartado 4) derivan las competencias generales de los Consejos de la Administración analizados previamente.

Sobre la base de esta regulación de competencias en relación con el ejercicio de la potestad inspectiva, las mismas se desarrollan en un régimen jurídico propio, contenido en el Decreto No. 100, el cual regula en su artículo 1º que: *“La inspección estatal consiste en la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes, llevadas a cabo por los organismos centrales de la Administración del Estado, dentro de su propio sistema o en el ejercicio de su función rectora, o por los órganos locales del Poder Popular, estos últimos, a través de sus dependencias administrativas, sobre las actividades administrativas, de producción y servicio*²⁵”.

Del contenido de este artículo, se deja especial habilitación al ejercicio de la potestad inspectiva a los entes de los dos niveles de organización administrativa. Por un lado, los OACE, *“dentro de su propio sistema o en el ejercicio de su función rectora”*; y por el otro, los *“órganos locales de la Administración pública, “sobre las actividades administrativas, de producción y servicio”*.

A ello responde que, en su Disposición Final Primera, el reglamento faculta a los jefes de los Organismos de la Administración Central del Estado para dictar el reglamento de la inspección estatal de la rama, subrama o actividad de la cual son rectores, sobre la base de las normas establecidas de dicho cuerpo legal. Sin embargo, no existe especial remisión a los órganos locales para su correspondiente desarrollo orgánico y funcional de dicha potestad, una expresión del límite a la autonomía local en el orden administrativo cuyo mayor índice negativo resulta el desarrollo de la actividad inspectiva por cuerpos provinciales (Direcciones Provinciales de Supervisión Integral por sus siglas DIS), cuya actividad resulta regulada por medio del Acuerdo N° 5799 del CECM, de fecha 23 de octubre 2006. Esta norma, que no se encuentra publicada en Gaceta Oficial, establece las bases del desarrollo de la actividad inspectiva nivel local, el entorno donde potencialmente debe desarrollarse la actividad con mayor intensidad, con enormes asimetrías de la ordenación general y sectorial, aspectos que se detallarán más adelante. A ello, ha de agregarse que no existe entre nosotros una ley de procedimientos administrativos, que permita regular la dimensión procedimental de la inspección; generándose un retroceso en algunos sectores que sí las poseían (inspección tributaria e inspección del Trabajo) a partir de las últimas regulaciones.

C) Principios Informadores de la actividad inspectora

Sentadas tales características, resultaría conveniente referirnos a los principios que informan la actividad inspectora.

²⁴ Sobre el régimen de organización administrativa municipal, Cfr, sobre todos PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, ¿Gobierno y Administración Local en Cuba?, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, UNAM, México, 2009, pp 319-352, MATILLA CORREA, Andry, “Municipio y administración local: breves glosas al hilo del contexto jurídico cubano actual”, en Pérez Hernández, Lissette y Díaz Legón, Orestes J. (coord.), ob. cit. pp 175-191

²⁵ CONSEJO DE MINISTROS, Decreto 100, Reglamento General de la Inspección Estatal, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria, La Habana, 10 de febrero de 1984, año LXXXII, Número 14.

C1) Legalidad: ²⁶ En el ámbito de la inspección, como bien afirma LEAL VÁSQUEZ la Administración Pública “(...) *sólo podrá inspeccionar- - en la medida que ostente la debida habilitación legal para hacerlo, independiente de la concreta técnica de atribución que se haya utilizado al respecto*”²⁷

Por ello, el principio de legalidad (juridicidad) deviene en eje estructural de esta potestad, pues la comprobación de conformidad se realiza desde los criterios técnicos establecidos para la actividad inspeccionada. Su desarrollo, atendido a los criterios reglamentarios y legales, impone por un lado una verificación de lo normado en el desarrollo de la actividad inspeccionada, y por otro, una función inspectora acorde al canon de legalidad, de vinculación positiva, mediante el cual se asegura la sujeción de la actividad a la norma jurídico administrativa.

En el ordenamiento jurídico cubano, la inexistencia de una ley de procedimientos administrativos y la asistematicidad de las normas de organización administrativa, influyen en la materialización de la relación ley –reglamento, donde se habilite formalmente el ejercicio de la potestad inspectora y los deberes en concretos a los cuales la vinculación positiva obliga a los sujetos inspeccionados. Sin embargo, el principio de legalidad queda regulado como un objetivo o fin de esta técnica de control, al reconocerse en al artículo 8 inciso a) la comprobación del cumplimiento de las disposiciones jurídicas vigentes, velando por la más estricta observancia de la legalidad socialista. A nivel sectorial, esta finalidad teleológica queda regulada en la mayoría de los sectores comparados, a excepción de los reglamentos de inspección de Reservas Estatales, Aduana General de la República, INDER y Educación, los cuales en los cuales se puede determinar su finalidad desde una interpretación sistémica.

C 2) Eficiencia: Aplicar el canon de eficiencia a la actividad administrativa implica evaluar la forma en que se emplean los recursos de la Administración Pública con relación a los fines perseguidos en esa relación “inescindible” que se articula con el principio de eficacia.²⁸ Como bien sostiene el profesor MATILLA CORREA “(...) *a la Administración Pública se le exige que la consecución de los fines públicos a los que sirve, se alcance con el gasto correspondiente a esa consecución, buscando optimizar el costo de medios con el logro de los resultados, tanto para el aparato público del que ella forma parte, como para la comunidad y para los ciudadanos*”²⁹

En el ámbito de la actuación inspectora el principio de eficiencia cobra especial importancia en el ámbito del patrimonio público, dada la necesidad de ponderar el uso de los medios o recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos que resulten razonables a los fines de comprobación de legalidad de la actividad con las complejidades, eventuales riesgos y posibles detrimentos incidentales que se generen al inspeccionado. En tal sentido, desde el sentido de la potestad organizatoria, la mejor expresión de la eficiencia inspectiva resulta la planificación inspectiva, a partir de la cual se desarrollan las diversas modalidades de inspección de un modo organizado, tributando a la seguridad jurídica del tracto inspectivo. Igualmente, vinculado al ámbito organizativo y la productividad de los empleados públicos dentro de la función pública, la eficiencia propende a la adecuada delimitación de competencias inspectivas sobre actividades en concretos para los diversos cuerpos de inspección, potenciando así la erradicación tanto de situaciones de competencias

²⁶ ESCASENA, José L., *La evolución de la legalidad en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1990, MATILLA CORREA, Andry, “Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano”, en AA.VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; pp.411-452 ARIAS GAYOSO, Grethel, “La significación del principio de legalidad en la Administración Pública”, en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor DrC. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Leonard Muntaner, Editor, Palma de Mallorca, 2009, pp.165-180

²⁷ LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, ob cit., p. 94.

²⁸ Cfr. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo” en Revista de Administración Pública, N.º 186, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre Madrid, España, 2011, pp. 101-103

²⁹ MATILLA CORREA, Andry, “Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economía y celeridad”, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo...*, p. 87

concurrentes que resulten duplicadas y por ende contradictorias, así como de zonas de ausencia de regulación la actividad.³⁰

Así mismo, desde el punto de vista de la simplicidad y la celeridad del procedimiento administrativo, una demanda de los tiempos que corren en el Derecho Administrativo, la eficiencia exige actuaciones procedimentales que sin perder el rigor, la intensidad y el carácter formal, propendan a eliminar los actos inspectivos innecesarios cuyos resultados resulten reiterativos, las dilaciones procedimentales indebidas, la disposiciones de medidas asociadas al procedimiento de inspección, entre otros.³¹

En nuestro ordenamiento jurídico, a nivel general, el Decreto 100 en su artículo 8 inciso b) reconoce como un fin de la actividad inspectiva el “*coadyuvar al desarrollo de la eficiencia en la producción de bienes y en la prestación de los servicios*”, sin embargo, al analizarse se reguló como criterio finalista que guíe el desarrollo de la actividad, o como principio que guíe la brújula de la comprobación de legalidad, fallan al examen de su regulación la mayoría de los ordenamientos sectoriales, a excepción de las Reservas movilizativas, la actividad de transporte, cultura y precios. Como nota en este sentido destacable, habrá de señalarse que tres de las cuatro normas han sido regulados en la última década, aspecto que sin embargo no justifica la ausencia en el resto de los sectores; máxime cuando la eficiencia resulta una de las máximas sobre las cuales se sustenta la actual reforma del sector público en Cuba.

C 3) Proporcionalidad: Desde su formulación originaria de la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, el principio de proporcionalidad (*Apothekenurteil*)³² se ha configurado sobre la base de tres elementos: a) el criterio de adecuación (*Geeignetheit*), el criterio de necesidad (*Erforderlichkeit*) y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*); convirtiéndose en uno de los principios de mayor invocación en el Derecho Público.

Consecuentemente, como bien sostiene ARROYO JIMÉNEZ “(...) *el Derecho administrativo es también, y quizás fundamentalmente, un Derecho de conflictos entre determinaciones normativas de carácter material (...) un equilibrio entre libertad e intervención, o entre privilegios y garantías*”³³ En ese rol de componedor de consenso sociales, la proporcionalidad entre la realización del interés público y la protección de los derechos de los ciudadanos asegura la realización del fin teleológico del Derecho Administrativo sobre la base de medidas que resulten adecuadas al fin interventor, necesarias con relación al fin y equilibrada en cuanto a los efectos; operando al decir de LÓPEZ GONZÁLEZ “(...) *como un importante límite jurídico del ejercicio de las potestades administrativas de intervención y limitación de situaciones jurídicas particulares (...)*”³⁴

En el orden inspectivo, las limitaciones de la libertad individual de los inspeccionados impuestas por las autoridades de inspección deberán resultar totalmente necesarias al fin del control de legalidad, adecuadas a la prevención y erradicación de actos jurídicos y actuaciones materiales conforme al nivel de intensidad, tiempo de ejecución y medios empleados, así como equilibradas, conforme a la eventual afectación que se produzca en la posición jurídica del inspeccionado por el desarrollo de la actividad inspectiva. De tal modo,

³⁰ Al respecto Cfr. sobre todos LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora, en Revista de Derecho Público, vol. 83, 2º sem, Chile, 2015, pp 107- GARCÍA URETA, Agustín, “Potestad Inspectora y Medio Ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas, en ACTUALIDAD JURÍDICA AMBIENTAL, N. 54, España, p. 17 y ss.

RASTROLLO SUÁREZ, Juan José, “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, en Revista General de Derecho Administrativo, número 45, Iustel, España, mayo, 2017, p 5 y ss.

³¹ Cfr. En tal sentido, PONCE SOLÉ, Juli, Crisis Económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y Derecho Administrativo, en Blasco Esteve, *El derecho público de la Crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 459-473

³² STIFTUNG, Konrad Adenauer, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Jürgen Schwabe, comp. de sentencias, Marcela Anzola-Gil, trad., Konrad Adenauer Stiftung, México, 2003), Sentencia BVerfGE 7, 377 [Ley sobre Farmacias], pp 316-325.

³³ ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo” en *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, mayo de 2009, p. 24

³⁴ LÓPEZ GONZÁLES, Luis Ignacio, El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, en Cuadernos de Derecho Público, N° 5, sept-dic, 1998, Madrid, España, p 157

en su aplicación debe de establecerse un justo balance de ponderación entre la calidad e intensidad de la función inspectora en relación a la eficiencia de la actividad inspeccionada, de modo tal que esta no resulte inoperativa o en estado de inactividad como consecuencia de la intervención de la función inspectora.³⁵

En ese orden, la proporcionalidad ha de orientarse fundamentalmente en tres momentos: durante la etapa de planificación inspectiva³⁶, durante la ejecución de las mismas y en las acciones derivadas de las mismas vgr los procedimientos sancionadores. En relación a ello, en lo que refiere al contenido propio de la inspección, en la etapa planificadora, su aplicación resulta un correctivo natural de la discrecionalidad técnica en el proceso de selección de las actividades y sujetos a inspeccionar, medios y técnicas a emplear; así como la determinación del nivel de publicidad de criterios para el señalamiento un objeto de inspección. En tanto, en la etapa de ejecución, como correlativo de realización de la anterior, los métodos de trabajo, los límites a imponer a las actividades inspeccionadas con acciones cautelares, así como en materia de requerimientos de información y acceso a domicilios. En ese sentido, las implicaciones que tales requerimientos representan a derechos como el no declarar contra sí mismo, la inviolabilidad del domicilio y la presunción de inocencia, resultan la expresión superior de este canon de proporcionalidad, no ya desde el test primario que acomete el legislador, o el secundario del planificador inspectivo o el ejecutante de la inspección, sino desde el test judicial de ponderación que realiza el juez en la defensa de los derechos de los inspeccionados; un método generalizado al decir de BOIX PALOP, *"(...) para resolver los conflictos entre una inspección administrativa (...) frente a las decisiones avaladas por una mayoría social (o una mayoría en los órganos con capacidad de interpretación constitucional)"*³⁷.

Desde el ordenamiento jurídico de la inspección, como parte de un ámbito de limitaciones al control de la discrecionalidad administrativa, no existe ni una regulación expresa de este principio, ni una vocación definida de realización, a nivel de planificación o a nivel de ejecución; agravando consecuentemente la defensa de los derechos de los inspeccionados.

C4) Objetividad: En la aplicación del principio de legalidad, existe un margen de apreciación reconocida al funcionario (empleado público) en los procesos interpretativos y aplicativos de normas jurídicas a la solución de supuestos en concreto, lo mismo en ejercicio de potestades regladas como discrecionales. Vinculado a este principio, la objetividad define una cualificación de la vinculación positiva del principio de legalidad en el marco competencial - estatutario que habilita la actuación del funcionario y potestativo de la Administración Pública. Esta cualificación se traduce al decir de GARCÍA COSTA como un *"deber general del funcionario de interpretarla y aplicarla adecuándola a la voluntad de la norma, alejado de cualquier valoración o interés personal y subjetivo, impidiéndose así que quede al servicio de fines, intereses o ideologías ajenos a la propia voluntad normativa"*³⁸

Vinculado al ámbito subjetivo de la función inspectora, dada el valor probatorio de los informes y actas de inspección en los procedimientos administrativos,³⁹ el principio de objetividad impone una actitud y desempeño inmaculado del inspector, ajeno a favoritismos, parcializaciones de índole políticas, administrativas o motivadas por dádivas

³⁵ Cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Derecho Administrativo Económico", Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p 162, ARROYO JIMÉNEZ, Luis, ob cit., pp.27-28

³⁶ Cfr sobre todos TEJEDOR BIELSA, Julio, La Función Inspectora en el ámbito urbanístico, en Sánchez, Juan José Díez. Función Inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. INAP, Madrid, España, 2013, p 131 y ss., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Ponderación y actividad planificadora de la Administración", en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y DE LA SIERRA MORÓN, Susana (Dirs.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, 2009, pp 115-133 MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán trad. pos.* Gabriel Doménech Pascual, coord. Del original de la 16a Edición alemana de 2006, México: Universidad Autónoma de México, 201, pp 132-140

³⁷ BOIX PALOP, Andrés, Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales, 2016, p 69, visto en <http://roderic.uv.es/handle/10550/55071>

³⁸ GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, "Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad", en *Revista Documentación Administrativa* n° 289, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, enero-abril 2011, p. 34

³⁹ MÍGUEZ MACHO, Luis El principio de objetividad en el procedimiento administrativo en *Revista Documentación Administrativa* n° 289, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, enero-abril 2011, pp. 119 y ss.

económicas monetarias o en especie. La función inspectora debe ser desarrollada de modo independiente, incluso, sin predisposiciones o indicaciones de superiores jerárquicos de fuerzas políticas o administrativas externas que comprometan la interpretación estricta de la voluntad del legislador. En resumen, el inspector se obliga solo al estricto deber de comprobación de compatibilidad de la legalidad con la actividad inspeccionada sin modulaciones internas o externas de juicios o convicciones personales o externas.⁴⁰

A pesar de que se puede configurar el fundamento constitucional y legal de este principio de una forma extensiva, su ausencia expresa tanto en la carta magna como en las normas reguladoras del Consejo de Ministros (Decreto Ley 272) y las administraciones locales (Acuerdo 6176) no regulan el principio. Incluso, en materia de función pública, los Decretos Ley 196 y 197, que regulan el sistema de trabajo con los cuadros del Estado y del Gobierno, así como de los funcionarios públicos respectivamente, solo mencionan el principio sin mayores desarrollos en los aspectos referentes a la selección (art 14, 3^{er} párr. D/L 196 y art 8, 2^o párr. D/L 197) y a la evaluación de resultados (Art 17 D/L 196). En el régimen jurídico de la inspección su reglamento general (D-100) no realiza una referencia expresa al mismo, aunque se pudiera interpretar de forma muy extensiva la exigencia de “estricta observancia de la legalidad” como un planteamiento general de la objetividad. A nivel sectorial su regulación expresa como principio solo se refleja en el régimen ya añejo del Ministerio de Transporte, en tanto que el Código de Ética de los Supervisores Integrales provinciales establece que es una obligación realizar una investigación objetiva (Acuerdo N° 5799 del CECM). En el resto de las normas sectoriales, ni se reconoce ni existen elementos para su interpretación extensiva, cuestión que resulta contraproducente con la propia naturaleza de la actividad inspectiva.

III. LA INSPECCIÓN COMO FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. TIPOS Y ETAPAS

Como ha quedado puesto de relieve en las páginas anteriores a partir del dimensionamiento de los elementos atribuidos a su configuración en el ordenamiento jurídico cubano, la inspección resulta una técnica de control posterior a fin de determinar el grado de adecuación de la actividad inspeccionada al canon de legalidad que rige el ordenamiento jurídico”

Desde esa perspectiva, en el orden práctico, la actividad de inspección se desarrolla bajo el canon de procedimientos administrativos (inspectivos), aunque su configuración desde el régimen general no contiene esa realidad, limitándose a establecer sin la debida articulación las bases sustantivas fundamentales. Una mirada a sus principales caracteres teóricos resulta necesario a fin de valorar la configuración normativa y limitaciones prácticas en cuanto a tipos y etapas en los procedimientos de inspección.

- 1) Es de *naturaleza individual*, no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos (en principio) para su plena eficacia y puesta en ejecución, incluso en aquellos casos en los que el título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora provenga o esté conectado con la participación voluntaria del administrado en una determinada relación jurídica de naturaleza administrativa (relación contractual de servicios públicos).
- 2) En relación al ámbito de inspección, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización administrativa, como hacia lo externo, en la actividad de otras Administraciones o particulares.⁴¹
- 3) Como técnica de intervención de actividad material de control, tiene como fin la verificación de cumplimiento de la actividad inspeccionada con el contenido de deberes

⁴⁰ Cfr. CANO CAMPO, Tomás, “La presunción de veracidad de las actas de inspección” en Sánchez, Juan José Díez. Función Inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. INAP, Madrid, España, 2013, p 226; MATILLA CORREA, Andry, “Cinco principios (...)”, pp. 95-97

⁴¹ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, ob. cit. ult., p. 57

u obligaciones, prohibiciones y limitaciones reconocidas desde el orden legal o reglamentario para el desarrollo de la actividad, bien con carácter preventivo o posterior. Por ende, resulta una actividad de comprobación de legalidad (juridicidad) en la actividad de los particulares conforme a las reglas establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad inspeccionada.⁴²

- 4) En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para la inspeccionado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas a su actividad o por un tercero con interés procesal o técnico, creado en virtud de una relación orgánica. A ello se debe agregar la posible preferencia de un cuerpo de inspectores ajenos a la actividad inspeccionada que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas que puedan ser emitidas en el Acta.⁴³

A) Tipos de Inspección

En relación a los tipos de inspección previstos en el régimen general de la inspección en Cuba, se prevén tres criterios básicos de clasificación: a) en cuanto a su planificación, b) en cuanto a su alcance y c) en cuanto al número de entidades que comprende. Una visión de su contenido resulta preciso a efectos del presente análisis.

A1) En cuanto a su planificación, las inspecciones pueden ser clasificadas conforme a nuestro régimen en: ordinarias y extraordinarias (art 11 inc. a) D-100). En cuanto a las primeras, dependen en exclusiva de su previsión en los planes de inspección, por ende, están atendidas en su concepción a las características de la actividad de planificación. (art 12 D-100). En tal sentido, el régimen general no ahonda en cuanto a las características del proceso de planificación inspectiva, al contrario de la realidad jurídica de contextos comparados, donde se prevé una regulación especializada en tal sentido, vinculando el ya aludido principio de proporcionalidad⁴⁴. Por otra parte, las inspecciones extraordinarias resultan aquellas que se autorizan por los órganos con potestad inspectora correspondientes, una vez aprobados los planes de inspección. (art 12 D-100). El requerimiento primario de las mismas resulta su aprobación por el máximo órgano de dirección al nivel administrativo correspondiente, que su excepcionalidad se acredite conforme a motivos de urgencia, necesidad y razonabilidad; siempre y cuando no comprometa el desarrollo y cumplimiento de los planes de inspección. (art 14 D-100). Este binomio metodológico para clasificar las actividades de inspección, resulta previsto en la generalidad de las normas seleccionadas a su análisis a nivel sectorial, estando ausentes solamente en tres sectores: educación, la actividad deportiva y la construcción. En los dos primeros casos, resultan actividades prestacionales en su generalidad vinculadas a derechos fundamentales, con características típicas, aunque ello no exime el deber de configurar sus respectivos regímenes conforme a las exigencias del régimen general. Igual consideración merece el último caso, por resultar actividades muy técnicas; de las que, sin embargo, se puede interpretar de forma integral que existe una práctica inspectiva de ambas modalidades. En tal sentido, resultan relevantes los casos de la actividad inspectiva de las reservas estatales y cultura, las cuales, a pesar de no realizar una regulación expresa de esta clasificación, vinculan el carácter planificado al criterio de sorpresivas o no sorpresivas, el cual en buena medida constituye un criterio análogo del criterio del régimen general. En todos los casos, se comprueban las limitaciones del régimen general en cuanto a los criterios de determinación tanto de la planificación inspectiva como de la extraordinaria.

Como complemento de ello, existe un criterio medular en este sentido, relativo al carácter de la información y comunicación previa de los procedimientos de inspección. En tal sentido, el régimen general establece que tanto en las inspecciones ordinarias (art 13 D-100) como

⁴² Cfr. BLANQUER, David, Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2006, p 358, RIVERO ORTEGA, Ricardo, ob cit., p 162

⁴³ Cfr. BLANQUER, David, ob. cit., pp 361

⁴⁴ Al respecto Cfr. VELASCO RICO, Clara I., "Los planes y programas de inspección. Hacia una (¿necesaria?) reducción de la discrecionalidad administrativa en materia de inspección de las actividades económicas de los particulares" en IURIS, enero - diciembre de 2015, No. 17, pp. 61 - 78

en las extraordinarias (art 14 D-100), podrán ser anunciadas, en un sentido discrecional que no encuentra, ni en el régimen general, ni en los diversos regímenes sectoriales, suficientes criterios de limitación de esa discrecionalidad, abriendo un margen de apreciación muy amplio para la autoridad inspectiva acerca del “cómo y el cuándo”, que puede resultar en vulneraciones de los derechos de los sujetos inspeccionados.

A2) en cuanto a su alcance, las inspecciones pueden ser clasificadas conforme a nuestro régimen en: totales y parciales (art 11 inc. b) D-100). Como bien su formulación del régimen general lo denota (art 15 D-100), las primeras se dirigen al control de legalidad de todas las actividades de la entidad, en tanto, las parciales, se dirigen a la verificación de determinados aspectos o áreas de actuación. Un elemento que distingue el régimen deportivo y el de educación resulta la tipología atípica inspecciones temáticas o especializadas, como modalidad de inspecciones parciales, dada su finalidad de control de cumplimiento de uno o varios objetivos, en los diferentes niveles estructurales; criterio al que se pueden integrar las inspecciones estatales de la construcción (IEC) y las inspecciones Estatales de precios y tarifas (IEPT).

En el resto de los casos, a pesar de su configuración en el régimen general, este criterio sólo se asume en cerca de la mitad de los sectores analizados, estando ausente su regulación en el sector educativo, la inspección ambiental, la construcción, la actividad de cultura y las reservas estatales; esferas que por su heterogeneidad solo conducen a pensar el sentido proco práctico de su utilización. Incluso en las que están reguladas, no existe una idea sistémica de su preponderancia en actividades de la producción o de los servicios.

Un elemento de posible conflictividad en este sentido resulta la alusión del régimen general al criterio de la “entidad” como objeto de las inspecciones denotando que el ejercicio de la función inspectora no solamente es desarrollado por agentes o funcionarios del Estado, sino que su actividad se restringe a la comprobación de legalidad solamente del sector estatal, con lo que se excluye la actividad llevada a cabo por los particulares. Sin embargo, a nivel sectorial, esta cláusula de exclusividad resulta contradictoria, pues de los reglamentos sectoriales que la regulan, solamente en dos casos (Ministerio de Transporte y Ministerio de Finanzas y Precios) resulta atendido a tal criterio; en tanto el resto (Inspección sanitaria, inspección de Regulación Ambiental, inspección de Geodesia y Cartografía e inspecciones de Aduana) realiza una configuración abierta, donde se puede incluir a los particulares. Este elemento tiene una relevancia extrema, pues ceñir el ejercicio de la función inspectiva al sentido estricto del sector estatal, limitaría la intervención del control de la administración pública ante las actividades desarrolladas por particulares en un contexto de creciente reforma del sector público en Cuba y su apertura a dichas formas de actividad; las cuales van desde el transporte hasta la inspección sanitaria por solo situar ejemplos en esta perspectiva.

Una modalidad atípica de las inspecciones parciales resulta el régimen de la inspección en la regulación ambiental. En tal sentido, se configuran seis tipologías específicas atendiendo a su naturaleza: a) de rutina, b) otorgamiento de autorizaciones, c) sucesos, accidentes e incidentes, d) verificación de las medidas o condiciones impuestas en las licencias, e) por denuncia y f) de salvaguardia; las cuales se atienden a los diversos objetivos de la actividad regulatoria. Así mismo, derivados del criterio de su alcance, las inspecciones de la actividad del transporte pueden tener alcances diversos conforme a nivel territorial (municipales, provinciales y nacionales). Una modificación régimen jurídico general y de la ordenación de los diversos sectores resulta precisa en tal sentido en pos de legitimar el creciente control inspectivo que hoy se ejerce sobre estas formas de actividad productiva y prestacional ejercidas desde formas no estatales.

A3) en cuanto al número de entidades que comprende las inspecciones pueden ser clasificadas conforme a nuestro régimen en: individuales, de grupo e integrales (art 11 inc. c) D-100). Las notas esenciales que distinguen estas formas, se relacionan con la singularidad en las inspecciones individualidades (una entidad determinada), la uniformidad en las de grupo (varias entidades que desarrollan actividades afines en un mismo periodo de tiempo) y la heterogeneidad para las inspecciones integrales (diferentes actividades encadenadas en función de una determinada producción o servicio durante un

mismo periodo de tiempo) (art 16-D-100). Este criterio resulta de mayor utilización en los diversos regímenes sectoriales, estando ausente su regulación solo en tres casos (inspección sanitaria, la inspección educativa y la de cultura). Sin embargo, su presencia en el resto de los sectores no resulta uniforme en todos los casos, con modulaciones en seis de ellos. Una primera tendencia resulta la exclusión en concreto de las inspecciones de grupo (regulación ambiental y geodesia y cartografía) y desde un sentido amplio, la exclusión de inspecciones individuales y de grupo (construcción, aduana y reservas movilizativas). En segundo lugar, ha de notarse un desarrollo excepcional dentro de las inspecciones individuales en el sector del transporte, con las categorías de locales (atendiendo a una demarcación en concreto) y operativas (realizadas de forma imprevista e indiscriminada a los medios de transporte que se encuentran en circulación en cualquier vía del territorio nacional). Estas notas evidencian el lugar preponderante que ocupan hoy las inspecciones integrales, no solo dentro de este criterio, sino de la totalidad de tipologías, al resultar la de mayor regulación en los diversos regímenes sectoriales; siendo vinculadas en algunos casos incluso al carácter planificado de su realización.

A4) La reinspección. Además del régimen básico se configuran determinados regímenes en concreto con tipos acciones de recontrol (Inder, Reservas movilizativas y Aduana General) denominada Reinspecciones. La finalidad de esta tipología se relaciona con el seguimiento al cumplimiento de las medidas que se determinen por parte de los inspeccionados a fin de erradicar las violaciones de la legalidad, por lo cual no debe confundirse con un nuevo acto de inspección, sino como una recomprobación de la legalidad sobre condiciones, actos o hechos determinados como incompatibles, aunque sus efectos tengan una identidad de contenido, pero con una intensidad más agravada, ante la eventual reiteración de las deficiencias.

B) Las Etapas del procedimiento de inspección

Para el desarrollo de la actividad inspectiva, a las tradicionales fases de inicio, desarrollo y conclusiones, en los últimos tiempos han ganado relevancia las etapas de planificación y control. Así, la consecución de la inspección como combinación de una serie de actuaciones formales y materiales relacionadas entre sí cuyo fin de comprobación de legalidad se expresa por medio de un informe o acta de inspección, resulta preciso una adecuada regulación de dichas fases y en coherencia con ello, una debida articulación de las mismas.

En la ordenación de nuestro régimen jurídico, solamente se encuentran reguladas las tradicionales etapas de inicio y conclusiones de forma expresa, si bien, la de ejecución puede interpretarse de forma extensiva desde las competencias de los inspectores, aunque carente de términos y formalidades. No existe una regulación expresa de la etapa de planificación inspectiva ni del control. De tal forma, del inicio que se materializa con el cumplimiento del deber de identificación y la presentación de la orden de inspección (art 19 D-100), al levantamiento del acta o elaboración del informe de inspección, con vistas a su aprobación en la reunión conclusiva de la inspección en un término de treinta días de confeccionado (art 20 D-100), el régimen general no contiene las reglas procedimentales necesarias para configurar las fases del procedimiento inspectivo, ni lograr su debida articulación. Una mirada al régimen jurídico sectorial permite corroborar las tendencias de su ordenación general, valorar los desarrollos propios en cada actividad y clarificar las contradicciones existentes.

B1) Etapa de Planificación: En primer lugar, a pesar de la ya aludida falta de regulación de la fase de planificación inspectiva en el régimen general, a nivel sectorial, cinco de los regímenes seleccionados regulan esta fase propiamente con acciones de naturaleza diversa (Educación, regulación ambiental, construcción, geodesia y cartografía, y cultura), con heterogeneidad de sectores pero uniformidad en cuanto a las fechas de promulgación en la última década, hecho que evidencia en alguna medida la tendencia al reconocimiento de esta fase de vital importancia.

En tal sentido, las acciones más comunes se relacionan con la elaboración de planes anuales de inspección, sobre todo para las inspecciones integrales. Se distingue como un elemento de la planificación inspectiva la atención a las necesidades de cada actividad, así como los objetivos de trabajo y prioridades definidas desde las respectivas planeaciones estratégicas

para cada actividad que involucran tanto a los organismos de la Administración Central del Estado como a los Órganos del Poder Local (CAM y CAP), cuyas actividades inspectivas se articulan de forma coherente. Especial consideración presenta en este caso la actividad educativa, en tanto en la configuración de su planificación inspectiva regula desde los procesos de selección de inspectores eventuales, así como actos de preparación y capacitación en lo que denomina como etapa organizativa. En tal sentido, se pone de manifiesto el creciente rol de planificación inspectiva como mecanismo para la determinación de acciones extraordinarias. Un elemento a destacar en este sentido resulta el sector de la Construcción, el cual diseña la inspección bajo 8 etapas, tres de ellas (Planificación, coordinación y exploración) pueden ser reconducidas al contenido de esta primera etapa de modo general.

B2) Etapa de inicio, los regímenes sectoriales, en contradicción con la regulación general no configuran la misma en alrededor de la mitad de las actividades seleccionadas (educación, inspección ambiental, transporte, construcción, cultura, finanzas y precios y la actividad deportiva). De estos casos llama la atención los casos de los sectores educativos, de la construcción y de la cultura, los cuales cuentan con una regulación coherente en la etapa precedente y en esta no se realizan pronunciamientos al respecto. Como regla general de la regulación en los sectores se denota una coherencia con lo regulado en el régimen general en cuanto al cumplimiento de los deberes de identificación y la presentación de la orden de trabajo; no estando regulado en modo alguno el término de aviso o comunicación previa para las inspecciones planificadas.

B3) Etapa de desarrollo: en contrario de la formulación del régimen general, solo en cuatro de los sectores seleccionados no se regula (inspección ambiental, geodesia y cartografía, finanzas y precios y la actividad deportiva). Sin embargo, los desarrollos en tal sentido resultan tan limitados como la ausencia regulatoria del régimen general, al ceñirse en la mayoría de los casos a la enunciación de las competencias inspectivas. Como nota general positiva, se establece el principio de no inspeccionar de forma simultánea sobre una misma actividad/entidad o sujeto por parte del mismo sujeto inspector; con independencia de los niveles de alcance o al número que comprenda la acción inspectiva.

Sin embargo, nada se dice ni desde el régimen general, ni desde los regímenes sectoriales acerca de la articulación de esta regla cuando los sujetos inspectores son distintos; una realidad tan grave como frecuente en nuestra realidad administrativa. Iguales criterios merece la indefinición en cuanto al término de extensión de la inspección, pues si bien se detalla uno para las conclusiones (aspecto que veremos seguidamente), en el caso del término máximo para desarrollar la actividad, no se realiza previsión específica ni en el régimen general como en los diversos sectores; aspecto que posiciona prácticamente al inspeccionado en un estado de indefensión ante la falta de establecimiento de límites temporales que atenta contra el principio de proporcionalidad y puede conllevar a la paralización práctica de la actividad inspeccionada. Como cierre de esta etapa ha de destacarse el salto cualitativo del régimen de la actividad de la cultura, que configura los diversos métodos por los cuales han de ejercitarse las competencias reconocidas a los órganos de inspección (observación directa, entrevista, revisión de documentos), aspecto que coadyuva al perfeccionamiento de su realización práctica.

B4) Etapa de conclusiones: en coherencia con el régimen general resulta de mayor regulación a nivel sectorial. Existen en este sentido varios elementos a destacar. La terminación uniforme de las acciones inspectivas, al margen de las diversas denominaciones en cada sector (diligencia de inspección sanitaria, informe de evaluación de inspección en el caso educativo por solo mencionar dos casos) con actas o informes de inspección. Un segundo elemento resulta el relativo a la definición de dos momentos (regulados de forma independiente en la inspección de la construcción) dentro de esta fase: un primer dedicado a la elaboración del informe o acta de inspección, una vez concluido el desarrollo de la actividad inspectiva y, en segundo lugar, la reunión de culminación del proceso de inspección, en un término máximo de 20 días con respecto a la elaboración del informe/acta de inspección. En este orden, se denota la restricción del término del régimen general de 30 días (art 20 D-100), aspecto que, aunque puede tributar a eficiencia de la actividad inspectiva, resulta a primera vista una evidente contradicción. Especial

significación en este sentido ha de señalarse a las actas de las reuniones de culminación de las acciones de inspección, pues aunque su régimen general no le reconoce mayores efectos jurídicos, en los regímenes sectoriales se establece como en requisito invalidante de los resultados de la actividad, dada la fuerza probatoria que las actas/informes de inspección y de conjunto, todas las pruebas practicadas puedan tener en procedimientos administrativos conexos como los administrativos sancionadores, disciplinarios o incluso la incoación de un proceso penal en contra de los inspeccionados; aspectos que rebasan el alcance de las presentes reflexiones, pero que serán desarrolladas a futuros para seguir ampliando el debate sobre el tema.

B5) Etapa de Control, al contrario de lo regulado en el régimen general, a pesar de no resultar una tendencia predominante, existen varios regímenes sectoriales que regulan de forma expresa acciones tendentes al control (inspección sanitaria, educativa, construcción, finanzas y precios y geodesia y cartografía). Si bien, en strictu sensu, el alcance de la inspección culmina con la comprobación de legalidad de los hechos y actos, el seguimiento sobre las medidas que se adopten en pos del restablecimiento revisten una relevancia práctica de innegable utilidad, de la cual, el órgano de inspección no debe sustraerse en su control. En tal sentido, desde la perspectiva del órgano de inspección, los regímenes sectoriales articulan un grupo de acciones vgr. la remisión del control a entidades sanitarias, la supervisión sobre las deficiencias, la determinación de los resultados como punto de partida de la siguiente acción, la recepción y control del plan de medidas en un término de 30 días; acciones desencadenantes en algunos sectores de la reinspección como tipo de control.

IV. LA FUNCIÓN PÚBLICA INSPECTORA. TIPOS Y REQUISITOS. LOS DEBERES Y COMPETENCIAS RECONOCIDOS A LA POSICIÓN JURÍDICA DEL INSPECTOR Y LOS ÓRGANOS DE INSPECCIÓN

Como parte del criterio función del Derecho Administrativo, matizado por la arista subjetiva de la organización administrativa, se entiende como la acción administrativa desplegada por un funcionario (inspector), inserto en el tejido administrativo de forma estable, bajo las formas de ingreso y permanencia establecidas legamente para el cuerpo de inspección, que en ejercicio de las competencias profesionales aparejadas a su formación, eficacia y experiencia, realiza con objetividad y proporcionalidad un análisis de conformidad de las manifestaciones de la actividad inspeccionada con los requerimientos establecidos en normas generales y reglamentarias de carácter técnico que ordenen el desarrollo de la actividad.⁴⁵

El primer límite en cuanto a la definición del inspector en Cuba deviene de las insuficiencias en torno a la figura del funcionario en Cuba y la configuración de su régimen jurídico. En tal sentido, como bien sostiene MONZÓN PÁEZ, *“el régimen legal del funcionario público en Cuba dista de obtener un desarrollo técnico-jurídico sólido, al erigirse sobre un sustrato teórico insuficiente, no contar con un ordenamiento específico, sustentar la forma de organización principal de sus contenidos sobre la base de construcciones doctrinales ajenas al Derecho Administrativo y carecer de una adecuada articulación sistémica. Las problemáticas enunciadas inciden en la disfuncionalidad que caracteriza su regulación jurídica en Cuba, lo que demanda atención apremiante y solución efectiva”*⁴⁶.

⁴⁵ En este sentido se siguen los criterios básicos de la función administrativa establecidos por CASSESE, Sabino, “Las Bases del Derecho Administrativo”, trad. pos., Luis Ortega, INAP, Madrid, España, 1994, pp 106-116, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Principios de Derecho Administrativo General”, 2da Ed. Iustel, Madrid, España, 2009, p 641 y ss, PAREJO ALFONSO, Luciano, “Lecciones de Derecho Administrativo. Tercera edición revisada y actualizada”, Tirant lo Blanch, Valencia, p 755 y ss, PARADA, Ramón, “Derecho Administrativo. Organización y empleo público”, Decimosexta Ed, Marcial Pons, 2003, Madrid, España, p 381 y ss, BLANQUER, David, ob. cit., pp 358- 359

⁴⁶ MONZÓN PÁEZ, Fernando, Algunos apuntes sobre la definición de funcionario público en Cuba, en MATILLA ... pp. 339-340

A) Los tipos de inspectores en el régimen jurídico cubano

Partiendo desde la indefinición de una concepción unitaria de la figura del inspector estatal, el régimen jurídico de la inspección, desde su norma general, el Decreto N° 100/84 del CM, regula tres modalidades de inspectores: los profesionales (1), los eventuales (2) y los populares (3).

(1) Los inspectores profesionales *son aquellos funcionarios que tienen como trabajo específico dentro del organismo o dependencia administrativa del órgano la ejecución de inspecciones* (art. 75 inc. a). Esta tipología resulta la de mayor presencia en las normas del régimen jurídico analizado dado el carácter técnico y especialización que requiere, no estando regulado de forma expresa solamente en dos supuestos: los de la regulación general, pero de naturaleza profesional, para los casos de los inspectores de la Contraloría General de la República (Contralores), la inspección sanitaria (MINSAP), la inspección de Aduana y la realizada por las Direcciones Provinciales de Supervisión (DIS); así como el supuesto de la regulación general, pero de naturaleza eventual, que se pasa a evaluar.

(2) Los inspectores eventuales *son aquellos funcionarios que no tienen como trabajo específico la ejecución de inspecciones y participan en algunas por sus conocimientos especializados en determinada actividad* (art. 75 inc. b). Esta modalidad, de gran utilidad por el cumplimiento que brinda a la primera modalidad, permite la incorporación de funcionarios de otras áreas de formación del conocimiento a los cuerpos de inspección profesionales, sobre todo para los casos de inspecciones integrales. No se encuentra prevista su regulación en los casos de las inspecciones de Reservas Estatales y sanitaria. Así mismo, existen supuestos de regulación general, pero de naturaleza eventual, como los casos de la Inspección educativa (MINED), deportiva (INDER), y de cultura (MINCULT); que, por las características de las inspecciones, sus cuerpos son formados por funcionarios seleccionados por diversas instancias (nacional o provinciales) desde los diversos objetivos a controlar.

(3) Los inspectores populares, esta categoría de colaboradores eventuales y necesarios es reconocida al personal con *conocimientos idóneos participan en inspecciones como miembros de las organizaciones a requerimiento de los organismos y las direcciones administrativas de los órganos*. (art. 75 inc. c). Esta modalidad, a pesar del amplio carácter participativo de nuestro modelo democrático, no resulta una tendencia en el régimen jurídico, estando presente solamente en la inspección del transporte siguiendo la formulación del régimen general.

Además de las tres modalidades aludidas, se aprecia una tendencia devenida del régimen general hacia los reglamentos sectoriales analizados; al establecer una categoría de inspector derivada o no del inspector profesional, que asume el rol de supervisor, jefe o responsable del equipo de inspección, aunque no llega a establecerse de modo definitivo una posición estatutaria con deberes y competencias propias. Como punto de perfeccionamiento para régimen general, se aprecian los casos de las inspecciones de transporte (inspectores principales o jefes de grupo), Construcción (responsable de inspección) y cultura (Inspector supervisor); en que tales modalidades cobran un grado de previsión y construcción de una posición estatutaria. Ello expresa la asistematicidad del tratamiento legislativo de esta materia, si se tiene en cuenta que los tres reglamentos son de décadas distintas (última del siglo XX y primera y segunda del XXI) y que pertenecen tanto a las actividades de servicios como productivas.

B) Los requisitos de la función pública inspectiva. Precisiones del régimen jurídico cubano

La doctrina comparada en materia de requisitos para el acceso a la función pública⁴⁷, tiende a establecer como necesarios *la nacionalidad, la edad, la capacidad funcional para el desarrollo de funciones, la trayectoria disciplinaria y la titulación específica*. En nuestro país, a falta de un estatuto general de la función pública, los requisitos se establecen desde

⁴⁷ Cfr sobre todos. PALOMAR OLMEDA, Alberto, Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos. 8^{va} Dykinson, Madrid, 2009, pp 221-226; PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de Derecho Administrativo, Quinta edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp 814-820, PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN, Derecho Administrativo I. Introducción. Organización Administrativa. Empleo Público. 23^o Ed. Revisada y Restructurada. Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2013, pp 557-560

los diversos regímenes jurídicos. Al resultar la inspección una función de carácter técnico, su ejercicio requiere un alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del inspector, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada.⁴⁸ En materia de función inspectora, para el acceso y permanencia, el régimen jurídico nacional a nivel general y sectorial establece una serie de requisitos básicos de forma unitaria, sin distinguir entre las diversas tipologías de inspector. Tales requisitos pueden agruparse bajo un sentido metodológico en cinco direcciones: *a) Nivel educativo, b) Habilitación específica, c) Experiencia y d) Conducta*

B1) Nivel educativo: Vinculado al requisito general de capacidad funcionarial para el desarrollo de funciones, el marco general de la inspección establece a los aspirantes la exigencia de ser *graduado de nivel medio superior como mínimo y poseer, además, los conocimientos específicos que se requieren en cuanto a la actividad inspeccionar* (28 inc. b) D 100/84). Este requisito resulta exigible a los inspectores profesionales y eventuales, pues para el caso de los populares, la norma permite reducir al nivel de secundaria básica (art 28 2º párrafo), *siempre que la índole de la inspección lo permita*.

En tal sentido, desde el régimen jurídico sectorial existen varias tendencias que conviene destacar. En primer lugar, la restricción al nivel universitario de varios regímenes jurídicos para el acceso (CITMA, MINCOS y MINCULT). En segundo lugar y como correlativo de lo anterior, la superación del nivel medio (solamente previsto en el régimen del MFP). Y, en tercer lugar, la amplia indeterminación sobre la cuestión en los regímenes sectoriales, sin que se haga referencia al régimen general (MINSAP, INDER, ADUANA, Reservas Estatales); o haciendo referencia a los calificadores de cargos propios (MINTRANS)

B2) Habilitación específica: Relacionado con el nivel educativo, la habilitación resulta un complemento de esta por la exigencia de una formación pre-ingreso y post formativa del nivel educativo general; un rasgo que caracteriza a los modelos tradicionales de función pública.

En tal sentido, la expresa condición de funcionario adquirida por una habilitación legal en específica resulta un requerimiento deseable para el ejercicio de tales potestades. En tal sentido, como bien sostiene GARCÍA RUBIO, *“el régimen jurídico del personal laboral, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de la función pública (...) no es suficiente para garantizar adecuadamente los intereses públicos que se ponen en juego en el ejercicio de tales potestades (...) –Ello demuestra - la necesidad de una regulación legal básica de la inspección administrativa que evite esas diferencias”*⁴⁹.

A nivel normativo, el régimen general (D 100/84) no establece expresamente este requisito, aunque si define que los regímenes sectoriales podrán establecer requisitos adicionales. En tal sentido, aunque el título habilitante para el acceso a la función resuelta un acto administrativo (promoción -----Decreto Ley 197)⁵⁰, en varios casos viene precedido de un requerimiento de habilitación mediante diploma o certificado acreditativo de formación técnica (MINSAP, MINTRANS; MINCULT, MFP).⁵¹

B3) Experiencia: Un aspecto de vital importancia, aunque no regulado de forma expresa en el régimen general de inspección, resulta la exigencia de un determinado nivel de experiencia en el sector o actividad. El mismo garantiza una plena identificación y dominio

⁴⁸ Cfr. BLANQUER, David. ob. cit., pp 360-361; Cfr. Fernández Ramos, Severino, “La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora”, Comares, Granada, España, 2002, pp.54-55

⁴⁹ GARCÍA RUBIO, Fernando, “¿Existe una reserva a la condición de funcionario para el ejercicio de acciones administrativas sobre restauración de la legalidad urbanística?” en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo* N° 130, 2014, 59-61.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, Decreto Ley No. 197 de 1999 “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y funcionarios” (actualizado) publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No.54 de 20 de noviembre de 2007, artículo 14 inciso a)

⁵¹ En relación a este extremo, desde un análisis general del ordenamiento jurídico. Cfr. BATISTA TORRES, Jennifer, La designación de los funcionarios públicos en Cuba, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo* ...pp 348-352

por parte del inspector del contenido y fines de la actividad inspeccionada. Sin dudas, esta dimensión resulta clave en la cualificación de un profesional en pos de su ingreso a permanencia en los cuerpos de inspectores permanentes o eventuales que se configuran dentro del régimen jurídico cubano, pues demuestra el conocimiento y dominio de la actividad controlada. En tal sentido, dentro de su ordenación jurídica sectorial se determinan dos grandes vertientes. Por un lado y de forma mayoritaria, las normas que no regulan expresamente dicho requisito. Del otro lado, aquellas normas que exigen acreditar un nivel de experiencia en el sector o actividad, los cuales señalan de forma expresa la cantidad de años (3 años para inspectores profesionales y 8 para inspectores principales en el MINTRANS, o 5 años para los inspectores del sistema del MINCULT) o tienen una configuración indeterminada (Geodesia y Cartografía y MICONS)

B4) Conducta: El requisito de la conducta resulta el de mayor tratamiento tanto a nivel general como a nivel reglamentario, por el ejemplo que dimana de la figura del inspector. El mismo, resulta el primer requerimiento para el acceso a esta función pública, al establecerse el deber de *mantener una conducta política y moral dentro de los principios y objetivos de nuestro Estado Socialista (art 28 a) D 100/84*. Esta configuración cuenta con al menos 3 posibles dimensiones, que encuentran algún nivel de desarrollo en los regímenes sectoriales. Una primera dimensión resulta el anclaje de la conducta al canon ético y moral de la sociedad socialista, un requerimiento que no se encuentra regulado de forma expresa solamente en los casos de los regímenes de la Educación y la Construcción; aunque pueden interpretarse de forma extensiva bajo un análisis integral de ambos regímenes. Vinculado a esta dimensión, la práctica de los últimos años ha venido por fortalecer dicho canon con los denominados Códigos de Ética, los cuales han sido incorporados incluso desde regímenes jurídicos más recientes (MINCULT, Regulación Ambiental y Direcciones Provinciales de Supervisión), con un tratamiento más integral a la dimensión conductual, sirviendo como norma supletoria de los mismos.

Una segunda dimensión dentro del aspecto conductual, a pesar de no tener una previsión específica en el régimen general lo constituye el criterio disciplinario, presente en los regímenes jurídicos de la Aduana y de la Supervisión Integral Provincial (DIS), que encuentra una regulación de mayor intensidad en el régimen de la inspección sanitaria, con la incompatibilidad de la comisión de delitos por imprudencia con el acceso y permanencia a la función. Una tercera dimensión dentro de este panorama se refiere al criterio de profesionalidad. Esta idea que va recogida en el sentido de los Códigos de Ética de la función Pública inspectora resulta un elemento, que aunque minoritario (solamente regulado en el régimen de Aduana), se encuentra en el centro del actual debate sobre la noción de la función pública⁵².

Con respecto a los criterios teóricos comparados de edad y nacionalidad, tales requisitos, por el modelo cubano (*inacabado*) de laboralización de la función pública, devienen de la ordenación general exigida para la concertación de relaciones laborales en el marco de lo previsto en el Código de Trabajo y su reglamento⁵³.

C) Los deberes y competencias reconocidos a la posición jurídica del inspector y los órganos de inspección

No basta la ordenación de principios rectores de la actividad, resulta preciso para su desarrollo una adecuada ordenación de las facultades derivadas de la potestad de inspección. Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, entre las normas sectoriales, como tendencia, son reconocidas las potestades de *“(...) requerir información, la exhibición de documentos, la comparecencia de los inspeccionados ante las oficinas públicas, la facultad de entrada en fincas, instalaciones o recintos de propiedad particular, la toma y análisis de muestras, las visitas de inspección, etc. Inclusive se prevé la facultad de requerir aquellos datos*

⁵² Cfr. V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. *Santa Cruz de la Sierra, Bolivia*, 2003, Carta Iberoamericana de la Función Pública, p. 26-27)

⁵³ Código de Trabajo

necesarios para las finalidades de la inspección que sobre un sujeto puedan estar en poder de terceros o de otras Administraciones públicas.”⁵⁴

El cuadro de la posición jurídica del sujeto activo en la relación de inspección se cierra con el reconocimiento de los *deberes y competencias del inspector* (art 9, 19 y 21 D-100/84), denominación unitaria utilizada en la norma, sin realizar distinciones entre una forma y otra.

C1) Los deberes de los inspectores. Bajo esta perspectiva, siguiendo los criterios metodológicos elaborados por la doctrina⁵⁵, se puede establecer la existencia de tres grandes deberes jurídicos: C1.1) la ejecución, C1.2) la identificación, C1.3) el deber de guardar secreto y C4) el deber de brindar información, integrándose desde la ordenación general y los diversos regímenes jurídicos otros afines, cuestión en la que conviene detenerse.

C1.1) El deber de ejecutar las inspecciones dispuestas. en cumplimiento de los planes de inspección, el deber de ejecutar las inspecciones resulta el deber correlativo al cumplimiento de esta actividad. En nuestro ordenamiento jurídico este resulta el deber primordial exigido al inspector, estando regulado desde el régimen general (art 29 inciso c) D-100) hasta el resto de las normas de los ordenamientos sectoriales, con excepción de los regímenes de la inspección sanitaria y de la inspección educativa. En el primer caso, por la indeterminación que los riesgos biológicos producen en los objetivos de inspección se sostiene esta ausencia en alguna medida, no siendo así en el caso de la inspección educativa, donde el proceso se desarrolla con un alto nivel de planificación a todos los niveles y sectores.

C1.2) El deber de identificación: En nuestro régimen jurídico el deber de identificación resulta uno de las mayores exigencias en la realización de la función pública inspectora; estando regulado desde la perspectiva del régimen general (*art 9 inciso b*) en casi todos los sectores, a excepción de la inspección sanitaria, educativa y del deporte, aunque en tales casos, pueden ser interpretados de forma sistémica en relación con las fases de los diversos procedimientos. En tal sentido, en la definición de esta obligación, el legislador emplea el binomio de verbos “*identificación*” y “*acreditación*” que lingüísticamente puede tender a una confusión interpretativa pero que a efectos prácticos pueden asumirse como dos fases de cumplimiento: en primer lugar, la mera presentación del funcionario a cargo de la inspección y, en segundo lugar, la muestra de los documentos que acreditan su condición y legitimación para el desarrollo de esa acción inspectiva en concreto.

C1.3) El deber de guardad secreto o mantener confidencialidad de la información obtenida.

Bajo la égida de este principio de actuación de la función inspectora, se destaca una de las exigencias fundamentales para los funcionarios que desarrollan la actividad, la del manejo adecuado y exclusivo de la información obtenida conforme a los resultados de la inspección. Así ha de exigirse que esta no sea manejada con terceros ajenos a la relación de inspección o con los beneficiarios directos de sus resultados, caso en contrario podrían generarse lesiones incidentales directas a la actividad inspeccionada e imputables a la inspección por la violación de algún derecho reconocido a personas naturales o jurídicas.

A nivel reglamentario, la ausencia de regulación expresa de este deber resulta una de las cuestiones que más llaman la atención en un punto rojo sobre el régimen inspectivo, dada la especial trascendencia que ostenta el cumplimiento de este requisito en la función inspectiva. Como correlativo, en el orden sectorial solamente se regula en los regímenes inspectivos del medio ambiente, la aduana general, el régimen local de supervisión integral y en el caso de las Reservas movilizativas, aunque en este último, de forma moderada con la formulación de “discreción”. El resto de sectores no prevé una regulación expresa en tal sentido, ni de su contenido se pueden identificar elementos que tributen a una interpretación extensiva que permita integrar esa noción.

C1.4) brindar información: Esta última obligación resulta una consecuencia lógica del propio proceso por lo que en puridad de términos no debería ser una obligación en concreto a regular. Muestra de ello es que además del régimen jurídico (art 29 inc g) D-100), su

⁵⁴ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ob. cit.*, p 661

⁵⁵ LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado ...* p 133 y ss.

regulación solo está presente en la mitad de los sectores de la actividad inspectiva (educación, inspección estatal, construcción, reservas estatales, cultura, precios y aduana).

En tal sentido, desde el régimen general se establece una obligación de información subsidiaria para los casos de determinarse la ocurrencia de posibles hechos delictivos, de informar a las autoridades competentes (art 21 inc a) D-100); aunque esta, siguiendo la idea anterior, resulta un efecto del procedimiento inspectivo reforzado bajo esa obligación.

C2) Competencias

C2.1) Acceso al domicilio legal del inspeccionado

El acceso al domicilio del inspeccionado ha sido uno de los aspectos de mayor tensión entre la realización del interés público y la protección de los derechos fundamentales, dada la necesidad de su ejecución como medio de llevar a cabo la actividad inspectiva, pero dentro de un marco de legalidad con competencias tasadas.

En nuestro régimen de inspección tanto a nivel general como sectorial esta competencia no encuentra regulación expresa en ninguna norma reglamentaria de ordenación, incluso en actividades inspectivas que así lo requieren con una mayor intensidad vgr la inspección sanitaria, construcción, inspecciones ambientales, o la regulación de los supervisores provinciales; aspecto que resulta una limitación del régimen jurídico, dado el riesgo latente de que las intervenciones que en este sentido se realicen puedan convertirse en vías de hecho por el exceso en el ejercicio de las competencias inspectivas asignadas.

C2.2) Práctica pruebas documentales y testificales

Una de las competencias más importantes previstas en el régimen jurídico cubano es la de proceder a la práctica de pruebas. En tal sentido se regulan dos modalidades principales: la documentales y las testificales. En cuanto a las primeras, el régimen general establece la competencia de revisar cuantos libros, registros y demás documentos (art 29 ch) D-100), aunque para el caso de la información que resulte catalogada como clasificada, se establece la obligatoriedad obtener la autorización de la respectiva autoridad competente.

En segundo lugar, en el orden subjetivo, la competencia de tomar declaraciones a dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de la entidad, escritas o verbales (art 29 ch) D-100); así como una categoría complementaria de pruebas materiales, dentro de las cuales se determinan fotografías (aunque esta es más bien una documental), muestras de agua, materiales, alimentos y aire, y, en general.

Como colofón de ello, a nivel sectorial dicha competencia se encuentra reconocida en la generalidad de los regímenes jurídicos, a excepción de la inspección educativa, donde se echa en falta su regulación, sobre todo en los órdenes documentales y materiales; así como la definición de una tipología propia como lo es el control del proceso docente (impartición de clases como material probatorio de carácter personal pero no testifical. De igual forma, el régimen inspectivo del Ministerio de cultura, carece de una regulación expresa en el sentido de las competencias probatorias, ámbito al que se añaden las actividades del INDER (actividad deportiva), con preocupaciones compartidas al igual que el régimen anterior con las enunciadas en el sector educativo. En último lugar, dentro de este marco de limitaciones regulatorias, no se puede dejar de mencionar el caso de la Aduana General de la República y su actividad inspectiva, por resultar una de las actividades que mayor conflictividad genera en sus vías recursivas y dentro del proceso contencioso administrativo; al ser uno de los sectores que ha diseñado en alguna medida, las fases procedimentales para garantizar los derechos de los inspeccionados. En tal sentido, resulta notorio el hecho de la falta de regulación de las competencias probatorias de sus inspectores, máxime cuando de su práctica se evidencia un despliegue de las técnicas previstas en la norma general, con un despliegue tecnológico incluso, que resulta referencia en la actividad inspectiva. Tales ausencias regulatorias impactan directamente sobre los procedimientos y procesos que con posterioridad se desarrollan como consecuencias de sus actuaciones.

C2.3) Adoptar medidas de diversa naturaleza durante las diferentes fases del procedimiento de inspección.

En este punto, hay que distinguir que las competencias ya aludidas resultan el canon general aceptado doctrinalmente acerca de las competencias de los inspectores, en tanto, la adopción de medidas de diversa naturaleza durante las diferentes fases del procedimiento de inspección, a pesar de ser realizadas por el inspector, no resultan propiamente parte del contenido esencial de comprobación de legalidad que distingue la actividad inspectiva.

En tal sentido, nuestro régimen jurídico establece un conjunto de competencias complementarias o auxiliares al ejercicio de la función inspectiva. Para una comprensión metodológica, han sido clasificadas conforme a sus efectos en preventivas y de naturaleza ex post. Las primeras (preventivas), más cercanas al fin inmediato de la inspección, se relacionan con ordenación de la paralización de la actividad o acción infractora (art 29 inc. f) D-100). Esta competencia puede constituir o bien un medio para el aseguramiento del desarrollo de la inspección en casos como, o bien un mecanismo de cese de la actuación ilegal a comprobar en pos de agravar los posibles efectos generados. En este sentido, este tipo de competencia se encuentra regulado en la mayoría de los regímenes jurídicos, con excepción de la actividad del Ministerio de Cultura, el INDER y la Aduana General de la República; sobre todo en el último caso probablemente resulte un efecto de las características de la actividad inspeccionada, que no son continuas en el tiempo, aunque en el caso del INDER y del MINCULT si se aprecia esta característica, siendo una notable limitación en su ordenación jurídica.

En contrario a lo anteriormente expuesto, el régimen general habilita un conjunto de competencias de naturaleza ex post, que exceden ampliamente la noción de la actividad, y con ello se desnaturaliza la figura en concreto. En tal sentido, se pueden catalogar en acciones efectos diversos: dispositivas, de mandato o indicativas, de control y sancionadoras.

Las primeras - acciones dispositivas- tienen como fin el de proponer o disponer la eliminación de las irregularidades o deficiencias detectadas y sus efectos (art 29 inc. e) D-100). Esta resulta el correlativo más directo con la actividad inspectiva y se encuentra regulada en la mayoría de los regímenes sectoriales analizados. En segundo lugar, las acciones de mandato o indicativas establecen obligaciones a los inspeccionados de desarrollar determinadas acciones en pos de la erradicación de las actuaciones ilegales *vgr.* la orden de demolición en el sector constrictivo o, la suspensión definitiva de la actividad (inspección sanitaria), o la orden de ingresar al Presupuesto del Estado las cantidades obtenidas indebidamente con motivo de la infracción cometida del régimen general (art 21 inc. a) D-100).

En tercer lugar, aunque no cuenta con regulación en el régimen general, se ha establecido la competencia a los inspectores sobre acciones de control, a fin de verificar el cumplimiento del plan de medidas emitido por sujeto inspeccionado, así como exigir el estado de actualización de la sobre su estado de cumplimiento, así como exigir la respuesta al dictamen de la inspección en el plazo establecido (Inspección ambiental, Reservas Estatales y Transporte),

Un último aspecto al que se hace alusión resulta el de las competencias para acciones sancionadoras. Por un lado, desde una vertiente con conjuga a las acciones de mandato y a las de control, se exige la imposición de medidas disciplinarias a los infractores de la legalidad (régimen de inspección ambiental y cultura). Por el otro, convirtiéndose en autoridad sancionadora, en un ejercicio que no cuenta con reconocimiento expreso dentro del régimen general. Sin embargo, a nivel sectorial (inspección del MINCULT) o local (supervisores integrales) y sobre todo en normas del amplio y difuso régimen contravencional cubano, se reconocen competencias sancionadoras a los inspectores; excediéndose la naturaleza de la función inspectiva. Esta relación función pública inspectiva- función pública sancionadora en nuestro régimen jurídico presenta un número considerable de limitaciones regulativas e incongruencias en lo regulado, que ameritan un análisis profundo que excede el propósito de las presentes líneas y será punto de partida para continuar el debate.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

Primera: La noción de la inspección en Cuba como forma de la actividad administrativa, a pesar de los referentes históricos-normativos de hondo calaje en nuestro ordenamiento jurídico desde el siglo XIX cubano, no ha contado con un tratamiento teórico suficiente que permita sistematizar sus elementos esenciales en cuanto a su configuración como instituto jurídico administrativo, conducente a su individualización de otras técnicas de control.

Segunda: El perfeccionamiento del régimen jurídico en Cuba precisa la configuración de su concepción como potestad, actividad y función, desde la articulación de los siguientes elementos.

a) **Como potestad**, precisa una adecuada regulación de sus bases constitucionales y legales derivadas de las atribuciones de control. Así mismo, la necesidad de articulación de un sistema de competencias compartidas en función de la materia y del territorio, de regulación y control en manos del Consejo de Ministros y de ejecución en los organismos de la Administración Central del Estado (Ministerios e Institutos) así como de los órganos locales de la Administración Pública (Consejos de la Administración Provincial y Municipal), delimitándose los puntos de contacto y límites de las relaciones interadministrativas entre los diversos cuerpos de inspección profesionales o eventuales de cada instancia administración sectorial con las Direcciones Integrales de Supervisión presentes a nivel local en el tejido administrativo.

En tal sentido, una configuración sistémica de los principios que informan su ejercicio, como correctivos de optimización de la intervención administrativa, resulta una necesidad en dicha concepción, de conjunto con la previsión de revisión y anulación de sus efectos ante el incumplimiento del canon de intervención que dichos principios imponen.

b) **Como actividad administrativa**, en relación a los tipos de inspección, ha de ser perfeccionada la articulación del régimen general y sectoriales, conforme a criterios como la determinación de la inspección planificada como de la extraordinaria. En tal sentido, se denota un amplio margen de discrecionalidad técnica sin suficientes criterios de limitación, que redundan en eventuales vulneraciones a los derechos de los inspeccionados sin que tengan una notoria afectación a la organización de la actividad, y, por tanto, superables en sí. En igual sentido, ha de ser resuelta la contradicción existente entre el régimen general y los sectoriales, conforme el objeto sobre el cual recae la actividad inspectiva, pues el primero asume el criterio restrictivo de la entidad estatal, mientras que en los segundos se aplica a personas naturales en múltiples situaciones, aspecto que resulta trascendental, porque deslegitimaría la competencia inspectiva para el resto de materias que no tuviesen la infra mencionada condición de entidad estatal

En cuanto a las etapas, resulta necesario la armonización del régimen general con los regímenes sectoriales en el sentido de incluir las etapas previas y posteriores de planificación y control como parte del procedimiento inspectivo, bajo la égida de definición de términos que resulten estándares

Consecuentemente, la noción teórica de la inspección precisa de un dimensionamiento de su contenido que le distingan de otras técnicas de control administrativo vgr. la auditoría, la fiscalización y la supervisión, destacando el sentido mixto de esta técnica administrativa de comprobación de legalidad de carácter general conforme a la amplitud de actividades que pueden resultar en su objeto y la naturaleza técnica de las normas que rigen la inspección, a diferencia del resto, que se distinguen por el carácter específico sobre las normas contables (auditoría), o de las normas de carácter penal (verificaciones fiscales) o de la suma de normas técnicas generales con normas contables (supervisión).

c) **Como función pública**, la falta de una noción acabada del funcionario público en nuestro régimen jurídico impacta directamente en la configuración de la figura del inspector, precisándose una construcción sistémica que atienda las notas esenciales de esta especial relación de empleo público e integre sus distintas tipologías, competencias y deberes. En tal sentido, la mayor limitación opera en la indefinición que asume el régimen general y

sectoriales de la inspección en la configuración de las tipologías de inspectores, desde la perspectiva del empleado público y no como funcionario público en concreto.

En ese orden, una revisión de los actuales regímenes jurídicos debería ser tomada en cuenta la eliminación de la figura de inspectores populares, por limitada aplicación práctica e insuficiente desarrollo de esta figura, pues excede el ámbito de la función pública, para establecerse como un colaborador de la misma. Iguales consideraciones merecen los inspectores eventuales quienes ostentan un estatus cuasi funcionarial, por la propia naturaleza de la actividad, los cuales podrían ser reconducidos a otras figuras vgr. peritos o especialistas, cuya función resulta en auxilio y complemento del inspector profesional, la cual, en puridad de términos, debería ostentar tal condición. Desde esta perspectiva resultaría más factible la sistematización de los requisitos de acceso y permanencia a la función pública inspectora, con referencia a los criterios de nivel a) *Nivel educativo*, b) *Habilitación específica*, c) *Experiencia* y d) *Conducta*

En materia de deberes y competencias resulta necesario una reconfiguración normativa de la actual regulación general y sectorial, evitándose la actual confusión entre deberes y competencias presentes en dicho régimen jurídico. En tal sentido, la excesiva amplitud de deberes conlleva a que en materia de identificación se empleen términos vgr *acreditación* que pueden conducir a exceso u omisiones en el cumplimiento de tales deberes. Ahora bien, la mayor necesidad en tal sentido de la cara al perfeccionamiento de este régimen jurídico resulta la regulación expresa del deber de guardar secreto, ausente en la normativa general y regulado esporádicamente en algún régimen sectorial. De igual forma, dentro de esta reconsideración, cabría tener en cuenta el deber de brindar información, pues no se define la autoridad receptora de la misma, y, de suponerse el órgano de inspección, ello no resultaría más que una redundancia de los efectos del propio acto inspectivo; en tanto si fueren externos los posibles destinatarios del acto, deberían ser precisados los términos, efectos de los mismos, como en los casos en que se habilitan procedimientos sancionadores.

En materia de competencias, si bien acceso al domicilio legal del inspeccionado y la práctica pruebas documentales y testificales no han generado en nuestra práctica jurídica la conflictividad de contextos comparados, el foco de atención a superar reside en la adopción de medidas de diversa naturaleza durante las diferentes fases del procedimiento de inspección, pues en primer lugar, no existe un desarrollo reglamentario sobre los efectos que tales decisiones pueden generar, así como se denota aquí la contradicción más profunda de nuestro régimen jurídico, al habilitarse al inspector determinadas competencias sancionadoras, que exceden el ámbito de especial relación y con ello quiebra la propia noción del ejercicio de la potestad, al violarse incluso un principio del Derecho Administrativo Sancionador, consistente en que quien instruye el procedimiento no debe de adoptar el acto sancionador, un requisito que nuestro actual régimen jurídico no supera en ese test. Por ende, con tal colisión de funciones sancionadoras e inspectoras, se desnaturaliza la propia noción de potestad inspectora.

Sobre la base de tales elementos, resulta necesaria una pauta interpretativa de cara a un procedimiento de creación normativa, que configure las siguientes categorías:

- a) a la potestad inspectiva, como técnica de atribución de poder, propia de la teoría general del Derecho y expresión del principio de legalidad (juridicidad), que emana directamente del ordenamiento jurídico, para el reconocimiento de una situación de poder de incidencia de los órganos de inspección hacia una actividad o sector de la actividad administrativa o particular, con el objetivo de producir efectos jurídicos derivados de la comprobación de la actividad con los criterios técnico legales, sin que ello genere de facto relaciones jurídicas, derechos o deberes; sino una sujeción al ordenamiento jurídico, a partir de posiciones pasivas.
- b) al inspector, como el funcionario público que ejerce la potestad inspectiva de la administración pública, en el marco de una relación jurídica laboral de naturaleza estatutaria, con carácter permanente y pertenencia a un órgano general, sectorial o territorial de inspectores o supervisores, regido bajo reglas de acceso, promoción permanencia y baja uniformes y coherentes con las diversas actividades objeto de la

inspección; con reconocimiento de deberes y competencias para el ejercicio de tal función.

- c) a la actividad, inspectiva como el conjunto de actos de naturaleza diversa dirigidos a la comprobación del cumplimiento del canon de juridicidad de la actuación controlada con los requerimientos del ordenamiento jurídico administrativo, desarrollada por un inspector u órgano de inspección, cuyo acto definitivo tiene efectos que implican la constitución de acto de eficacia probatoria y sirve de base al ejercicio de otras potestades administrativas *vgr.* la sancionadora.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial “Félix Varela”, Ciudad de La Habana, 2002.

ARIAS GAYOSO, Grethel, “La significación del principio de legalidad en la Administración Pública”, en MATILLA CORREA, Andry (Coordinador), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor DrC. JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Leonard Muntaner, Editor, Palma de Mallorca, 2009, pp.165-180

_____, “Las potestades administrativas. Apertura y cierre al ejercicio del poder público”, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017*, pp 138-140.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo” en *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, mayo de 2009, p 24

BACIGALUPO SEGGESE, Mariano, “Las potestades Administrativas”, en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen I. La forma*, 1º Ed., Iustel, Madrid, España, 2009.

BATISTA TORRES, Jennifer, La designación de los funcionarios públicos en Cuba, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017*, pp 341-353

BERMEJO VERA, José, *La Administración Inspectora*, Revista de Administración Pública, número 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp 40-41.

BLANQUER, David, *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2006

BOIX PALOP, Andrés, Las potestades administrativas de inspección y su expansión al amparo de razones de seguridad frente a los derechos fundamentales, 2016, p 69, visto en <http://roderic.uv.es/handle/10550/55071>

BONNARD, Roger, “Précis de Droit Administratif”, 4^{TA} Ed. Revue et mise au courant des Réformes Administratives, LGDJ, Paris, Francia, 1943

CANO CAMPO, Tomás, “La presunción de veracidad de las actas de inspección” en Sánchez, Juan José Díez. *Función Inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. INAP, Madrid, España, 2013, pp. 223-241

CASSESE, Sabino, “Las Bases del Derecho Administrativo”, *trad. pos.*, Luis Ortega, INAP, Madrid, España, 1994, pp 106-116, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “*Principios de Derecho Administrativo General*”, 2da Ed. Iustel, Madrid, España, 2009, p 641 y ss,

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Papeles de economía española*, N° 151, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), 2017, pp. 47-62

ESCASENA, José L., *La evolución de la legalidad en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1990,

FERNÁNDEZ RAMOS, Severino, “La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora”, Comares, Granada, España, 2002

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, Manual Básico de Derecho Administrativo. Séptima edición, Tecnos, Madrid, España, 2010

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, en *Revista Documentación Administrativa* n° 289, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, enero-abril 2011, p. 34

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás – Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo*”, T.I, 15^{ta} Ed., Editorial Thompson- Cívitas, Madrid, España, 2011

GARCÍA RUBIO, Fernando, “¿Existe una reserva a la condición de funcionario para el ejercicio de acciones administrativas sobre restauración de la legalidad urbanística?” en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo* N° 130, 2014, 59-61.

GARCÍA URETA, Agustín, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona, 2006

_____, “Potestad Inspectora y Medio Ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas, en ACTUALIDAD JURÍDICA AMBIENTAL, N. 54, España, p. 17 y ss.

GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho Administrativo, Segunda parte*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, pp. 79-80.

GIANNINI, Massimo Severo, “Derecho Administrativo”, INAP, trad. Pos. Ortega, Luis, Vol. Primero, Madrid, España, 1991, p 171 y ss,

HAURIUO, Maurice, “*Précis de Droit Administratif et Droit Public Generale*”, quatrième Edition, Librairie de Société de Recueil General de Lois & Arrêts, Paris, 1904

LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio y MARTÍNEZ SAENZ, Joaquín, *Ensayos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1922,

LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 56, Director de Publicaciones, Chile, 2015

LEAL VÁSQUEZ, Brigitte, Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora, en *Revista de Derecho Público*, vol. 83, 2° sem, Chile, 2015, pp 105-122

LINDE PANIAGUA, Enrique, “*Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*”, 2° Ed., UNED, Madrid, 2010, p 267 y ss,

LÓPEZ GONZÁLES, Luis Ignacio, El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, sept-dic, 1998, Madrid, España, p 157

MATILLA CORREA, Andry, “Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad”, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017, pp. 34-104

_____, “*Constitución y Administración Pública: Algunas ideas sobre las bases constitucionales del régimen jurídico administrativo cubano*” en Huck, Winfried, y Pérez Martínez, (Editores), *Derecho, Economía y Sociedad en el Siglo XXI. II Simposio Germano-Cubano de Derecho*, La Habana, Cuba, 2013, Hamburg, Alemania, 2013, p 319-334

_____, “Municipio y administración local: breves glosas al hilo del contexto jurídico cubano actual” en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y DÍAZ LEGÓN, Orestes J, (Coords)

¿Qué municipio queremos? Respuestas en clave de descentralización y desarrollo local, Editorial UH, La Habana, 2015, pp. 175-191

_____, “Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano”, en AA.VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; pp.411-452

_____, “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano*, 2da edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, p. 491

MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán trad. pos. Gabriel Doménech Pascual*, coord. Del original de la 16a Edición alemana de 2006, México: Universidad Autónoma de México, 201, pp 132-140

MAYER, Otto, “Derecho Administrativo Alemán”, T II, Parte Especial. Poder de Policía y Tributario, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p 3-36.

MÍGUEZ MACHO, Luis El principio de objetividad en el procedimiento administrativo en *Revista Documentación Administrativa* n° 289, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, enero-abril 2011, pp. 119 y ss.

MONZÓN PÁEZ, Fernando, Algunos apuntes sobre la definición de funcionario público en Cuba, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017, pp 315-341*

MORENO, Francisco, *La Administración y sus procedimientos*, Imprenta de EL ECO MILITAR, Habana, 1886 GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo II, Segunda edición, Imprenta “El Siglo XX”, Habana, 1914

NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, Tomo II, 13^{era} edición, Imprenta J. Hernández Lapido, Habana, 1926

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. 8^{va} Dykinson, Madrid, 2009

PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN, *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización Administrativa. Empleo Público*. 23^o Ed. Revisada y Restructurada. Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2013

_____, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Decimosexta Ed, Marcial Pons, 2003, Madrid, España.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo. Tercera edición revisada y actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

_____, *Lecciones de Derecho Administrativo, Quinta edición revisada y actualizada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012

PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, ¿Gobierno y Administración Local en Cuba?, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, UNAM, México, 2009, pp 319-352,

PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, Fundamentos jurídicos de la intervención administrativa en la actividad privada de alojamiento turístico en Cuba, en MATILLA CORREA, Andry (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, UNIJURIS, La Habana, Cuba, 2017, pp 441-490*

PONCE SOLÉ, Juli, Crisis Económica, deberes jurídicos de economía y eficiencia y Derecho Administrativo, en Blasco Esteve, *El derecho público de la Crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp 459-473

RASTROLLO SUÁREZ, Juan José, “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño”, en Revista General de Derecho Administrativo, número 45, Iustel, España, mayo, 2017

REBOLLO PUIG, Manuel, “La actividad de inspección” en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo.* Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El Contenido, 1º Ed., Iustel, Madrid, España, 2009

_____, “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en SAINZ MORENO, Fernando, (Dir.) *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2004, pp. 447

RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho Administrativo Económico”, Marcial Pons, Madrid, España, 2007

RIVERO, Jean, *Droit Administratif, Treizième Edition, Jurisprudence Générale Dalloz, Francia, 1990, p 538*, VEDEL,

GEORGES, Derecho Administrativo, traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar S.A., Madrid, 1980

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Ponderación y actividad planificadora de la Administración", en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y DE LA SIERRA MORÓN, Susana (Dirs.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, 2009, pp 115-133

RUIZ Y GÓMEZ, Julián Modesto, *Derecho Administrativo, Primer curso*, Conferencias mimeografiadas, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, La Habana, s/a,

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho Administrativo. Parte General”, 6ta Ed., Tecnos, Madrid, España

STIFTUNG, Konrad Adenauer, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Jürgen Schwabe, comp. de sentencias, Marcela Anzola-Gil, trad., Konrad Adenauer Stiftung, México, 2003), Sentencia BVerfGE 7, 377 [Ley sobre Farmacias], pp 316-325.

TEJEDOR BIELSA, Julio, La Función Inspector en el ámbito urbanístico, en Sánchez, Juan José Díez. Función Inspector. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. INAP, Madrid, España, 2013, p 117-170

VALDIVIA ONEGA, Marisabel, VIZOSO GARCÍA, María de los Ángeles y CASTANEDO ABAY, Armando, *Separata de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1989

VaquER CABALLERÍA, Marcos, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo” en Revista de Administración Pública, N.º 186, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre Madrid, España, 2011, pp. 101-103

VASILENKOV et. al., *Derecho Administrativo Soviético, trad. pos.*, PERAZA CHAPEAU, José D, Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p 159

VELASCO RICO, Clara I., “Los planes y programas de inspección. Hacia una (¿necesaria?) reducción de la discrecionalidad administrativa en materia de inspección de las actividades económicas de los particulares” en IURIS, enero - diciembre de 2015, No. 17, pp. 61 - 78

ZANOBINI, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, traducción de la 5ta edición italiana (1949) por Héctor MASNATTA y actualizada con la 6ta edición por Francisco Humberto PICONE, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954

Legislación

Asamblea Nacional del Poder Popular

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario en Gaceta Oficial No. 053 Ordinaria de 21 de noviembre de 2012, *(sin regulación en concreto)*

ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, Ley No. 116/2013 Código de Trabajo, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014, arts. 190-194,

CONSEJO DE ESTADO, Decreto Ley N° 67, de fecha 19 de abril de 1983, relativo a la Organización de la Administración Central del Estado

Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO, Decreto Ley No. 197 de 1999 “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y funcionarios” (actualizado) publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinaria No.54 de 20 de noviembre de 2007, artículo 14 inciso a)

Consejo de Ministros

CONSEJO DE MINISTROS (CM), Acuerdo N° 5799 del CECM, de fecha 23 de octubre 2006, Disponiendo la Creación de las Direcciones Provinciales Integrales de Supervisión (S/P en GO), consultado en CM, Manual del Supervisor Integral. Documentos Legales. 2007,

CONSEJO DE MINISTROS (CM), Decreto N° 100/84, de fecha 10 de febrero de 1984, “Reglamento General de la Inspección Estatal” en GOO N° 14 de 10 de febrero de 1984;

CONSEJO DE MINISTROS, Decreto N° 1 del Consejo de Ministros de fecha 23 de julio de 1978, Reglamento General de los Organismos de la Administración Central del Estado,

CONSEJO DE MINISTROS, Decreto No. 308, Reglamento de la Ley del Sistema Tributario, en Gaceta Oficial No. 053 Ordinaria de 21 de noviembre de 2012 (*sin regulación en concreto*)

CONSEJO DE MINISTROS, Decreto No. 326/2014 Reglamento del Código de Trabajo, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014, pp 222-223.

Contraloría General de la República

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR), Resolución de fecha 12 de septiembre de 2012, “Normas para la realización de la inspección de la Contraloría General de la República”, publicada en GOE N° 42, de 28 de septiembre de 2012,

ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO

ADUANA GENERAL DE LA REPÚBLICA (ADUANA), Resolución No. 20/2003, de fecha 28 de abril de 2003, Normas para la Inspección Aduanera, publicada en GOO N° 31 de 6 de agosto de 2003,

INSTITUTO NACIONAL DE DEPORTES, EDUCACIÓN FÍSICA Y RECREACIÓN (INDER), Resolución N° 45/2007, de fecha 5 días de julio del 2007, Reglamento del Sistema de Control del Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, (S/P en GO),

INSTITUTO NACIONAL DE RESERVAS ESTATALES (INRE), Resolución N° 18/2008, Reglamento para la Inspección Estatal a las Reservas Materiales, publicado en GOO N° 009 de 20 de febrero de 2008

MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE (CITMA), Resolución Ministerial N° 130/95, de fecha 1° de junio de 1995, Reglamento para la Inspección Ambiental Estatal, publicado en GOO N° 21 de fecha 24 julio de 1995

MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE (CITMA), Resolución Ministerial N° 103/2008, Reglamento de la Inspección Estatal de la actividad Reguladora, publicado en GOO N° 041 de 2 de julio de 2008,

MINISTERIO DE CULTURA (MINCULT), Resolución N° 60/2002, de fecha 29 de abril DE 2002, Reglamento de la Inspección Estatal del Ministerio de Cultura, publicado en GOO N° 26 de fecha 27 DE MAYO DE 2002,

MINISTERIO DE FINANZAS Y PRECIOS (MFP), Resolución N° 87/2011, de fecha 28 de febrero de 2011, Reglamento de la Inspección Estatal de Precios publicada en GOO N°6 de 5 de abril de 2011,

MINISTERIO DE LA CONSTRUCCIÓN (MICONS), Resolución No. 269/2017, Reglamento de la Inspección Estatal de la Construcción, publicada en (GOC-2017-608-EX44) de 12 de octubre de 2017,

MINISTERIO DE LAS FUERZAS ARMADAS (FAR), Resolución No. 44/2017, Reglamento de la Inspección Estatal de Hidrografía y Geodesia, publicada en GOC-2017-552-O26 de 13 días del mes de junio del año 2017,

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MINSAP), Resolución Ministerial N° 215, de fecha 27 de agosto de 1987, “Reglamento de la Inspección Sanitaria Estatal”, publicada en GOO N° 71 de fecha 8 de julio de 1987

MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MINED), Resolución Ministerial N° 239/2010, de fecha 26 de octubre de 2010, “Reglamento del Sistema de Inspección del Ministerio de Educación”, publicada en GOO N° 053 de 21 de diciembre de 2010,

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Resolución No. 47/2001, mediante la cual se crea la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo

MINISTERIO DE TRANSPORTE (MINTRANS), Resolución N° 31/96, “Reglamento del Sistema de Inspección y Control Estatal del Transporte”, publicado en GOO N° 12 de 19 de abril de 1996.

DERECHOS FORALES Y GOBERNANZA ECONÓMICA MULTINIVEL

Profesor Doctor José Carlos Cano Montejano
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho en la UCM

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018

RESUMEN: Los derechos forales históricos del País Vasco constituyen una de las características fundamentales de la forma de Estado de España. Su reconocimiento y aplicación tanto por la Constitución Española como por el Estatuto de Gernika debe considerarse como uno de los hitos más relevantes de la restauración democrática en España, de manera que la incardinación de las peculiaridades forales de los Territorios Históricos debe considerarse desde la perspectiva del conjunto de las circunstancias que engloban la distribución territorial del poder en España, y su organización, siendo un componente fundamental de una correcta comprensión del Estado de las Autonomías.. La Gobernanza económica en la UE ha provocado ciertos recelos e incomprensiones respecto a estos derechos históricos, y ha puesto de manifiesto que el respeto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros por parte de la Unión todavía tiene un cierto margen de mejora, sin la cual la UE puede resultar poco practicable y factible.

ABSTRACT: Historical rights of the Basque Country are one of the most determining characteristics of the Spanish constitutional state form. Their recognition and application both by the Spanish Constitution and the Basque Statute of Autonomy should be regarded as one of the milestones of the Spanish Democracy, so that the incardinación of the Basque peculiarities having regard to the special circumstances that encompass the whole Spanish regional scheme, is to be considered as a vital component of a comprehensive approach to the State of the Autonomies. The economic Governance at EU level has provoked misunderstandings and considerations that have made come to light the background of a Union which should be most respectful of the constitutional traditions of the member States, without which no EU would be feasible, viable or workable.

PALABRAS CLAVE: Gobernanza multinivel, derechos forales, derechos históricos, País Vasco, Euskadi, UE, integración europea, tradiciones constitucionales, Constitución española, Estatuto de Gernika, Estado Autonomico.

KEYWORDS: Multilevel Governance, historical rights, Basque Country, EU, constitutional traditions, State Form, Constitution, Gernika Estatute, Spanish regional definition, European integration, State of Autonomies.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Gobernanza Económica en la UE. 3. El PEC y sus consecuencias para España. 4. Las Leyes de Estabilidad Financiera y los Territorios Históricos. 5. La Reforma del Artículo 135 CE. 6. Las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La integración económica, y su manifestación en las distintas técnicas de gobernanza, ha tenido una transcendental repercusión sobre los sistemas constitucionales de los Estados miembros de la UEM, en particular sobre los procedimientos presupuestarios, en la medida en que se han tenido que amoldar a los imperativos derivados de las directrices emanadas desde las autoridades europeas, especialmente las emitidas desde el Banco Central Europeo y la Comisión Europea, aunque no se puede obviar la labor del Consejo ni del Eurogrupo.

Queríamos comenzar indicando que la potestad presupuestaria es una de las más importantes de las que disfruta un Parlamento libremente elegido en un país democrático. De hecho, en España, las Cortes Generales tienen su origen medieval fundamentalmente en la convocatoria que los Reyes llevaban a cabo para exigir tributos en sus territorios y a sus ciudadanos, y esta nota característica se repite en prácticamente todos los Parlamentos europeos. Es evidente, que esta labor medieval está hoy en día ampliamente superada, y que la Ley de Presupuestos es una previsión sobre los gastos e ingresos de las Administraciones Públicas y del gasto público que se puede llegar a alcanzar para un determinado ejercicio, y que los Presupuestos Generales del Estado –aunque se siga considerando la Ley más importante de cada año, no hace sino reflejar un programa político del Gobierno que esté en el poder en cada momento determinado. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha definido la Ley de Presupuestos como “*Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria*”¹

Sin embargo, esta facultad presupuestaria tiene dos facetas, ya que no se restringe exclusivamente a la determinación del gasto y a la previsión de ingresos, sino que también comprende el seguimiento que de la ejecución del presupuesto lleva a cabo el Parlamento a través de la Comisión de Presupuestos, y que representa y manifiesta esa potestad de control que mantiene las Cortes sobre la Ley Presupuestos anual². De este modo, no creo que exageremos al afirmar que esta facultad es una de las más importantes que reflejan el carácter y el tenor de las potestades que ostenta un Parlamento³.

También es distinto el ejercicio de la potestad presupuestaria dependiendo de la forma de gobierno de cada Estado, es decir, no lleva a cabo el mismo control sobre el presupuesto un Parlamento en un sistema presidencialista que uno en una forma de gobierno parlamentaria. El Congreso de los EE.UU. tiene unas funciones y potestades de las que carece, por ejemplo, el Parlamento británico o las Cortes españolas –por citar dos sistemas netamente parlamentarios–.

En EE.UU el Congreso recuperó en 1974 unas importantes atribuciones de control sobre la función presupuestaria, con la aprobación de la *Congressional Budget and Impoundment Act*, que revocó la *Budget and Accounting Act* de 1921 que, a su vez, había otorgado unas exorbitantes potestades al Gobierno en la elaboración y control de la Ley de Presupuestos. Con la Ley de 1974 se creó el *House Budget Committee* que es el Comité competente dentro del Congreso para llevar a cabo esa importante función de seguimiento y control-, y también se modificó la fecha de inicio del ejercicio presupuestario, del 1 de julio al 1 de octubre de cada año natural.

Sin embargo, la comparación que se pueda llevar a cabo con cualquier país no sirve para los Estados que forman parte de la Unión Europea, ya que las consecuencias para estos de su participación en esta organización supranacional han sido muy importantes para los procedimientos presupuestarios de los respectivos Parlamentos nacionales. De este modo, se puede afirmar sin temor a equivocarse que, a efectos de la potestad presupuestaria, los

¹ Fundamento Jurídico cuarto de la STC 003/2003, de 16 de enero.

² M. ARAGÓN REYES, “El control Parlamentario como control político”, Revista de Derecho Político, UNED, nº 23, 1986; M.A. MARTINEZ LAGO, “El Control Parlamentario sobre el Presupuesto Público”. Presupuesto y Gasto público, Madrid, nº 48, 2007.

³ P. BIGLINIO CAMPOS, “Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas”, Revista de las Cortes Generales, nº 37, 1996.

Estados miembros y sus Parlamentos han perdido rasgos relevantes de su autonomía, y de sus potestades, y que siempre se consideraron como originarias, intangibles, y definitorias tanto de cada Estado como de su libérrima capacidad de autodeterminación en función del ejercicio de sus derechos de soberanía.

2. LA GOBERNANZA ECONÓMICA EN LA UE

La pertenencia a la Unión Europea, y la ratificación de los sucesivos Tratados –a través de las correspondientes Actas de Adhesión, que son Leyes nacionales pero también instrumentos de Derecho internacional en la medida en que articulan la incardinación a nivel interno de los postulados derivados de esos mismos Tratados– ha supuesto una matización en el ejercicio de los derechos de soberanía de los Estados miembros de la UE, ya que –en el caso de algunos– se ha atribuido o cedido a las Instituciones Europeas. Estos derechos en las primeras etapas de la integración hacían referencia a políticas transferidas –como eran la Política Comercial Común, la Política Agrícola Común, la Política de Pesca o la Política de la Competencia– que eran manifestación de aquellas atribuciones que habían sido asumidas como exclusivas por la Unión.

Sin embargo, la paulatina y progresiva inclusión de nuevas materias y especialmente las vinculadas a la integración económica, como son las financieras, monetarias y presupuestarias, y sobre todo a partir del Tratado de Maastricht con el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria –y la instauración del Euro como moneda común, y la aparición de una novedosa institución a través de la creación del Banco Central Europeo–, han supuesto que también esta novedosa perspectiva matice profundamente el ejercicio de algunas potestades constitucionales y constituyentes de los Estados miembros.

Por esta razón, las connotaciones constitucionales de la integración económica y de la gobernanza europea no tienen parangón a nivel internacional, ya que Estados soberanos –entre los que se encuentran algunos de los más antiguos del planeta como Francia, el Reino Unido y España–, han renunciado al ejercicio autónomo y libérrimo de potestades que en otras épocas hubiesen sido consideradas como irrenunciables e indisponibles, porque afectan al núcleo duro e intangible de la soberanía nacional, y por lo tanto, su transferencia –o digámoslo más sutilmente, la admisión de su ejercicio conjunto– ha inaugurado una nueva época no sólo para la Unión Europea sino también para los Estados miembros y, por ende, para sus ciudadanos.

El camino nominalmente se instauró con el Tratado de Maastricht⁴ que sentó las premisas de partida al determinar los criterios de convergencia que debían de ser cumplidos por los países candidatos a participar en la Unión Económica y Monetaria, declarando explícitamente que *“los Estados miembros considerarán sus políticas económicas una cuestión de interés común”*⁵. Esta declaración –en nuestra opinión– sienta las bases de la gobernanza económica, ya que introduce el cariz comunitario respecto de lo que tradicionalmente había sido considerado un aspecto excluido de la integración europea, y sólo relevante a efectos de otras políticas que sí ya habían sido comunitarizadas –la Política Aduanera, la Política Comercial Común, la Política de la Competencia, por citar algunas–.

De este modo, uno de los elementos determinantes de la política presupuestaria interna, la capacidad de incurrir en déficit por parte de un Estado, se puso en entredicho explícitamente en Maastricht, al declarar que *“los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos”*⁶, y también respecto a la política monetaria al determinar que *“el objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios”*⁷.

⁴ Ratificado por el Reino de España el 29 de diciembre de 1992, y publicado en el BOE de 13 de enero de 1994

⁵ Artículo 103.1 TUE

⁶ Artículo 104 C. TUE

⁷ Artículo 105.

Esta línea de solidez financiera y de equilibrio presupuestario se mantiene íntegra en el vigente Tratado de Lisboa, que en su capítulo dedicado a la Política Económica, en concreto en su artículo 126.1 afirma que “*los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos*”.

3. EL PEC Y SUS CONSECUENCIAS PARA ESPAÑA

A su vez, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con anterioridad al Tratado de Lisboa, y ya en su primera versión –la denominada Propuesta Waigel– establecía unos baremos para la deuda pública en relación con el PIB⁸, y que se plasmaron matizados en los Reglamentos del PEC aprobados en 1997. Sin embargo, la ampliación al Este de la Unión Europea⁹ y el empeoramiento generalizado de la situación económica en la zona Euro provocó que –como hemos tratado en páginas anteriores–, se reformase el Pacto para dotarle de una flexibilidad mayor, incluyendo una cláusulas de excepcionalidad, transitorias y también atenuantes, para permitir que las políticas presupuestarias de los Estados miembros pudiesen afrontar situaciones de desequilibrios más complejos.

Todo ello ha tenido un evidente y trascendente reflejo en nuestro país: en primer lugar, porque las sucesivas Leyes de Estabilidad Presupuestaria han recogido los principios que inspiraban el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, para poder adecuarse a los objetivos de déficit fijados desde las Instituciones Europeas. Además, la reforma de la Constitución en su artículo 135 se llevó a cabo para poder cumplir con los objetivos de Bruselas; pero –a los efectos que nos ocupa este trabajo– lo relevante es que esta rigidez presupuestaria ha tenido un efecto cascada sobre todas las Administraciones Públicas de nuestro país, ya que no sólo quedaba afectada la independencia presupuestaria del Gobierno central, sino también –y como reflejo de las competencias tributarias y presupuestarias de las diferentes Comunidades Autónomas–, los Gobiernos autonómicos, y las Haciendas locales de los Ayuntamientos y Municipios.

En este sentido es conveniente recordar que la Constitución española diseña una pluralidad de Haciendas más que una Hacienda plural¹⁰, y es importante la matización ya que hace referencia a la titularidad del poder originario sobre la potestad tributaria. Es evidente que en España el modelo constitucional impidiese una atribución a las Comunidades Autónomas de potestades tributarias sería imposible llevar a cabo una interpretación correcta del principio autonómico que se recoge en el artículo 2 CE¹¹. Es cierto que el artículo 133 determina que la potestad originaria para establecer tributos recae en el Estado español¹², pero –en nuestra opinión– esta atribución hay que matizarla y debe ser objeto de una interpretación conforme al resto de las disposiciones constitucionales, es decir, esa potestad está matizada por el principio autonómico y por los derechos históricos recogidos en la Disposición Adicional Primera de la Constitución¹³. El principio autonómico exige que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas tengan un reflejo

⁸ M. BUTI; D. FRANCO y H. ONGENA, “Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact”, *Oxford Review of Economic Policy*, volumen 14, número 3, 1998, páginas 81-97.

⁹ J. DE LA CRUZ FERRER, *Rumbo a Europa: La ampliación al Este de la Unión Europea: Repercusiones para España*, Madrid 2002

¹⁰ A. NAVARRO FAURÉ, “La Conciliación entre la estabilidad presupuestaria y una Hacienda Autonómica social”, en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*. 2016, 61, pág 92

¹¹ Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

¹² Artículo 133. 1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes. 3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley. 4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.

¹³ Disposición Adicional Primera: Primera. La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía

financiero que derive tanto de la Constitución¹⁴ como del Estatuto de Autonomía correspondiente, de manera que se dote realmente de contenido a la afirmación del principio de autonomía financiera.

Todo este esquema, ya de difícil articulación a nivel interno, se ha visto contundentemente matizado a través de las directrices emanadas por la Unión Europea, y esto tanto para el Estado como para los Gobiernos autonómicos y locales. De tal manera que se puede afirmar que el principio de soberanía presupuestaria ha decaído plenamente. Pero la nueva realidad debe ser compaginable con las exigencias del diseño constitucional de cada uno de los Estados miembros, porque de otro modo quedarían afectadas las estructuras básicas e indisponibles del Estado como lo hemos venido considerando hasta ahora, también desde la perspectiva del Derecho Constitucional clásico.

En lo que atañe a España, la exigencia de control de déficit y de rigor presupuestario se ha manifestado en toda la Legislación financiera y tributaria, y especialmente desde la aprobación de la modificación del artículo 135, pero también con anterioridad. La Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001¹⁵ determinó explícitamente que sus disposiciones deberían ser aplicadas por las Administraciones autonómicas¹⁶, aunque esta norma se elaboró en un momento en el que el déficit todavía no era una preocupación relevante, ya que la situación económica todavía podía calificarse de favorable.

4. LAS LEYES DE ESTABILIDAD FINANCIERA Y LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS

El momento de inflexión se plasma fundamentalmente en la Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de 2012¹⁷ en la que se plasmó explícitamente la limitación de déficit para las Comunidades Autónomas. Esta Ley constituía un imperativo expreso ínsito en la propia reforma del artículo 135 de la Constitución española de septiembre de 2011, de manera que se daba cumplimiento a este deber constitucional a través de la aprobación de esta Ley Orgánica. Esta Ley, por primera vez, regulaba también el déficit de las Administraciones autonómicas y locales¹⁸. De este modo en la Ley se regulaban *“los criterios para el establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Administraciones Públicas e individualmente para las Comunidades Autónomas.”*

Esta Ley implicó a su vez un apoderamiento en favor del Gobierno central en relación con el cumplimiento de sus principios y de la supervisión de la coordinación con el resto de las Administraciones públicas territoriales implicadas, sin perjuicio de las atribuciones competenciales del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. También se hizo necesaria la aprobación de otra para que se pudiese emitir deuda pública

¹⁴ Artículo 156. 1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles. 2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

¹⁵ Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, BOE núm. 298 de 13 diciembre de 2001

¹⁶ Exposición de Motivos II: “Así, en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.ª y 149.1.18.ª de la Constitución, el marco de la estabilidad presupuestaria que la presente Ley regula tiene carácter básico, resultando en consecuencia aplicable a todas las Administraciones públicas en sus distintas personificaciones, al objeto de que la actuación presupuestaria coordinada de todas ellas, puesta al servicio de la política económica del Gobierno, permita conseguir la imprescindible estabilidad económica interna y externa, como base para el mantenimiento del escenario económico actual, doblemente caracterizado por un elevado crecimiento y una elevada tasa de creación de empleo.”

¹⁷ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁸ Preámbulo: A diferencia de la normativa anterior, la Ley regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. Esto mejora la coherencia en la regulación jurídica, supone una mayor claridad de la Ley y transmite una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las Administraciones Públicas.

por parte de las Comunidades Autónomas, o pudiesen acceder al mercado crediticio¹⁹. Además, el artículo 16 determinó que el Gobierno debía establecer los objetivos individuales para cada una de las Comunidades Autónomas en relación con el déficit y la capacidad de endeudamiento.

Si examinamos con atención las exigencias para las Comunidades Autónomas del marco constitucional y de legalidad vigente en materia financiera y tributaria, se puede afirmar con toda rotundidad que las obligaciones que se derivan para las mismas provienen tanto del plano interno como del comunitario, ya que reflejan el esfuerzo por aunar, compaginar y coordinar las exigencias constitucionales del Estado autonómico con las derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea, y a su adhesión a los instrumentos de gobernanza económica.

A esto habría que añadir la pérdida de independencia en la definición de los instrumentos de política financiera y presupuestaria, y que se ha producido desde la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria²⁰, ya que en su artículo 11 se recoge la necesaria implicación de las autoridades comunitarias para la adopción por parte de un Estado miembro de *“todas las grandes reformas de política económica que proyecten llevar a cabo”*. De esta manera, la autonomía financiera de los Estados partícipes en la moneda común y en la Unión Económica y Monetaria ha quedado absolutamente minimizada.

Al mismo tiempo, esa independencia financiera de las Comunidades Autónomas en España había sido una realidad desde la aprobación del primer régimen general que estableció la Ley Orgánica de Financiación Autonómica²¹. Esta Ley establecía algo fundamental e insoslayable –y que se mantiene en la versión vigente–, el hecho de que el régimen de concierto económico conforme a la Disposición Adicional Primera de la misma Ley, singularizaba al País Vasco²², de tal manera que en esta Comunidad Autónoma su financiación se regula de acuerdo al Estatuto de Gernika y al Concierto Económico.

Pero, como indicamos en la introducción, esta singularidad está lejos de ser reflejo de un privilegio o de un trato singularizado ilegítimo de Euskadi en relación con el resto de las Comunidades Autónomas de régimen común. Esta afirmación puede parecer superflua ya que se han sucedido numerosos procesos judiciales que se han iniciado por Comunidades Autónomas limítrofes al País Vasco, en contra de las singularidades tributarias de las Haciendas forales, y que han pretendido precisamente poner en evidencia esa diferencia que en su opinión atentaba contra el principio de igualdad entre territorios y entre ciudadanos.

Pero con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica, todo el esquema ha quedado matizado en la medida en que la capacidad tributaria de las Comunidades Autónomas, tanto las de régimen común como la de los Territorios Históricos y de la Hacienda Foral navarra, han perdido también cierto grado de autonomía en su determinación.

La LOFCA, a pesar de todo, únicamente ha reflejado lo que explícitamente se recoge en la Constitución, y que no hace más que institucionalizar y legitimar el Concierto Económico y la autonomía tributaria del País Vasco y de Navarra.

Sin embargo, justamente esta singularidad que tiene España al permitir al menos dos regímenes fiscales –aunque propiamente debería hablarse de tres, porque el Convenio con Navarra también supone una particularidad que matiza la unidad tributaria del Estado, y por lo tanto, estaríamos ante tres regímenes: el general, el derivado del Concierto vasco y el Convenio con Navarra– ha suscitado algunas reticencias a nivel de las Instituciones Europeas, y en concreto de la Comisión Europea, al entender que se rompía con el principio

¹⁹ Artículo 13 Instrumentación del principio de sostenibilidad financiera: 4. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

²⁰ Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012, BOE núm. 29, 2 de febrero de 2013

²¹ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas

²² Disposición Adicional Primera LOFCA: El sistema foral tradicional de concierto económico se aplicará en la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con lo establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía.

de igualdad entre los ciudadanos comunitarios, con independencia de su lugar de residencia. En concreto en lo que se refiere a la libertad de establecimiento, y sus implicaciones respecto al Impuesto de Sociedades –que es un impuesto que los Territorios Históricos y sus Juntas Generales regulado a través de sus propias Normas Forales tributarias.

La particularidad del País Vasco es que representa una singularidad única en todo el territorio de la Unión Europea. Ningún ente territorial autónomo dependiente de un Estado miembro goza de las potestades que concede el Concierto económico²³ al País Vasco, otorgándole la capacidad de ostentar un régimen tributario propio ya desde la Constitución. Este reconocimiento explícito no sólo es constitucional, sino también legal, ya que tanto el Estatuto de Gernika, como La Ley del Concierto Económico, la Ley de Territorios Históricos y la propia LOFCA, respaldan y legitiman la singularidad de las Haciendas Forales.

Además, como correctamente ha indicado la doctrina²⁴, el reconocimiento de la competencia tributaria como principio general, matiza la relación con el Estado en la medida en que la regla de interpretación y de hermenéutica debe ser la de la prevalencia de la autonomía financiera y tributaria para el País Vasco en el caso de que se produzca un conflicto entre la normativa estatal y la legislación foral de desarrollo de competencias tributarias.

Este esquema de relación competencial –sólo aparentemente sencillo- resulta de gran complejidad, ya que en el legítimo ejercicio de sus competencias, las Haciendas Forales y las Juntas Generales han regulado algunos impuestos, –especialmente en lo que atañe a la determinación del contenido del Impuesto de Sociedades, algo que ha sido sometido a estrecha observación desde la Comisión Europea, ya que –supuestamente- esa potestad podía afectar a una de las Libertades básicas comunitarias: la Libertad de Establecimiento.

5. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE

Las consecuencias de la reforma del artículo 135 de la Constitución española deben ser interpretadas, matizadas, atemperadas y ponderadas desde la perspectiva de la estructura territorial descentralizada de España. El artículo 2 diseña un Estado presidido por el principio autonómico, y conforme al mismo, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han asumido gran parte de las competencias relevantes a efectos económicos y de prestaciones sociales. De este modo, hoy en día a efectos no sólo prácticos, sino también reales, las competencias residenciadas en los Gobiernos autonómicos equivalen al menos, tanto en nivel de gasto como de su amplitud, a los que despliega y desempeña el Gobierno central, de manera que las restricciones presupuestarias en cascada que impone la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera²⁵ –que, como hemos visto, afecta en los mismos términos a los entes territoriales y al Gobierno central- no son algo baladí ni periférico, afectando gravemente a la estructura constitucional del Estado español en su manifestación territorial.

De aquí que propugnemos una interpretación teleológica del artículo 135 conforme al resto del texto constitucional, siendo que –es importante recordarlo- el Título Preliminar de la Constitución Española es el que diseña, expresa y determina los elementos indisponibles del Estado español, y el principio de autonomía se refleja explícita y taxativamente en ese lugar preponderante, por decisión del constituyente, manifestando un rasgo indisponible por el legislador ordinario, siendo que sólo una reforma agravada de la Constitución- conforme a lo establecido en el Título X- podría alterar ese rasgo estructural, esencial, originario y permanente de la misma.

²³ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, BOE núm. 124, de 24/05/2002

²⁴ I. ALONSO ARCE, *El Concierto Económico en Europa: el equilibrio entre la Autonomía tributaria foral y la construcción de la Europa del Futuro*, IVAP 2010, pág. 13.

²⁵ Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Las anteriores afirmaciones pueden suscitar varias consideraciones, en nuestra opinión, de legítimo planteamiento. Nos limitaremos a enumerar las que parecen más evidentes: la reforma de la Constitución en la que se introdujo la nueva redacción del artículo 135, recogiendo a su vez las exigencias derivadas de la Unión Económica y Monetaria, se llevó a cabo a través del procedimiento simple del artículo 167 CE, siendo que afectaba a la estructura descentralizada del Estado español, y –por lo tanto– indirectamente debería haber requerido de una concertación autonómica previa y pactada –siguiendo la terminología del Concierto Económico–. En cualquier caso, las consecuencias de la reforma del artículo 135 han sido muy gravosas para las Comunidades Autónomas y para los territorios forales –en concreto, para Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra–, y han afectado a elementos sustanciales de su autonomía y del núcleo esencial de la Foralidad.

Es evidente, que esto es más acuciante para la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que sus competencias tributarias y financieras son exorbitantes respecto de las que ostentan el resto de las Comunidades de régimen general. De esta manera, su estatuto foral ha quedado afectado por la pertenencia de España al organismo de integración supranacional que representa la Unión Europea, y –con independencia de los singulares procedimientos por incumplimiento suscitados por las peculiaridades del régimen foral en materia tributaria ante las Instituciones Europeas– la pregunta oportuna es si el choque entre Derecho Europeo y Foralidad es evitable o puede ser reconducido de alguna manera. La respuesta que vamos a sostener y defender a lo largo de las páginas que siguen es unívoca: no hay contraposición entre Foralidad y las exigencias derivadas tanto de la UEM como de la gobernanza económica que lleva a aneja.

6. LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El Tratado de Lisboa reconoce explícitamente el respeto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²⁶ como uno de los rasgos fundamentales de la Unión, en concreto, como principios generales que inspiran el Derecho Europeo y que también deben manifestarse en la acción de las Instituciones Europeas. A su vez, los principios de proporcionalidad²⁷ y de subsidiariedad²⁸ han quedado reflejados a nivel de los Tratados, de esta manera, también en el plano comunitario –y quizá más que en ningún otro– se debe llevar a cabo una obligada ponderación entre fines y objetivos, y los medios atinentes, legítimos y adecuados para su consecución.

De aquí que una acción comunitaria que atente contra los principios constitucionales de los Estados miembros, excedería el principio de proporcionalidad gravemente, y también el de subsidiariedad, en la medida en que el objetivo de la misma pudiese lograrse mejor desde la perspectiva de la autonomía del Estado miembro que a través de la imposición desde las Instituciones Europeas. Además, en el supuesto de la gobernanza derivada de la UEM, son pertinentes ambos principios, ya que son complementarios una vez que se ha reconocido la competencia en favor de las Instituciones Europeas.

Pero la referencia en los Tratados a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE no se restringe a esta mención en relación con los derechos fundamentales. Ya con anterioridad, el artículo 4.2 del TUE²⁹ se había referido a las mismas al exigir un trato de igualdad entre los Estados miembros de la Unión, y el respeto de sus propias y singulares características de identidad nacional, incluyendo explícitamente las que hacen referencia a la autonomía regional y local.

²⁶ Artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE): 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

²⁷ Artículo 5.4 TUE

²⁸ Artículo 5.3 TUE

²⁹ Art.4.2 TUE

En nuestra opinión, hay tres elementos comunes a las tradiciones constitucionales de todos los Estados miembros de la Unión, por un lado, el principio democrático, y por otro, el respeto a los derechos fundamentales. Pero hay un tercer elemento que hace referencia a su diseño territorial, y que en muchas ocasiones es reflejo de la historia del país, y por lo tanto, pertenece al núcleo de esa esfera intangible e inalienable que conforma la identidad nacional, como plano indisponible de manera unilateral para el Estado desde su posición de garante de la legitimidad, y, por tanto, también debería serlo para las Instituciones Europeas en el ejercicio de sus competencias, que son de atribución y en concepto de transferencia o cesión, pero que en ningún caso ejercen a título originario y excluyente.

Por esa razón, el respeto a la estructura constitucional tiene que ser un criterio de interpretación extensiva para juzgar respecto al ejercicio de las competencias atribuidas a las Instituciones Europeas, ya que esto resulta congruente con el diseño competencial que hacen los Tratados de las atribuciones de las Instituciones Europeas, y en particular en relación con las competencias compartidas -recordemos que la Unión Económica y Monetaria lo es-, porque es en éstas en las que entra de manera más imperiosa en juego el baremo de la proporcionalidad, y el de la compatibilidad con esas indisponibles estructuras constitucionales.

Por todo ello, y de la misma manera que toda iniciativa legislativa comunitaria debe incluir un declaración respecto a la afectación que provoca sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad³⁰, así como una mención relativa a la eventual repercusión que la misma pueda tener sobre los derechos fundamentales reconocidos tanto a nivel comunitario como nacional -entre otros elementos que deben ser tomados en consideración, como son el impacto financiero, pero también las consecuencias de la implementación de una norma comunitaria sobre la legislación regional o autonómica-. Por esta razón sostenemos que sería aconsejable que **esa previa valoración de impacto pudiese ser extensible a las tradiciones constitucionales**³¹, de manera que en el hipotético supuesto de que una acción pudiese tener un negativo efecto sobre la estructura constitucional de un Estado miembro, se pudiese ofrecer un trámite de alegaciones, y -si fuese necesario- la creación de una comisión mixta encargada de poder ponderar apropiadamente la necesidad de la propuesta, y la mejor manera de atemperarla con las exigencias nacionales derivadas de ese sustrato indisponible que representa el bloque interno de constitucionalidad³².

Además, esto sería coherente y congruente con el principio de subsidiariedad, aunque éste tiene un carácter previo -*ex ante*- en relación con la acción comunitaria, en la medida en que sirve para calibrar la conveniencia de llevar a cabo la iniciativa, y por lo tanto, fundamentalmente se restringe a la determinación del alcance de la competencia exclusiva de la Unión sobre una determinada propuesta de actividad,³³ de manera que coadyuva a determinar el verdadero y legítimo alcance del ejercicio y de la ejecución de esa misma competencia ya existente.

Sin embargo, la proporcionalidad como principio y baremo para juzgar de la conveniencia de una acción comunitaria tiene un alcance diferente y unas consecuencias distintas. El artículo 296 del TFUE³⁴ nos indica someramente como debe aplicarse la proporcionalidad en relación con la elección del tipo de acto jurídico que sea más conveniente para el logro del fin perseguido. Por su parte, el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad -anejo al TFUE- hace una explícita referencia a la cuestión que nos ocupa en estas páginas, las consecuencias que puede tener una acción comunitaria sobre las regiones europeas:

*Artículo 2.- Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la **dimensión***

³⁰ Artículo 5 Protocolo núm. 2 TFUE

³¹ J.C., CANO MONTEJANO, *Transparencia e Hiperregulación en la UE*, Madrid 2014, Pág. 92.

³² P., VER LOREN VAN THEMAAT, "Some Preliminary observations on the Intergovernmental Conferences: The relations between the concepts of a Common Market, a Monetary Union, a Political Union and Sovereignty", en CMLR 28:1991, 291-318.

³³ R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid 2016, pág. 110

³⁴ Artículo 296 TFUE

regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.

Por todo ello, nos parece muy apropiada la previsión legislativa que se lleva a cabo en el artículo 8³⁵ del Protocolo núm. 2 citado, en relación con la potestad que se otorga al Comité de las Regiones para interponer un recurso de anulación respecto a un acto legislativo comunitario que supuestamente haya infringido los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, de esta manera se otorga un protagonismo al órgano consultivo de la Unión Europea que estatutariamente tiene el deber de defender y representar los intereses de las regiones y de los entes subnacionales y descentralizados de los Estados miembros.

Aunque incidiremos en el siguiente capítulo sobre la cuestión, nos gustaría en estos momentos manifestar que estas adecuadas y pertinentes referencias que los Tratados y Protocolos comunitarios hacen en favor de las regiones de Europa es algo conveniente y necesario, en la medida en que se quiera realmente lograr en la Unión una *Europa de las Regiones*. Por ello, y en la medida en que la subsidiariedad implica una mayor cercanía al ciudadano y al administrado, el ente territorial mejor cualificado para juzgar sobre la conveniencia y pertinencia de una propuesta comunitaria ya no es el Estado miembro en sí mismo considerado sino las regiones y entes territoriales que lo forman –en nuestro país las Comunidades Autónomas-³⁶. De este modo se otorgaría una mayor coherencia interpretativa a los principios expuestos, y se atribuiría al nivel más adecuado la ponderación de la transcendencia territorial y regional de la medida en cuestión.

7. CONCLUSIONES

Es determinante comprender el relevante paso que se da desde el gobierno –como ejercicio del poder por el Estado y desde el Estado- **a la gobernanza** –como manifestación del poder ejercido desde una pluralidad de entes diversos en su naturaleza y en su manifestación, entre los que el Estado en sentido tradicional sólo sería un elemento más a tomar en consideración, y en los que habría necesariamente que englobar las Instituciones de autogobierno regional, como son las Instituciones Forales del País Vasco y de sus Territorios Históricos.

De aquí que la gobernanza implique necesariamente pluralidad de centros de imputación, debiendo estar guiada en el despliegue de sus virtualidades por los principios de asociación y de cooperación. Esta gobernanza no puede ser excluyente, y debe tener como nota característica fundamental la de ser omnicomprensiva con la realidad subyacente. Es evidente que el gobierno económico que se ejerce desde la UE sólo es admisible en la medida en que se haga partícipe en su ejecución no sólo a los Estados miembros, como destinatarios primarios de esas directrices, sino también a los receptores últimos de esas instrucciones, como son las Comunidades Autónomas y los Territorios Históricos y Forales, para el caso de España.

Aquí reside uno de los grandes retos con que se va a ver confrontada la integración europea, en particular a partir de la salida del Reino Unido de la UE, con la reconsideración de la pertinencia y legitimación de cada acción de las Instituciones Europeas, que no pueden ni atribuirse competencias unilateralmente –porque incurrirían en una actuación *ultra vires*, ni forzar una interpretación de las mismas que desfigure su alcance, y afecte ilegítimamente al núcleo indisponible de la soberanía estatal de cada Estado miembro³⁷. Pero ese contenido constitucional insoslayable debe ser considerado desde la perspectiva del modelo territorial, y no sólo desde la conveniencia o pertinencia de la iniciativa o acción propuestas. De otro modo, podemos asistir a un auténtico declive o crepúsculo³⁸ del constitucionalismo como lo hemos considerado hasta ahora en los Estados occidentales,

³⁵ Artículo 8 Protocolo núm. 2 al TFUE

³⁶ S. PETSCHEN, “Una Europa de Estados, de pueblos y de regiones”, Política y Sociedad, 28 Madrid 1998: pág. 67

³⁷ Sentencia sobre el Tratado de Lisboa del Tribunal Constitucional alemán: BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30.6.2009

³⁸ T. BÖRZEL, “European Governance: Governing with or without the State?” en *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press 2011, pág. 73 y ss.

porque el ejercicio legítimo del poder pasa por el Estado, y cualquier circunstancia que altere sustancialmente este esquema puede derivar en una desconstitucionalización, que puede conllevar la pérdida o puesta en entredicho de aquellas garantías que otorga el ordenamiento jurídico como máxima expresión del poder del Estado, y esto tanto respecto de los ciudadanos como de los territorios.

Por todo ello, nos gustaría culminar afirmando que la Europa del siglo XXI tendrá que ser de la Ciudadanía y de las Regiones de Europa, ya que ambos elementos manifiestan y legitiman el acierto, la adecuación y la congruencia de una iniciativa comunitaria, y por eso son el mejor baremo para juzgar respecto a la oportunidad y eficacia de una acción comunitaria. Cualquier otro escenario, en lo que atañe al desarrollo y perspectivas de futuro de la Unión Europea, podría eventualmente conllevar una progresiva renacionalización perniciosa, negativa y desintegradora, que afectaría gravemente a los fundamentos de la integración europea, ya que el Estado nacional *per se* tiene una tendencia centripeta hacia la retención de competencias, y las Instituciones Europeas a desplegar extensivamente sus áreas de acción.

EL MÉTODO DE ESTIMACIÓN OBJETIVA EN EL SECTOR AGRARIO: FUNDAMENTACIÓN Y NECESIDAD DE REVISIÓN

Ana Isabel Batanero Hernán
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2018

RESUMEN: El artículo 130 del Título VII de la Constitución Española, establece que los poderes públicos, por mandato constitucional, tienen que atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, pero con carácter prioritario en la agricultura, la ganadería y la pesca, justificando este carácter por la necesidad “de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”. En este artículo se pretende realizar un análisis de la fiscalidad actual de los sectores de olivicultura y caprino de leche, haciendo una estimación de sus índices de rendimiento neto a partir de los Informes Técnico-Económicos que elabora anualmente el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de forma que se adapte el sistema de módulos a las modificaciones de carácter estructural, respecto a las variables económicas de los rendimientos sobre los que actúa. El esfuerzo a realizara la hora de contribuir debe corresponderse con la renta obtenida y con la situación socioeconómica de los contribuyentes, es decir, dicha carga fiscal debe estar ajustada a su capacidad económica real, desde el punto de vista de la justicia tributaria. Por todo ello, sería conveniente llevar a cabo una revisión periódica del sistema de módulos agrarios del IRPF, que tenga en cuenta que en la actualidad hay algunos sectores cuya tributación no es proporcional a su rentabilidad real, al margen de reducciones puntuales de carácter temporal debidas principalmente a adversidades climáticas sufridas en ciertas zonas afectadas. Se hace necesario reforzar el sistema de estimación objetiva del IRPF respecto al sector agrario para hacerlo más equitativo, dotándolo de herramientas de control y de revisión, que le permitan adaptarse mejor a las situaciones socioeconómicas de los agricultores y ganaderos en cada momento.

ABSTRACT: The current Spanish Constitution recognizes that the authorities, according to the Constitution, have to pay attention to the modernization and development of all corporate and economy sectors, although the priority will be agricultural, cattle rising and fishing sectors, due to the need of putting on a level the standard of living for Spanish people.

This article tries to analyse the current taxation of the olive growing sector and milk caprine sector, considering and doing an estimation of their level of achievement starting from the annual report provided by the Spanish Agricultural, Fishing and Food Ministry.

Simultaneously this article expects that the System of Modules will adapt the structural changes, concerning the economic variables of the affected achievements. The effort to contribute should be proportional to earned incomes and to socioeconomic position of taxpayer. It means that such tax burden should fit the real purchasing power, since the tax system point of view.

Therefore, it would be convenient a periodic revision of the Personal Income Tax agricultural sectors system. This revision should consider that nowadays some sectors have a taxation out of proportion, related their real profitability, keeping out some provisional reduction on time mainly due to weather severity on some disaster areas. It is needed pay further attention to the objective estimation of the Personal Income Tax concerning the agricultural sector, in order to increase their equitable distribution, providing some tools of control and checking to increase the adaptation of farmers and stockbreeders to the contemporary socioeconomic situation.

KEYWORDS: Agricultural taxation, agricultural modules, agricultural sector, objective estimation, net yield index.

PALABRAS CLAVE: Fiscalidad agraria, módulos agrarios, estimación objetiva sector agrario, índices de rendimiento neto.

SUMARIO: 1. VISIÓN PANORÁMICA DEL MÉTODO DE ESTIMACIÓN OBJETIVA EN EL SECTOR AGRARIO: LA REDUCCIÓN DEL FRAUDE TRIBUTARIO; 2. ACTUALIZACIÓN DE LOS ÍNDICES DE RENDIMIENTO AGRARIO NETO: ANÁLISIS Y ESTIMACIONES: A. SECTOR DE OLIVICULTURA: B. SECTOR DE CAPRINO DE LECHE; 3. INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS ÍNDICES DE RENDIMIENTO NETO DE LA OLIVICULTURA Y CAPRINO DE LECHE; 4. CONCLUSIONES; 5. BIBLIOGRAFÍA

1. VISIÓN PANORÁMICA DEL MÉTODO DE ESTIMACIÓN OBJETIVA EN EL SECTOR AGRARIO: LA REDUCCIÓN DEL FRAUDE TRIBUTARIO

La Constitución Española, en su artículo 130.1, reconoce las especiales necesidades de fomento y apoyo que presenta el sector primario e impone la obligación a los poderes públicos de promover su modernización y desarrollo. Entre los medios empleados por la Administración para fomentar la actividad agraria se encuentra la política tributaria

En este sentido, el tributo puede actuar promocionando e incentivando ciertas actividades a través de beneficios fiscales, siempre y cuando éste incorpore un índice de capacidad económica y satisfaga los criterios económicos o sociales amparados por la Carta Magna, requisitos ambos que pueden concurrir en los beneficios fiscales al sector primario. Por una parte, el propio artículo 130 de la Constitución¹ reconoce que los niveles de renta de los diferentes sectores económicos deben equipararse (pero en las actividades agrarias se registran niveles inferiores a la media), mientras que, por otra, su finalidad última responde a intereses generales, como son el desarrollo de todos los sectores económicos y los intereses generales, como es la equiparación de la renta².

Con carácter general, por la vía de la imposición tanto directa como indirecta, los diversos países apoyan en mayor o menor medida a ciertos sectores o subsectores económicos, propiciando reformas estructurales, fomentando la actividad de determinados tipos de empresas y en definitiva modificando las condiciones de competitividad de las empresas y sectores.

En el método de estimación objetiva del IRPF la mayoría de los índices de rendimiento neto de las actividades agrícolas se fijaron en 1995, año en que entraron dichas actividades en este

¹El artículo 130 del Título VII, Economía y Hacienda, de la Constitución española, establece que “Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”.

²En el capítulo 7 del Libro Blanco sobre “La Fiscalidad del sector agrario en España” se afirma que todas las medidas de modificación de la fiscalidad que se puedan adoptar tendrán un claro propósito: encaminar una reforma que modernice las estructuras productivas y equipare las condiciones de vida y trabajo de los profesionales de la agricultura con los de otros sectores de la economía nacional, facilitando, a su vez, las nuevas incorporaciones de mujeres y jóvenes agricultores y su permanencia en las tareas agrícolas.

Este trato diferencial ya se contenía en el Tratado de Roma, que se pronunciaba en el mismo sentido, sobre la necesidad de un trato diferenciado para el medio rural.

sistema de determinación del rendimiento neto en la modalidad de signos, índices y módulos, a través de la Orden de 29 de noviembre de 1994. Dicha Orden ya establecía la obligatoriedad de actualizar, en función de la evolución experimentada por los factores económicos o de otro tipo que intervengan en la formación del rendimiento neto o cuota a ingresar de las actividades o sectores de actividad, los distintos índices o módulos aplicables.

Este sistema de determinación del rendimiento neto de las pequeñas y medianas empresas de aplicación voluntaria se implantó para el sector agrario con dos claros efectos positivos: la incorporación en cuanto a la declaración de la renta de forma normalizada de todos los activos agrarios, así como un claro incremento de la recaudación tributaria respecto al anterior sistema por coeficientes.

A diferencia de lo que ocurre en los demás sectores de actividades económicas, en el método de estimación objetiva, para el sector agrario, fueron establecidos ciertos índices de rendimiento neto previamente calculados en relación directa con el rendimiento esperado de cada tipo de actividad agrícola, pecuaria, forestal o de pesca.

De modo que para el sector agrario, el sistema de módulos resulta mucho más transparente que para los sectores no agrarios. Ello es debido a que, a diferencia de éstos, se obliga a los contribuyentes a declarar los ingresos obtenidos en el ejercicio de la actividad agraria y hay que recordar, que la modificación del régimen de estimación objetiva tiene su origen en de la voluntad de la lucha contra el fraude, manifestada reiteradamente; por tanto, podemos considerar que a diferencia de lo que pueda ocurrir en el resto de sectores, en el agrario las posibilidades de cometer fraude se reducen considerablemente.

Como afirma L.M. MULEIRO PARADA “la determinación objetiva que se refiere a las actividades agrícolas, ganaderas y forestales presenta una característica singular que la diferencia del régimen de determinación objetiva previsto para el resto de las actividades económicas, pues los índices en este supuesto concreto se aplican sobre el volumen de ingresos de la actividad. Esto supone que detrás de la aplicación de los índices de rendimiento neto, existen unos porcentajes que el legislador considera como rendimiento medio de la actividad económica correspondiente, por lo que se trata de un régimen de estimación objetiva a *forfait*. Aunque existen unos índices que funcionan como medios de determinación de la base imponible, tales instrumentos se aplican sobre el volumen de ingresos de la actividad económica desarrollada y en la medida en que se toman en consideración los ingresos, el régimen no es indiciario y se acerca más a un régimen de determinación directa simplificada”³.

En las actividades agrarias existe obligación de retener cuando los rendimientos satisfechos sean contraprestación de una actividad agrícola o ganadera, a diferencia de la mayoría del resto de actividades empresariales en las que no existe dicha obligación y, por tanto, indudablemente tienen mayor facilidad para la evasión fiscal.

Como destaca el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación “con carácter general, el sistema tributario aplicable al sector agrario venía siendo, a partir de la reforma de 1977, el mismo que se aplicaba al resto de los sectores económicos. Sin embargo, desde entonces, se han introducido modificaciones en el régimen fiscal agrario, para acomodarlo a la realidad específica del sector. El objetivo principal de estas modificaciones es el de incorporar de forma creciente el sector agrario al sistema tributario facilitando y simplificando las obligaciones formales en su tratamiento fiscal”⁴.

Este método asegura una simplificación en las normas de determinación del rendimiento neto estableciendo obligaciones contables y registrales asumibles, tan necesarias en sectores como el agrario, que cuenta con unas limitaciones evidentes.

Entre las obligaciones de llevanza de libros-registros, los agricultores y ganaderos acogidos al régimen de estimación objetiva deben llevar obligatoriamente el Libro de Ventas e Ingresos, donde, al margen de los ingresos por ventas, deben incluirse las subvenciones e

³ L.M. MULEIRO PARADA, “La paulatina reforma de los módulos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. *Revista de Contabilidad y Tributación* número 400. Centro de Estudios Financieros, SL, 2016, p. 68.

⁴ AgrInfo-Enfoque. Núm. E3. “Fiscalidad Agraria y Pesquera”. Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. www.mapama.gob.es, 2007.

indemnizaciones que reciban. En suma, este método ejerce un control total del volumen de ingresos (evitando así el fraude fiscal prácticamente en su totalidad), a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de las actividades empresariales, que no están sujetas a retención y no tienen la obligación de llevar este Libro de Ventas e Ingresos.

En este sector, si el volumen de los rendimientos íntegros del agricultor o ganadero supera una determinada magnitud, tal y como se analiza más adelante, dichas actividades quedan excluidas de la aplicación de este método de estimación objetiva, por lo que la forma de determinación de la base imponible del IRPF está ideada para pequeños empresarios, como son algunos agricultores y ganaderos.

Según los últimos datos publicados en 2015, se acogen a este método de estimación objetiva 958.684 agricultores y ganaderos y optan por el régimen especial simplificado del IVA en 2015, un número 18.851 de este mismo sector, de un total de 255.196 contribuyentes del régimen especial⁵.

Parece, en buena lógica, necesario revisar los índices de rendimiento neto de la estimación objetiva para el sector agrario, al menos bienalmente, para adaptarlos a la realidad del sector. En la actualidad esto no se lleva a cabo, sino se reiteran los índices aplicados en años anteriores.

En este punto, una fórmula óptima de actualizar bienalmente tales índices y módulos sería recurrir a los Informes Técnico-Económicos elaborados cada año por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a través de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación, ya que proporciona datos relativamente actualizados para poder realizar las estimaciones.

Habría que comparar la situación actual de algunos de los sectores agrarios, con situaciones pasadas que sirvieron como referencia para fijar sus índices de rendimiento neto en 1995.

El período de tiempo establecido como período objeto de estudio es el comprendido entre 1995 (año en que se incluyeron por primera vez las actividades agrarias en el método de estimación objetiva por signos, índices y módulos) y 2014 (últimos datos disponibles a través de los Informes Técnico-Económicos).

Estimamos los índices de rendimiento neto de dos sectores representativos, como son el de olivicultura y el de caprino de leche, mediante una fórmula de cálculo y a partir de la información necesaria obtenida de los Informes Técnico-Económicos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (en adelante MAPA).

Hacemos especial énfasis en la situación del sector agrario español en 2014-15, régimen de estimación objetiva aplicado en la actualidad y a la necesidad de realizar actualizaciones, al menos bienales, de los índices de rendimiento neto de los diferentes sectores. Aconsejamos esta periodicidad dado que en un período de dos años no suelen producirse cambios sustanciales en los rendimientos y, por otro parte, así el MAPA contaría con un margen prudente para la debida actualización de sus datos.

En las actividades agrarias no hay una especial incidencia del fraude fiscal, pues desde que éstas se incluyeron en el régimen de estimación objetiva, están sujetas a un porcentaje de retención (que es del 2%, excepto para actividades ganaderas de engorde de porcino y avicultura, que es de un 1%). En las actividades agrarias, frente al resto de actividades acogidas a estimación objetiva, sí se tributa en función de las rentas obtenidas por el contribuyente, ya que se aplica un porcentaje a los ingresos reales obtenidos.

Dicho porcentaje es diferente para cada actividad dependiendo del conjunto en que se encuentre; para el ejercicio 2018⁶ estos grupos son los siguientes:

⁵Estadística por partidas AEAT del IRPF e IVA. www.agenciatributaria.es, 2016.

⁶ Recogidos en la Orden HFP/1159/2017, de 28 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2018 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.

<i>Actividad</i>	<i>Índice de rendimiento neto</i>
<i>Actividad dedicada a la obtención de remolacha azucarera y ganadera de explotación de ganado porcino de carne, de ganado bovino de carne, de ganado ovino de carne, de ganado caprino de carne, avicultura y cunicultura</i>	0,13 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,23)
<i>Actividad forestal con un “período medio de corta superior a 30 años</i>	0,13 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,23)
<i>Actividad ganadera de explotación de ganado bovino de leche</i>	0,20
<i>Actividad agrícola dedicada a la obtención de cereales, cítricos, frutos secos, horticultura, patata, leguminosas, uva para vino de mesa sin denominación de origen, productos del olivo y hongos para el consumo humano y ganadera de explotación de ganado porcino de cría, de ganado bovino de cría, de ganado ovino de leche, de ganado caprino de leche y apicultura</i>	0,26 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,36)
<i>Actividad forestal con un “período medio de corta igual o inferior a 30 años</i>	0,26 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,36)
<i>Actividad agrícola dedicada a la obtención de arroz, uva para vino de mesa con denominación de origen, oleaginosas y otras actividades ganaderas no comprendidas expresamente en otros apartados y forestal dedicada a la extracción de resina</i>	0,32 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,42)
<i>Actividad dedicada a la obtención de raíces, tubérculos, forrajes, algodón, frutos no cítricos, tabaco, otros productos agrícolas no comprendidos expresamente en otros apartados y servicios de cría, guarda y engorde de cualquier tipo de ganado.</i>	0,37 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,47)
<i>Actividad dedicada a la obtención de plantas textiles y uva de mesa, actividades accesorias realizadas por agricultores, ganaderos o titulares de actividades forestales</i>	0,42 (Si hay transformación, elaboración o manufactura: 0,52)
<i>Otros trabajos y servicios accesorios realizados por agricultores, ganaderos o titulares de actividades forestales</i>	0,56

Fuente: elaboración propia a partir de la Orden HFP/1159/2017, de 28 de noviembre.

Por lo tanto, en el sector agrario la renta percibida por el contribuyente sí es relevante para la determinación de la cuota.

Es importante resaltar el papel estratégico que tiene el sector agrario en España, no sólo en términos de producción económica, dada su contribución a la seguridad alimentaria con un

suministro de alimentos sanos y de calidad, sino fundamentalmente porque es una pieza esencial para la vertebración del territorio nacional, proporcionando servicios y hábitat claves para la conservación de la biodiversidad y, a mayor abundamiento al proporcionar empleo a lo largo del territorio evitando así la despoblación de muchas comarcas. Si a esto unimos la debilidad económica sempiterna de este sector –con un rendimiento inferior al de otros sectores– dada su enorme dependencia de las condiciones atmosféricas, se justifica sobradamente la existencia de un trato diferenciado para el sector agrario, que encuentra su apoyo en la propia Constitución y en la normativa de la Unión Europea.

El sector agrario es también valor de gran futuro, extremo que ya se apreció con claridad durante los Pactos de la Moncloa, cuando se definió el sector agrario como sector estratégico y de futuro⁷.

Como ya hemos señalado, el método objetivo de estimación ha ido implantándose en el sector agrario, al suponer una simplificación del cálculo del rendimiento neto a efectos del IRPF, al limitarse a un porcentaje de los ingresos reales (valor de venta de los productos más el importe de ciertas subvenciones ligadas a cada uno de ellos) y, finalmente, porque en este régimen se reducen exigencias y requisitos formales.

Es decir, se tributa aplicando un porcentaje sobre los ingresos de la actividad agraria (tanto ingresos por ventas como por subvenciones).

En los últimos años, más del 90% de los empresarios agrarios se han acogido al sistema de módulos⁸, principalmente dada la mencionada simplificación de las obligaciones formales exigidas y las considerables limitaciones existentes, en este sentido, para las pequeñas explotaciones del campo.

El sistema de estimación objetiva, bien acogido por los agricultores, inicialmente sólo contemplaba su aplicación para los productos estrictamente agrícolas o ganaderos, sin embargo, se han ido incorporando a lo largo de los años otras actividades, como las forestales, el turismo rural, la artesanía, las actividades recreativas o de ocio y la transformación, elaboración o manufactura de los productos primarios.

Por otro lado, hay que destacar que el IRPF, a través de diferentes órdenes ministeriales⁹ de reducción de los índices de rendimiento neto, ha sido con frecuencia un instrumento de alivio de diversos tipos de daños catastróficos en el sector agrario. La publicación anual de dichas órdenes para paliar los daños, recogen una pluralidad de reducciones de los índices de rendimiento neto de la estimación objetiva del IRP. Sin embargo, no hay que olvidar que estas reducciones son circunstanciales (normalmente aplicables únicamente para uno o dos años) y atendiendo exclusivamente adversidades climáticas o situaciones muy concretas de ese ejercicio (heladas, pedrisco, sequía, etc.).

La experiencia acumulada aconseja sucesivas reformas en este método, para adaptarlo a la realidad económica del sector. Concursas nuevos problemas a los que hay que ir aportando soluciones legales innovadoras¹⁰.

Sabido es que, en la actualidad, varios de los sectores agrícolas y ganaderos están en crisis, desde el lácteo hasta el cerealista, pasando por el vino, el aceite, las frutas y hortalizas, el ovino o el porcino; presentan una ausencia de rentabilidad originada por una profunda crisis de mercado con precios hundidos y costes de producción disparados.

En definitiva, y conforme a lo anteriormente expuesto, podría señalarse que, dentro de la estimación objetiva, la agricultura constituye un supuesto específico, ya que sigue el criterio de índices de rendimiento neto (previamente calculados que están en relación con el rendimiento esperado de cada actividad agrícola, ganadera y forestal) y no específicamente de módulos

⁷ Así lo calificó Ramón Tamames. Catedrático de Estructura Económica. Cátedra Jean Monet de la Unión Europea. www.mapama.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/fondo/pdf/14252_17

⁸ “Peligra la tributación en módulos de las sociedades civiles agrarias”. *Diario de Sevilla*. AGR Andalucía. 2015.

⁹ Para 2017: Orden HFP/335/2018, de 28 de marzo. Para 2016: Orden HFP/377/2017, de 28 de abril. Para 2015: Orden HAP/663/2016, de 4 de mayo.

¹⁰ La mayoría de las explotaciones agrarias tributan en IRPF, no obstante, para un mejor análisis de las modificaciones introducidas en la última reforma del Impuesto sobre Sociedades consultar M. CRESPO, 2016.

objetivos. Así, la propia Administración, al estar dichos ingresos sujetos a retención, conoce las ventas y las subvenciones percibidas, lo que hace que su actividad, desde el punto de vista tributario, a la vez que es sencilla en cuanto a la gestión, también está controlada respecto a su contribución.

Por otro lado, las negociaciones de la Mesa de Fiscalidad Agraria, creada al amparo del acuerdo firmado el 7 de diciembre de 2005, en la que representantes del Gobierno español y del sector agrario y formada por las principales Organizaciones Profesionales Agrarias y los Ministerios de Economía y Hacienda y de Agricultura, Pesca y Alimentación, están prácticamente paralizadas. Esta mesa sería el foro ideal donde plantear la necesidad de revisar cada sector de forma individual para ajustar los índices de rendimiento neto en estimación objetiva del IRPF a la situación económica actual de cada sector.

Resulta preceptivo comparar la actual coyuntura del sector agrario tanto con situaciones pasadas que sirvieron de referencia para fijar módulos agrarios, como con los últimos datos disponibles de las principales variables económicas de cada sector.

Si nos centramos en los datos reflejados en los Informes Técnico-Económicos de explotaciones agrícolas y ganaderas elaborados por la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, para dos sectores concretos, como son el de la olivicultura y el del caprino de leche, cuyos últimos informes se han realizado en 2014, vamos a comprobar si para los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018 se ha realizado algún ajuste para conseguir la necesaria adaptación a la situación real de dichos sectores.

Para ello es necesario estimar, mediante datos actualizados de producción bruta y costes medios disponibles, los índices de rendimiento neto del régimen de estimación objetiva del IRPF para los dos sectores agrarios mencionados. De este modo será posible evaluar si los aplicados actualmente se corresponden o no con su realidad económica.

2. ACTUALIZACIÓN DE LOS ÍNDICES DE RENDIMIENTO AGRARIO NETO: ANÁLISIS Y ESTIMACIONES

La necesidad de actualización de determinados índices de rendimiento agrario neto se fundamenta en principios constitucionales de justicia fiscal que no pueden ser obviados, ya que son plenamente aplicables y reconocidos en el artículo 31.1 de la Constitución.

En este trabajo hemos estimado los índices de rendimiento neto para los sectores de olivicultura y caprino de leche, grupos cuyas circunstancias se han alterado profundamente desde 1995 y reclaman una necesaria reforma. En los últimos años no han sido objeto de revisión y son núcleos representativos desde el punto de vista de la Producción de la Rama Agraria (formada por la Producción Final Vegetal y por la Producción Final Ganadera).

Los datos de partida de la investigación son los facilitados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA), que a través de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación confecciona análisis sobre los resultados técnico-económicos de las explotaciones agrícolas y ganaderas de las distintas CCAA, recogidos en la base de datos: Análisis de la economía de los sistemas de producción (AESP). En particular profundizan en materia de costes y rentabilidad de diversos cultivos y actividades ganaderas en varias CCAA.

Empleamos los últimos estudios sobre resultados técnico-económicos de explotaciones agrarias publicados (elaborados con datos de 2014, últimos disponibles a la fecha de conclusión de este trabajo).

Estos trabajos constituyen un valioso instrumento para comparar los resultados técnico-económicos alcanzados por distintas explotaciones, con similares estructuras productivas, permitiendo analizar las diferencias de rentabilidad obtenidas por la misma actividad, desarrolladas con distintas tecnologías.

La integración de esta información a escala autonómica y nacional, permite estudiar las características estructurales de las explotaciones agrarias y su incidencia en los costes de

producción y rentabilidad. Para las estimaciones de estos índices, no se olvida que la aplicación informática permite analizar cada uno de los factores intervinientes en los sistemas de producción, determinar el resultado económico de las explotaciones homogéneas y evaluar los costes de producción de cada uno de los cultivos.

En el cálculo de los márgenes y costes de producción, los gastos directos del *cultivo*: suministros (semillas, fertilizantes, productos fitosanitarios y otros), maquinaria y mano de obra contratadas específicas, no presentan problemas, ya que se atribuyen en su totalidad a dicho cultivo. Sin embargo, en el punto relativo a los costes generales de mano de obra, maquinaria empleada y gastos indirectos, a los diversos cultivos de la explotación, concurren ciertas desviaciones y dificultades para su apreciación.

Los criterios establecidos para el reparto de estos costes se basan en dos variables que definen la importancia de cada cultivo dentro de la explotación: superficie y producto bruto. De la misma manera, en la determinación de los costes de producción, los gastos directos de cada *ganado* en suministros (cultivos para el ganado, pastos, rastrojeras y montaneras, forrajes y subproductos, piensos, productos zoonosanitarios, compras de animales para cebo, otros suministros y reemplazo), así como la maquinaria y mano de obra contratadas específicamente, no presenta ningún conflicto, ya que se atribuyen en su totalidad al ganado correspondiente. Sin embargo, para atribuir los costes de mano de obra asalariada y maquinaria generales de la explotación, así como para los gastos indirectos pagados y calculados para cada uno de los ganados, nos encontramos con notables dificultades.

En los informes citados, la selección de las explotaciones colaboradoras se ha efectuado de tal forma que su superficie y sus sistemas de producción sean representativos de las comarcas en que se encuentran.

Nuestro objetivo es adecuar el módulo aplicable a la realidad de los dos sectores representativos, a la rentabilidad de las explotaciones agrícolas y ganaderas. Para ello se han considerado los costes de producción de cada uno de los sectores estudiados, eliminando los gastos que suponen otros costes indirectos, los cánones de arrendamiento y las amortizaciones, que poseen un tratamiento diferenciado en el cálculo del módulo.

Estimamos los índices de rendimiento neto de cada sector mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Índice} = \frac{\text{Producto Bruto} - \text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}} = 1 - \frac{\text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}}$$

Donde:

$$\text{Producto bruto} = \text{Total Producto bruto de la actividad} + [(\text{Ingresos actividad} / \text{Ingresos totales}) * \text{subvenciones desacopladas}^{11}]$$

La información recogida para algunos sectores de los Informes Técnico-Económicos del MAPA, está referida a Orientaciones Técnico-Económicas (OTE), es decir, está referida a explotaciones

¹¹ Se entiende por ayudas desacopladas las desvinculadas totalmente a la producción, habiéndose asignando unos derechos de pago a cada agricultor en función de un período de referencia. En la Reforma de la PAC de 2003, España optó por un desacoplamiento parcial de las ayudas, de tal forma que una parte importante quedó desacoplada y otra acoplada al mantenimiento de la actividad. Este nuevo modelo, el régimen de pago único, comenzó a aplicarse en España progresivamente a partir del año 2006.

dedicadas a más de un producto, pero la Unión Europea, define esta clasificación, según la importancia relativa del margen bruto estándar de cada actividad productiva, que siempre debe ser superior a los dos tercios del margen bruto estándar total.

Hay que señalar que, en el estudio por OTE, que es el que vamos a utilizar para hacer las estimaciones, las subvenciones desacopladas (aquellas desvinculadas de la producción, fundamentalmente constituidas por la ayuda del régimen de pago único), en todos los sectores agrícolas se han repartido en proporción a los ingresos de cada actividad productiva sobre los totales de cada explotación, incrementando el producto bruto en dicha cuantía.

$$\text{Gastos} = \text{Coste de producción completo}^{12} - \text{Otros costes indirectos} - \text{Canon de arrendamiento} - \text{Amortizaciones}$$

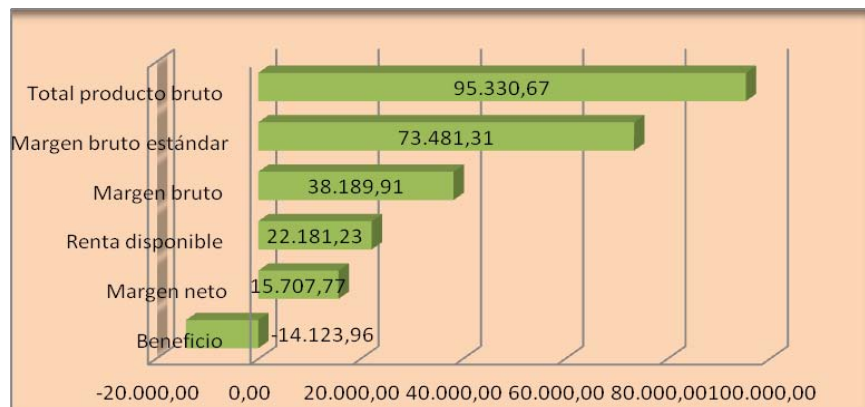
A. Sector de olivicultura

Los datos del estudio de las 49 explotaciones representativas dedicadas a la olivicultura (29 de Andalucía, 15 de Castilla La Mancha y 5 de Extremadura) se representan en las figuras 1 y 2 siguientes.

Teniendo en cuenta las Unidades de Trabajo Año (U.T.A.) por explotación, resultan unas rentas del trabajo (beneficio + costes de mano de obra y cargas sociales) de 31.252,69 €/U.T.A., siendo superiores a la renta de referencia del año 2015, fijada por el Ministerio en 28.051,20 €.

En la figura 1 se describen los resultados económicos del sector de olivicultura, cuyas magnitudes más características son; el total producto bruto, el margen bruto estándar, el margen bruto, la renta disponible, el margen neto y el beneficio.

Figura 1: Resultados económicos del sector de olivicultura en 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

El total producto bruto es la suma de los ingresos de productos, más las subvenciones y las indemnizaciones y otros ingresos. El margen bruto estándar es el margen bruto menos el total de costes directos (que son el coste de semillas y plantas, de fertilizantes, de productos fitosanitarios y de otros suministros).

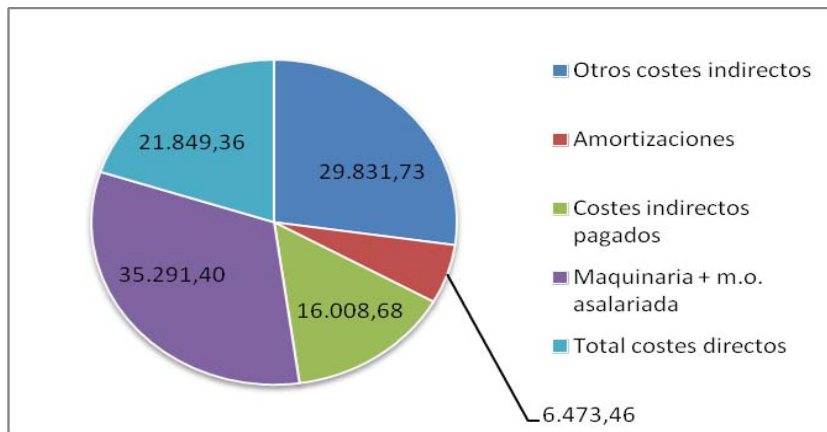
Por otro lado, el margen bruto es igual al margen bruto estándar menos la maquinaria y el coste de la mano de obra asalariada. En cambio, la renta disponible es el margen bruto descontando los costes indirectos pagados. El margen neto es la renta disponible menos las amortizaciones.

¹² El coste de producción completo es la suma del total costes directos más maquinaria y mano de obra asalariada, más los costes indirectos pagados (ejemplo cargas sociales), más amortizaciones y más otros costes indirectos.

Y, por último, el beneficio es el margen neto menos otros costes indirectos (como es la renta de la tierra, los intereses de otros capitales propios y la mano de obra familiar). Como podemos contrastar en la figura 1, para el sector de la olivicultura el total producto bruto por explotación es de 95.330,67 euros, en cambio el beneficio es negativo (-14.123,96 euros).

En la figura 2 se puede apreciar la composición de los costes totales de la actividad de olivicultura, que como evidenciamos el mayor porcentaje es el de la maquinaria y mano de obra asalariada y, el menor, el de las amortizaciones.

Figura 2: Principales variables del sector de olivicultura en 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

ÍNDICE DE RENDIMIENTO NETO ESTIMADO:

El cálculo del índice de rendimiento neto estimado según los datos de la tabla 1, se elabora atendiendo a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{Índice} = \frac{\text{Producto Bruto} - \text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}} = 1 - \frac{\text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}}$$

PRODUCTO BRUTO ACTIVIDAD
95.330,67

El producto bruto se calcula sumando los ingresos de producto, más las subvenciones, indemnizaciones y otros ingresos.

COSTES DIRECTOS	MAQUINARIA	M. OBRA ASALARIADA	COSTES INDIRECTOS PAGADOS	AMORTIZAC	OTROS COSTES INDIRECTOS	COSTE DE PRODUCCIÓN COMPLETO
21.849,36	12.306,34	22.985,06	16.008,68	6.473,46	29.831,73	109.454,63

Resultando el siguiente índice de rendimiento neto estimado:

$$\text{Índice estimado} = \frac{95.330,67 - 73.149,44}{95.330,67} = 0,2327$$

Lo que quiere decir que, con los datos aportados por el MAPA, habría de aplicarse un 23,27% al producto bruto de la actividad, es decir, de cada 100 euros recibidos, deberían tributar 23,27 euros.

COSTE DE PRODUCCIÓN COMPLETO (A)	OTROS COSTES INDIRECTOS (B)	AMORTIZACIONES (C)	GASTOS (A-B-C)
109.454,63	29.831,73	6.473,46	73.149,44

B. Sector de caprino de leche

En este estudio se analizan los resultados técnico-económicos obtenidos en 2014 de 86 explotaciones de ganado caprino de leche situadas en Andalucía (48), Castilla La Mancha(2), Castilla y León (7), Extremadura (6) y Murcia (23).

Los datos del estudio de las 86 explotaciones representativas dedicadas al caprino de leche se representan en las figuras 3 y 4 siguientes.

Teniendo en cuenta las Unidades de Trabajo Año (U.T.A.) por explotación, resultan unas rentas del trabajo (beneficio + costes de mano de obra y cargas sociales) de 59.080,64€/U.T.A., resultando ser superiores a la renta de referencia del año 2015, fijada por el Ministerio en 28.051,20€.

En la figura 3 se representan los resultados económicos del sector de caprino de leche, cuyas magnitudes más representativas son el total producto bruto, el margen bruto estándar, el margen bruto, la renta disponible, el margen neto y el beneficio.

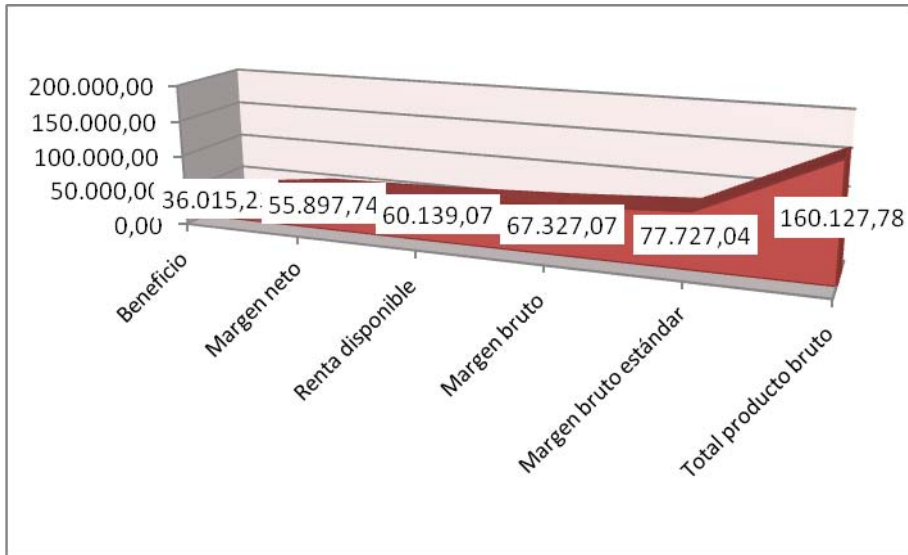
El total producto bruto es la suma de los ingresos de productos, más las subvenciones y las indemnizaciones y otros ingresos. El margen bruto estándar es el bruto menos el total de costes directos (que son el coste de semillas y plantas, de fertilizantes, de productos fitosanitarios y de otros suministros).

Por otro lado, el margen bruto es igual al bruto estándar menos la maquinaria y el coste de la mano de obra asalariada. En cambio, la renta disponible es el margen bruto descontando los costes indirectos pagados.

El margen neto es la renta disponible menos las amortizaciones.

Y, por último, el beneficio es el margen neto menos otros costes indirectos (como es la renta de la tierra, los intereses de otros capitales propios y la mano de obra familiar). Como podemos apreciar en la figura 3, para el sector de caprino de leche el total producto bruto por explotación es de 160.127,78 euros, en cambio el beneficio es positivo (36.015,23 euros).

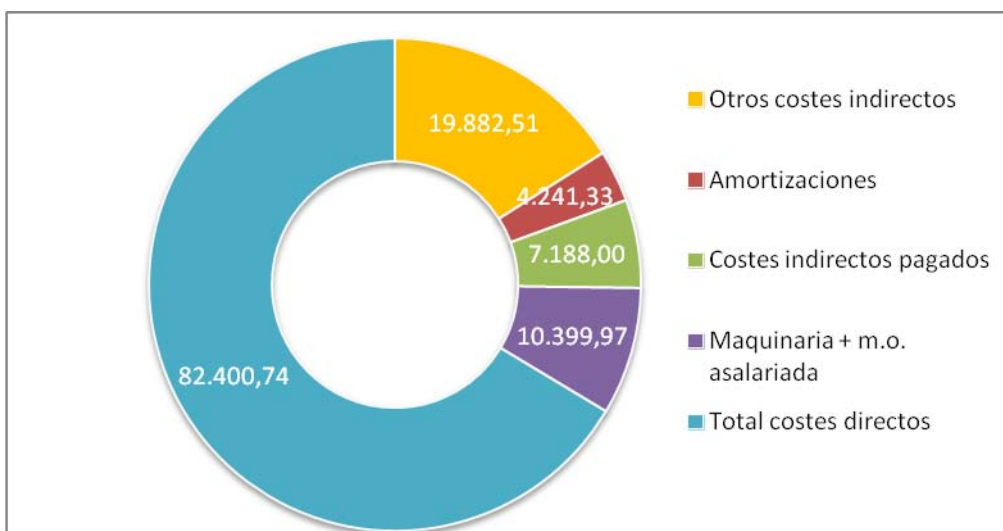
Figura 3: Resultados económicos del sector de caprino de leche en 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

La figura 4 se destina a la composición de los costes totales de la actividad de caprino de leche. El mayor porcentaje es el del total de costes directos (semillas, fertilizantes, productos fitosanitarios, otros suministros, pastos, rastrojeras y montaneras, forrajes y subproductos, concentrados, productos zoosanitarios, otros suministros para el ganado y cebo para animales) y el menor el de las amortizaciones.

Figura 4: Principales variables del sector de caprino de leche en 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

ÍNDICE DE RENDIMIENTO NETO ESTIMADO:

El cálculo del índice de rendimiento neto estimado según los datos de la tabla 2, se hace de conformidad a la siguiente fórmula:

$$\text{Índice} = \frac{\text{Producto Bruto} - \text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}} = 1 - \frac{\text{Gastos}}{\text{Producto Bruto}}$$

El producto bruto se calcula sumando los ingresos de producto, más las subvenciones, indemnizaciones y otros ingresos.

PRODUCTO BRUTO ACTIVIDAD
160.127,78

COSTES DIRECTOS	MAQUINARIA	M. OBRA ASALARIADA	COSTES INDIRECTOS PAGADOS	AMORTIZAC	OTROS COSTES INDIRECTOS	COSTE DE PRODUCCIÓN COMPLETO
82.400,74	5.539,61	4.860,36	7.188,00	4.241,33	19.882,51	124.112,55

COSTE DE PRODUCCIÓN COMPLETO (A)	OTROS COSTES INDIRECTOS (B)	CANON ARRDT. (C)	AMORTIZACIONES (D)	GASTOS (A-B-C-D)
124.112,55	19.882,51	703,99	4.241,33	99.284,72

$$\text{Índice estimado} = \frac{160.127,78 - 99.284,72}{160.127,78} = 0,3800$$

Lo que quiere decir que, con los datos aportados por el MAPA, se debería aplicar un 38% al producto bruto de la actividad, es decir, de cada 100 euros recibidos, deberían tributar 38 euros.

3. INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS ÍNDICES DE RENDIMIENTO NETO DE LA OLIVICULTURA Y CAPRINO DE LECHE

Los resultados que se han obtenido en las estimaciones de los índices de rendimiento neto de los dos sectores analizados, en las diferentes CCAA, utilizando los datos económicos del ejercicio 2014 (últimos disponibles), se reflejan en la tabla 3:

Tabla 3: resultados de las estimaciones

SECTOR	CCAA	Estimación del IRN 2014
<i>OLIVICULTURA</i>	Andalucía, Castilla La Mancha y Extremadura	0,2327
<i>CAPRINO DE LECHE</i>	Andalucía, Castilla La Mancha, Castilla y León, Extremadura y Murcia	0,3800

Fuente: Elaboración propia.

La tabla 4 recoge las diferencias entre los índices de rendimiento neto estimados y los actuales para los dos sectores objeto de estudio (para facilitar la comparación, se han aproximado a dos decimales).

Tabla 4: comparación entre los irn aplicados en 2014 y los irn estimados para dicho ejercicio

<i>SECTOR</i>	<i>IRN 2014</i>	<i>Estimación del IRN 2014</i>	<i>DIFERENCIA</i>
<i>OLIVICULTURA</i>	0,26	0,23	0,03
<i>CAPRINO DE LECHE</i>	0,26	0,38	-0,12

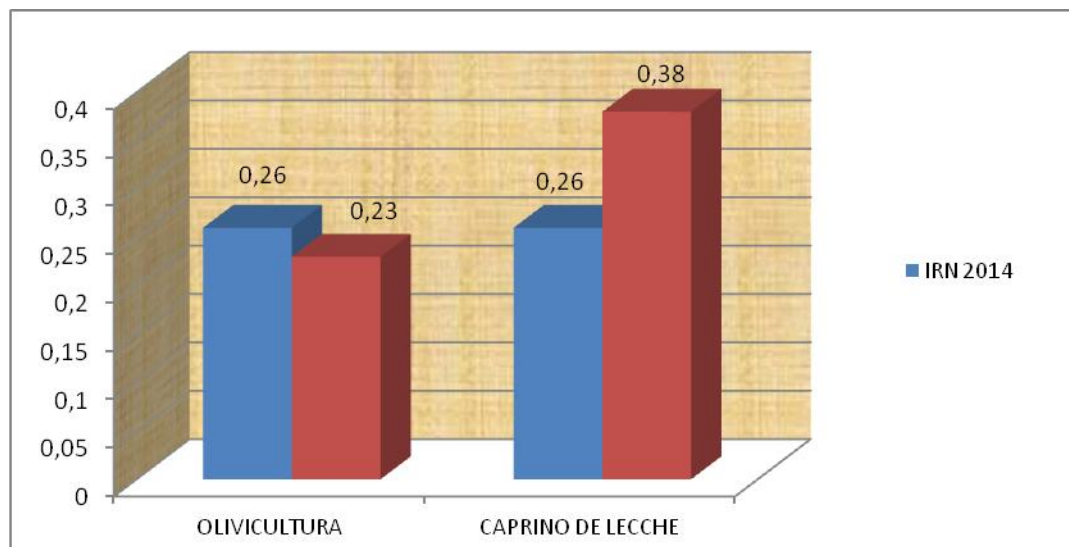
Fuente: Elaboración propia.

Por tanto, para el sector de olivicultura se ha estimado un índice de rendimiento neto del 0,23 cuando en realidad se está aplicando el 0,26. Por tanto, está tributando por un 26% de los ingresos, mientras que, según las estimaciones, debería hacerlo por el 23%. Como hemos dicho, este porcentaje se aplica sobre el producto bruto o volumen total de ingresos de la actividad para calcular el rendimiento neto previo. En definitiva, están pagando un 3 % en exceso.

Respecto al sector del caprino de leche, se ha estimado un índice de rendimiento neto del 0,38; por el contrario, la tributación es de un 0,26, por lo que este sector está pagando un 12% menos de lo estimado según los datos proporcionados por el MAPA.

En suma y como podemos apreciar en la figura 5, atendiendo a los resultados de las estimaciones de los índices de rendimiento neto de los dos sectores, para el sector de olivicultura el índice aplicado es superior al estimado, por lo que debería ajustarse a la baja, es decir, aplicar una reducción, mientras que en el ganado caprino de leche, el índice estimado es superior al aplicado en 2014, por lo que el índice a aplicar debería ajustarse al alza, incrementando dicho índice, siempre partiendo de la situación de los sectores en el año 2014 y tomando como base la información desprendida de los Informes Técnico-Económicos facilitados por la Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Figura 5: IRN de olivicultura y de caprino de leche estimados y aplicados en 2014



Fuente: Elaboración propia.

Como estas estimaciones están basadas en los resultados técnico-económicos del ejercicio 2014, sería recomendable elaborarlas anualmente para poder analizar la tendencia de los resultados de cada sector, y actualizar las modificaciones de los índices de rendimiento neto de los sectores en cuestión.

En la siguiente tabla se evidencia la evolución de los índices de rendimiento neto de los dos sectores analizados desde 2014 a 2018.

Tabla 5: evolución de los irn de los dos sectores objeto de estudio

SECTOR	INR 2014	Estimación del INR 2014	INR 2015	INR 2016	INR 2017	INR 2018
OLIVICULTURA	0,26	0,23	0,26	0,26	0,26	0,26
CAPRINO DE LECHE	0,26	0,38	0,26	0,26	0,26	0,26

Fuente: Elaboración propia.

La escasa rentabilidad del sector de olivicultura se desprende de los datos reflejados en los Informes Técnico-Económicos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Sin embargo, podemos afirmar que desde 2015 hasta la actualidad no se han hecho ajustes con carácter permanente en el índice de rendimiento neto para adaptarlo a la realidad económica de dicho sector. Las órdenes que desarrollan el método de estimación objetiva del IRPF para dichos ejercicios han sido publicadas sin las debidas adaptaciones de los índices necesarios para compensar las pérdidas o los menores beneficios y lograr mayor equidad.

En idéntica línea, aunque en este caso en sentido contrario, el sector de ganado caprino de leche, ha tributado por debajo de lo que le correspondería atendiendo a los principios tributarios de justicia y equidad social, por lo que habría que haber propuesto para este sector, durante el ejercicio 2014, una revisión al alza, que tampoco se ha realizado desde 2015.

Por tanto, se recomienda hacer estas estimaciones de forma continuada y periódica para que las estimaciones realizadas se adecúen a la capacidad económica real de cada ejercicio.

4. CONCLUSIONES

La fiscalidad agraria, y en concreto el régimen de estimación objetiva del IRPF, no puede mantenerse ajeno a las dificultades por las que atraviesan los distintos sectores agrarios.

Los diferentes resultados anuales de los informes técnico-económicos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación deben plasmarse en la tributación real del sector, actualizando los índices de rendimiento neto de cada sector, por ser éstos los mejores indicadores de su rentabilidad.

Según se desprende del estudio de estos dos sectores, los índices de rendimiento neto no se han ajustado a su realidad económica, ya que no se han producido las necesarias adaptaciones capaces de compensar las pérdidas o los menores beneficios, o en su caso, los mayores beneficios a una mayor tributación.

Resulta preceptiva la revisión periódica de la fiscalidad agraria que, al margen de reducciones por adversidades climáticas, permita a los agricultores y ganaderos hacer frente a la carga impositiva establecida. Debe extraerse la información de los Informes Técnico-Económicos realizados por el MAPA para hacer las estimaciones de los índices de rendimiento neto de los distintos sectores agrarios, al igual que hemos hecho en el presente trabajo para la olivicultura y el caprino de leche.

Para ello sería conveniente establecer un marco de interlocución y negociación sobre fiscalidad agraria, acorde a las necesidades y objetivos de un sector estratégico, como es el agrario, para evaluar preventivamente los acontecimientos del grupo, sus problemas y soluciones potenciales.

Dada la existencia de la Mesa de Fiscalidad Agraria, habría de retomarse su actividad, celebrando reuniones periódicas y más aún en períodos de crisis como el actual.

Con los años, el régimen de determinación objetiva ha ocupado un lugar cada vez más relevante en el seno de nuestro ordenamiento tributario en general y en el sector agrario en particular, por lo que, más que estudiar propuestas sobre la supresión del sistema de módulos agrarios, en este trabajo apostamos por reforzarlo, haciéndolo más equitativo, dotándolo de herramientas de control y revisión que le permitan adaptarse con más flexibilidad y fiabilidad a las circunstancias socioeconómicas de agricultores y ganaderos.

5. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. *Informe Anual de Recaudación Tributaria de 2016*.

F. ALONSO FERNÁNDEZ, "Problemas de la tributación de la ganadería". *Lecturas sobre Fiscalidad Agraria*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1985; Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2003.

L.M. ALONSO y M. CASANELLAS, "La Fiscalidad de la pequeña empresa agropecuaria". *Jornada Temática sobre la "Fiscalidad en el sector agrario"*. Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural, 2003.

J.M. BENGOCHEA SALA, *Exclusión del "sistema de módulos" en IRPF e IVA*. Claves Prácticas. Francis Lefebvre, 2014.

F.J. BRAÑA, N. ALONSO, C. CRUZADO, S. DÍAZ DE SERRALDE y J.M. MOLLINEDO, *Qué hacemos por una fiscalidad justa y suficiente que acabe con el fraude y la elusión en el pago de los impuestos*. Ediciones Akal, S.A, 2014.

J. BURGOS BELASCOAIN, El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Hacia una figura tributaria más justa y eficiente”. *75 años de Política Económica Española*. ICE. Nº 826, 2005.

CABALLERO SÁNCHEZ Y GARCÍA DE CASTRO, “La capacidad económica como criterio constitucional para el reparto de las cargas públicas”. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n 1 206, 1990.

J.E. CAMARENA GUTIÉRREZ, “La estimación objetiva como método de determinación de la base imponible en los impuestos que gravan la renta de actividades empresariales: un estudio a propósito de la experiencia española”. *Instituto de Estudios Fiscales*. Documento Nº 18/2009, 2009.

E. CASQUET MORATE y J.A. GÓMEZ-LIMÓN, “La aplicación del IRPF a la actividad agraria. Comparación cuantitativa de los sistemas de Estimación Directa y de Estimación Objetiva por Módulos”. *Investigación agraria. Producción y protección vegetal*. Universidad de VALLADOLID, 2001.

E. CASQUET MORATE, E. y J.A. GÓMEZ-LIMÓN, *Aplicación de la fiscalidad agraria en Castilla y León ¿Proteccionismo o beligerancia fiscal?*, Departamento de Economía Agraria. Universidad de VALLADOLID, 2000.

M. CRESPO GARRIDO, *Novedades de la actual regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*. Lex Nova- Thomson Reuters, 2016.

CISS. Prontuario Fiscal. Grupo WoltersKluwer, 2017.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (01-07-2012). Comisión Europea. *Directrices de la UE aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícolas y forestales y en las zonas rurales de 2014 a 2020*.

J.M. DÍAZ-ARIAS, *Signos, índices o Módulos: IRPF (1992) IVA (1996)*. Nilo Industria Gráfica, 1996.

B. DÍAZ LÓPEZ, “Hacienda endurece el acceso al régimen de módulos”. *Cinco Días*, 26 de enero de 2006.

DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. MINISTERIO DE JUSTICIA. *El principio de Igualdad en la Constitución Española*. Madrid, 1991.

V. ENCISO DE YZAGUIRRE y C. ROCHE LÓPEZ, “Fiscalidad y desarrollo rural en España. Los beneficios fiscales en el mundo rural español”. *CIRIEC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 55, 2006.

J.M. GARCÍA DE FRANCISCO, *Ahorro, financiación y fiscalidad en el sector agrario*. Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2011.

J. GARCÍA MAGÁN, *Métodos de estimación objetiva de bases fiscales*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 2007.

C. GARCÍA NOVOA, “Luces y sombras del régimen de estimación objetiva por módulos”. *Curso de Introducción al Sistema Impositivo Estatal*. Ed. Ceura. Universidad de Santiago de Compostela, 2008, p. 7.

J.F. JULIÁ IGUAL y S. MARÍ VIDAL, “Las especialidades tributarias para la determinación de la renta en la actividad agraria. La función de neutralidad-precio como instrumento de análisis”. *Spanish Journal of Agricultural Research*, Nº 2, 2003.

J.F. JULIÁ IGUAL y S. MARÍ VIDAL, *Modelos de medición de la eficiencia tributaria de los regímenes especiales en la imposición sobre la actividad agraria*. Departamento de Economía y Ciencias Sociales. Universidad Politécnica de Valencia, 2002.

J.F. JULIÁ IGUAL y S. MARÍ VIDAL, “La neutralidad fiscal de las especialidades tributarias en la determinación de los rendimientos netos de las actividades agrarias”. *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, nº 197, 2002, pp. 30 y 31.

- S. MARÍ VIDAL y E. CAMPOS CAMPILLO, *La decisión fiscal del agricultor: estimación directa frente a estimación objetiva. Análisis de neutralidad tributaria*. Departamento de Economía y Ciencias Sociales. Universidad Politécnica de Valencia, 2014.
- S. MARÍ VIDAL, *Informe sobre la neutralidad del régimen de estimación objetiva por signos, índices y módulos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el caso de la producción de ovino*, Departamento de Economía y Ciencias Sociales. Universidad Politécnica de Valencia, 2006.
- M. MARTÍN GARCÍA, “El régimen de estimación objetiva para el cálculo de los rendimientos de las actividades agrarias”. *Revista española de estudios Agrosociales y pesqueros*. Nº 189, 2000.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN. Mesa redonda sobre: “Nuevos escenarios para el sector agrario”. *Premio ICAM 2015*, 2015.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, *Análisis de la Economía de los Sistemas de Producción (AESP)*. Encuesta de Superficies y Rendimientos de Cultivos (ESYRCE). Subdirección General de Análisis, Prospectiva y Coordinación, 2014. Madrid.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, “La Fiscalidad del sector agrario en España”. *AgroInfo-Enfoque*. Número E3, 2007.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, *La Fiscalidad del sector agrario en España*. Capítulo 7 del Libro Blanco de la Agricultura y Desarrollo Rural, 2003.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN, *Lecturas sobre Fiscalidad Agraria*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1985.
- M. MONTALVO SANTAMARÍA, J. SANCHO CALABUIG y E. LÓPEZ-NAVARRO MARTÍNEZ-CARBONELL, *Los Nuevos Métodos de Estimación Objetiva del IRPF y el Régimen Simplificado del IVA*, Colección Textos Legales. Grupo Editorial Siete, 1993.
- L.M. MULEIRO PARADA, L. M. “La paulatina reforma de los módulos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. *Revista de Contabilidad y Tributación*, número 400. Centro de Estudios Financieros, 2016.
- L.M. MULEIRO PARADA, “La tributación de los rendimientos de actividades agrarias en el IRPF”. *Crónica Tributaria* Núm. 156/2015, pp. 153-173.
- L.M. MULEIRO PARADA, “Principio de legalidad tributaria y determinación objetiva”, *Instituto de Estudios Fiscales*. Doc. Nº 30/09, 2009, pp. 339 y 342
- L.M. MULEIRO PARADA, *La determinación objetiva: IRPF e IVA*, Marcial Pons, 2009.
- A. NAVARRO FAURE, “La adecuación del método de estimación objetiva de la base imponible por signos, índices y módulos a los principios de Justicia Tributaria”. *Palau* 14. Nº 21, 1993, pp. 90.
- C. PALAO TOBOADA, “La estimación objetiva singular”, *REDF*, 2, 1974.
- C. PAREJA-OBREGÓN RUANO, *Fiscalidad Agraria*. “Los módulos en el sector agropecuario”, 1996.
- J. PÉREZ ARRAIZ, *Problemas que plantea el método de estimación objetiva en la cuantificación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a la luz de la Constitución española*. Universidad del País Vasco, 2005.
- G. PRIMITIVO BORJABAD, *El empresario agrario individual en España*, Universidad de Lleida, 2000.
- J.A. PUELLES PÉREZ, “La Fiscalidad de la empresa agropecuaria *Jornada Temática sobre la “Fiscalidad en el sector agrario”*. Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural”. Universidad Complutense de Madrid 2003.
- R. RODRÍGUEZ MORENO y R. BRIZ LABRA, *Lecturas sobre Fiscalidad Agraria*. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1985.

F. ROMERO GARCÍA, M. REQUEJO BOHÓRQUEZ, L.J. DO CAMPO SCHROEDEL, A. MAS ORTIZ y F. J. CINTADO CANTO, *La fiscalidad de la Agricultura y la Ganadería*. CISS. Grupo WoltersKluwer, 2007.

R. VALLEJO POUSADA, *Reforma Tributaria y Fiscalidad sobre la agricultura en la España Liberal, 1845-1900*. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2001.

A. VAQUERO GARCÍA, “Valoración del método de estimación objetiva en el IRPF ¿es necesaria una reforma?”. *Revista Crónica Tributaria* número 159/2016, 2016.

I. VIANA SUSPERREGUI, *Fiscalidad Agraria: Impuesto de la Renta de las Personas Físicas*. Universidad Pública de Navarra, 2014.

Webgrafía

www.administracion.gob.es (Septiembre 2015).

www.agenciatributaria.es (Julio 2017).

www.eurlex.europa.eu (Mayo 2015).

www.europarl.europa.eu (Enero 2016).

www.ine.es (Abril 2017).

www.mapama.gob.es (Mayo 2018).

www.mineco.es (Marzo 2016).

www.minhap.gob.es (Febrero 2017).

HOY TOCA HABLAR DE TRASVASES DE AGUAS ENTRE CUENCAS HIDROLÓGICAS

Luis Javier Cuenca López
Dr. en Ciencias Jurídicas por la Univ. de Granada
Máster Universitario en Seguridad
Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2018

RESUMEN: La Península Ibérica, por su situación geográfica, la longitud de sus costas, su orografía y otras realidades físicas, tiene un problema importante con su clima que hace que un 40% de su superficie tenga un régimen pluviométrico aceptable, pero el 60% restante tiene un régimen pluviométrico muy deficitario, hasta poder decir que su extremo sureste ha llegado a convertirse en un verdadero desierto.

La falta de agua de la España seca nos lleva a pensar en una solución para devolverle a esa zona el agua que necesita para poder desarrollarse y prosperar, como debería hacerlo si tuviera el agua que le falta.

Es muy posible que si se interconectarán todas las cuentas hidrográficas, no sería necesario desembalsar agua y tirarla al mar cuando se llenen los embalses que se construyeron en la zona húmeda de España y, de esa manera, podríamos reequilibrarla hidrológicamente.

ABSTRACT: The Iberian Peninsula, for its geographical location, the length of its coast, its orography, and other physical realities, it has a serious problem with its climate, which makes 40% of its surface, has an acceptable regime rain, but the reaining 60% has a very deficient rainfall regime. It can even be said that the extreme southeast has become a desert. The deficiency of water in dry Spain, leads us to think of a solution to return to that area the water It needs to be able to grow and prosper, as it needs.

It is very possible that if all the hydrographics basins are interconnected, it would not be necessary to drain the water and bring it to the sea

It is quite possible that if you will interconnect all river basins, it would not be necessary to untangle water and throw it into the sea when to fill the reservoirs that were built in the humid zone and, in that way, we could have a Spain equilibrate in this aspect.

PALABRAS CLAVE: Equilibrio hidrológico, trasvases entre cuencas, embalses y presas.

KEYWORDS: Hydrological balance, transfers between basins, basins and dam.

SUMARIO: I. Antecedentes. II. El problema de la Península Ibérica. III. La cantidad de recursos hídricos acumulados durante años. IV. Trasvases de aguas interterritoriales. V. Condiciones que deben cumplir las obras hidráulicas que se hagan en adelante. VI. La opinión de las ONGs. VII. El sistema que proponemos. Referencias.

I. ANTECEDENTES



Figura 1

“Esta no es la obra a realizar en el periodo brevísimo de días, ni de meses; es obra de años, para la cual se necesita la asistencia de quienes hoy gobiernan, de quienes están en la oposición, de quienes sirven al régimen republicano y, oídlo bien, de quienes están en contra de él, porque quienes por patrocinar el régimen republicano una empresa de esta naturaleza le negaran su asistencia y su auxilio serían, no enemigos del régimen, sino unos miserables traidores a España”.

Con estas palabras defendió Indalecio Prieto, a la sazón Ministro de Obras Públicas, en las Cortes Españolas (en el edificio del actual Congreso de los Diputados) el proyecto de trasvase Tajo-Segura recogido y en el Plan de Mejora y Ampliación de los Riegos del Levante que había propuesto al Ministro el Ingeniero de Caminos Canales y Puertos D. Manuel Lorenzo Pardo, funcionario de ese Ministerio que había sido el primer Director de la Confederación Hidrográfica del Ebro y al que se le había concedido en Zaragoza el título de “Hijo adoptivo” en 1927, donde se le había erigido un busto conmemorativo a orilla del río Ebro.

Aunque las Cortes españolas aprobaron el Plan de Mejora señalado supra y, por consiguiente, el Trasvase Tajo-Segura, los problemas económicos y la Guerra Civil lo dejaron sin efecto hasta que, en la época del Ministro de Obras Públicas franquista Federico Silva Muñoz, se retomó el trasvase, inaugurándose durante la época del Ministro de Obras Públicas Joaquín Arrogues Walker, que perteneció al Gobierno de Adolfo Suárez y comenzó su explotación en 1979.

El problema que tiene nuestra Península Ibérica es que si pudiéramos trazar una línea diagonal² desde el suroeste de Huelva hasta en noreste de Gerona, la zona izquierda del mapa sería la zona húmeda, mientras que la situada al este de la diagonal, sería la zona seca, encontrándose en el extremo sureste del mapa resultante zonas desérticas y zonas que cada día se desertizan más. Aunque la media de precipitaciones de la totalidad de la Península Ibérica expusiese un valor medio más o menos normal y suficiente para cubrir las necesidades del consumo humano y el riego de las zonas cultivadas, el reparto de los recursos hídricos es muy desigual y se mantendrían unas zonas desertizadas, mientras que en otras termina siendo necesario desembalsar agua y verterla al mar para evitar dañinas y peligrosas inundaciones. De ahí la necesidad de presentar ahora este problema³.

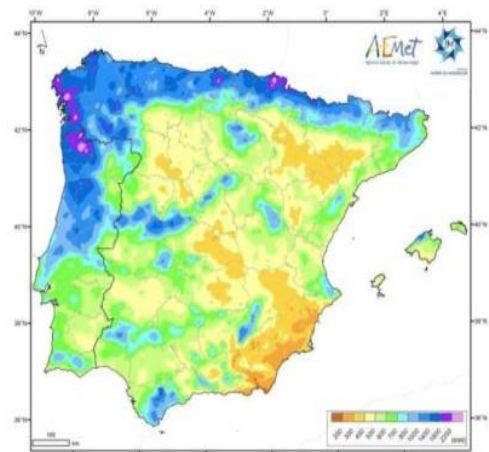


Figura 2

¹ Ver Figura 1: Indalecio Prieto en un Meeting.

² Ver Figura 2: Precipitación Media en la Península Ibérica e Islas Baleares. MCPIYB.

³ El haber tenido como último destino una plaza de Asesor Técnico en la efímera Agencia Andaluza del Agua y, tras su desmantelamiento, en el Servicio correspondiente de la Delegación Territorial de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, me ha impulsado a acometer la tarea de redactar el presente artículo.

II. EL PROBLEMA DE LA PENÍNSULA IBÉRICA

La actual primavera, durante la que estamos escribiendo este artículo, nos está dando constantes muestras de la escasa atención que le prestamos a los asuntos hidrológicos nacionales. Suele causarnos risa la época del franquismo, durante la cual se inauguraron multitud de pantanos que, unos pocos meses antes, al comenzar esta primavera, nos estaban preocupando por la poca cantidad de agua que embalsaban antes de que comenzara la serie de borrascas que estamos sufriendo, que los han llenado y que ha provocado que algunos se hayan visto en la necesidad de desembalsar agua y verterla al mar (los que tenían una costa cercana), no sin haber provocado inundaciones en algunas localidades y en sus términos municipales que han sufrido dos o tres catástrofes hidrológicas en el transcurso de un mismo trimestre.

Tal situación denota que la cultura hidrológica española es bastante pobre y que, además, los responsables políticos no actúan cuando deben, dejan que, en la España seca y en la húmeda, los cauces de los ríos sigan sin limpiar; los sistemas de alcantarillado y desagües de los municipios se encuentren tan obstruidos como obsoletos y aquellos que se construyen nuevos no tengan la capacidad suficiente, tal vez porque se trata de que, salvo en los casos de épocas muy lluviosas, son obras poco visibles para hacer alarde de ellas y poder ponerse las medallas que a los *prebostes* tanto les gusta colocarse.

El día 31 de mayo de 1988, el Presidente de los Estados Unidos Mr. Ronald Reagan⁴ pronunció un discurso en la Universidad de Moscú en el que, entre otras cosas dijo:

«...la Democracia no es tanto un sistema de Gobierno como una forma de poner límites al Gobierno e impedir su intromisión: un Sistema ha de fijar límites al poder para hacer que la Política y el Gobierno fueran secundarios frente a las cosas importantes de la vida, los verdaderos valores que se encuentran solo en la familia y en la fe...».

Estamos absolutamente de acuerdo con este pensamiento y desde esa convicción escribimos este artículo.

No obstante lo anterior, otra de las fuentes que hemos consultado para documentar este artículo es el Libro Blanco del Agua publicado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que, al comenzar el capítulo cuyo epígrafe se titula La situación actual y los problemas existentes, refiriéndose a los recursos hídricos, inserta un epígrafe con el lema *«la necesidad de coordinación de las redes de medida»*⁵, en donde se confiesa la actual insuficiencia y precariedad de las Redes de Aforo para la medida de las aguas superficiales y que *«en la actualidad no existe un programa que contemple la coordinación, modernización y mejora de su gestión»*.

Al parecer, la red de medida de niveles piezométricos no se encuentra diseñada con criterios técnicos acorde con los objetivos que debe perseguir una red de carácter nacional, por lo que los datos sobre disposición de recursos hídricos deja mucho que desear y, además, son poco fiables. El mismo Ministerio mantiene las dudas sobre la precisión de los datos sobre los recursos hídricos que realmente hay en España y se lamenta sobre los problemas de coordinación que existen entre las distintas redes de medida de recursos⁶.

En cuanto a la red de medida de niveles piezométricos en los acuíferos subterráneos, formada por unos 3.000 puntos, el Ministerio señala que no está diseñada con criterios técnicos acordes con los objetivos que debe perseguir una red de carácter nacional. Hasta la fecha, salvo pequeñas excepciones, los puntos de control se sitúan en pozos o sondeos contruidos para abastecimiento o regadío, generalmente de propiedad privada.

En los últimos años, la Administración ha programado una serie de actuaciones con el objetivo de implantar nuevas redes de medida que, en el futuro, constituirán la Red Oficial

⁴ Ronald Wilson Reagan (1911-2004), cuadragésimo Presidente de los Estados Unidos, entre 1981 y 1989.

⁵ Libro Blanco del Agua. Documento de Síntesis. Página 5.

⁶ Red SAHI: Sistema Automático de Información Hidrológica, que, al parecer solo cubre la mitad del territorio nacional. Red ROEA cuyas responsabilidades, dice, en la mayoría de las ocasiones, recaen en diferentes Departamentos dentro del Organismo de Cuenca.

de Control de las Aguas Subterráneas (ROCAS). Una de las bases sobre las que se asienta de la planificación hidrológica es la correcta estimación de los recursos hídricos, por ello hay que destacar la importancia de la adecuada conservación de las redes de medida.

Por todo ello, se requiere que el variado número de redes existentes y de Organismos encargados de su gestión, realicen un esfuerzo de coordinación y el establecimiento de procedimientos de unificación e intercambio de la información que sea verdaderamente eficaz.

Para la redacción del Libro Blanco del Agua, señala el documento de síntesis, se ha realizado una nueva evaluación de recursos naturales utilizando unos criterios y una metodología común para todo el territorio nacional⁷. Según esta nueva evaluación los valores de escorrentía media anual en España se cifran en unos 220 mm, lo que equivale a una aportación de 111.000 hm³/año, que representa una cantidad de un tercio de la precipitación anual. Esta aportación incluye la de la red fluvial, es decir, la escorrentía superficial directa más el drenaje de los acuíferos (109.000 hm³/año) y la escorrentía subterránea al mar (2.000 hm³/año).

Este valor medio de escorrentía anual en España se distribuye muy irregularmente sobre el territorio. La Cornisa Cantábrica es la que tiene mayor abundancia de agua, con valores superiores a los 700 mm/año; sin embargo en el resto de las cuencas no se sobrepasan, en ningún caso, los 250 mm/año.

Pero la menor escorrentía de España se produce en la cuenca del Segura, que no llega a alcanzar los 50 mm/año, lo que supone una diferencia con respecto a Galicia veinte veces inferior y unas cinco veces inferior a la media nacional.

No solo existe una irregularidad espacial, sino que, además, debemos añadirle una gran irregularidad temporal de las aportaciones de agua a las distintas zonas del territorio nacional: Si en cuencas como la del Guadiana la relación de los valores máximo y mínimo de las aportaciones de agua anuales puede llegar a treinta, en zonas con menor irregularidad, como puede ser la Cornisa Cantábrica o en la cuenca del Ebro, esa relación se sitúa en torno a tres.

El problema en España es muy antiguo, una prueba de ello la tenemos en la existencia del *El Tribunal de las Aguas de Valencia* o *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia* del que hablaremos más adelante.

En una muy sintética aproximación a la descripción del clima de la Península que se realiza en el *Mapa Climático de la Península Ibérica y Baleares 1971-2000* (desde ahora MCPIyB 1971-2000), realizado por la Agencia Española de Meteorología junto con el Instituto Hidrológico de Portugal, podríamos decir que la zona noroeste⁸ se corresponde con la que podríamos llamar la *España húmeda* y la zona sureste⁹, se corresponde con la llamada *España seca*. En el extremo sureste¹⁰ se sitúan los espacios más áridos, llegando a existir algunos que presentan zonas verdaderamente desérticas, en las que la tendencia es a que la desertización vaya aumentando y avanzando paulatinamente; al menos si no hacemos nada para impedirlo que, aunque sea muy difícil ir en contra de la naturaleza, los humanos, por lo que parece, hemos demostrado que se puede influir en el clima global del Planeta. Si los expertos nos dicen que aún podemos revertir esta tendencia, es posible que podamos resolver nuestro problema de desertización del extremo sureste peninsular.

En el MCPIyB 1971-2000 se explican pormenorizadamente los tipos de clima que se observan, durante el periodo analizado, en función de la pluviometría media y las temperaturas medias, en las distintas zonas en que se ha dividido la superficie de la Península y las islas Baleares¹¹ y que vamos a tratar de resumir en el siguiente cuadro sumario:

⁷ El Libro Blanco del Agua está fechado en diciembre de 1998.

⁸ En realidad, un 40% aproximadamente de la superficie de la Península Ibérica.

⁹ En realidad, un 60% aproximadamente de la superficie restante de la Península Ibérica.

¹⁰ En las provincias de Almería, el este de la zona litoral de Granada y algo de Murcia.

¹¹ Nos remitimos al Mapa Climático que nos ha servido como base del estudio.

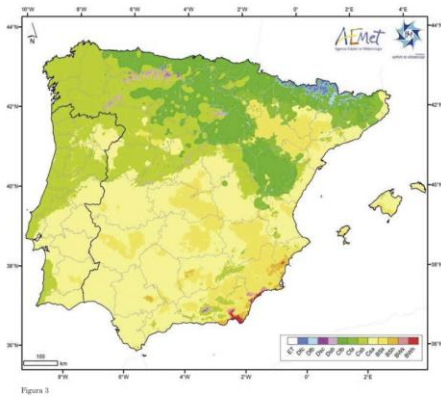
ZONAS CLIMÁTICAS DE LA PENÍNSULA IBÉRICA ¹²		
Climas Secos Tipo B	BWh y BWk	Desierto cálido y Desierto frío. - Almería, Murcia y Alicante. Mínimos pluviométricos peninsulares.
Estepa	BSh y BSk	Estepa cálida y Estepa fría. - Ampliamente extendidas por el sureste de la Península, Valle del Ebro, en menor extensión, Meseta sur, Extremadura e Islas Baleares. En Portugal, una pequeña región del Baixo Alentejo.
Climas Templados Tipo C	Csa	Templado con verano seco y caluroso. - La máxima extensión de la Península Ibérica (40% aproximadamente), la mitad sur y las regiones costeras mediterráneas, a excepción de las zonas áridas del sureste.
	Csb	Templado con verano seco y templado. - La mayor parte del noroeste de la Península, casi todo el litoral oeste de Portugal continental y áreas montañosas del interior de la Península.
	Cfs	Templado, sin estación seca, con verano caluroso. - Principalmente en el noreste, una franja de altitud media rodeando los Pirineos y el Sistema Ibérico.
	Cfb	Templado, sin estación seca y verano templado. - En la región cantábrica, el Sistema Ibérico, parte de la Meseta norte y gran parte de los Pirineos, excepto las áreas de mayor altitud.
Climas Fríos tipo D	Dsb y Dsc	Fríos con verano seco y templado y fríos con verano seco y fresco. - Pequeñas áreas de alta montaña, cordillera Cantábrica, Sistema Ibérico, Sistema Central y Sierra Nevada.
	Dfb y Dfc	Frío sin estación seca y verano templado y Frío sin estación seca y verano fresco. - Áreas de alta montaña de los Pirineos y algunas pequeñas zonas de alta montaña de la Cordillera Cantábrica y el Sistema Ibérico.
Climas polares Tipo E	ET	Tundra. - Pequeñas áreas de los Pirineos centrales, coincide con las mayores altitudes de la cordillera.

El Atlas Climático Ibérico define esta clasificación como Clasificación Cöppen-Geiger, según el esquema de su última revisión propuesta por Köppen en 1936, con la única salvedad de que se ha elegido como límite de temperatura para separar los climas templados C y D los 0°C conforme proponen Russel, Trewartha, Cristhfield y otros autores (ESSENWANGER, 2001) en lugar de utilizar los -3'00°C utilizados en la clasificación original.

El ACPIyB 1971-2000 ofrece, además un resultado gráfico que es el que se expone, a continuación, como *Figura 313*.

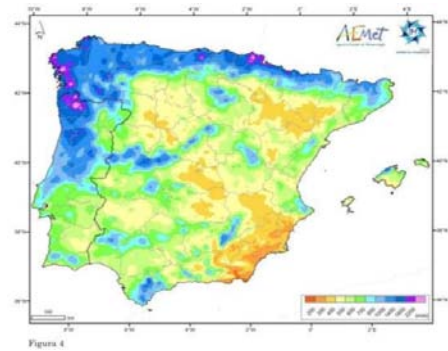
¹² Cuadro de elaboración propia. La explicación de cada una de las zonas climáticas se encuentra en el MHPIyB 1971-2000.

¹³ Ver Figura 3: Mapa Climático de la Península Ibérica e Islas Baleares. AEMet e IMP.



El soberbio trabajo realizado por la Agencia Española de Meteorología, junto con el Instituto Meteorológico de Portugal nos ofrece, entre otras muchas cosas, imágenes tan claras como la de la Figura 3, presentada sobre estas líneas, en las que de un único vistazo podemos obtener una idea muy precisa de los diferentes climas que se observan en la superficie de la Península Ibérica, incluidas las Islas Baleares, sin el mayor es-fuerzo y que nos dan una idea precisa, para los fines que buscamos en el presente artículo, de distinguir entre las zonas con suficiencia hídrica y las zonas deficitarias de este recurso natural tan fundamental.

La figura 4¹⁴, otra imagen del ACI del que estamos hablando y que tan útil nos está siendo, tanto por lo acertado y preciso de sus resultados, como por su garantía de fidelidad a nuestra realidad, dada la extraordinaria preparación de los Meteorólogos que lo han realizado y puesto a disposición de quien lo necesiten leer, muestra la pluviometría media de la Península Ibérica e Islas Baleares que, junto con el de la figura 3 que nos muestra las zonas climáticas, nos da una idea precisa del déficit hídrico que tiene España en una considerable superficie del país.



No obstante lo anterior, la evaluación de recursos que se realizó de cara a la publicación del Libro Blanco del Agua, en su documento de síntesis se estima que la cantidad de los recursos subterráneos de agua es de unos 29.000 hm³/año, que representa un 26% de la aportación total y que, curiosamente es una cifra superior a las estimaciones realizadas en los Planes de Cuenca.

Todos estos datos evidencian la necesidad urgente de profundizar en el conocimiento de la recarga de acuíferos que contribuiría a mejorar la comprensión del papel real que juegan las aguas subterráneas en el conjunto de los recursos disponibles y que es de enorme importancia en algunas de nuestras cuencas principales y más concretamente en las más deficitarias.

Con la evaluación de la escorrentía superficial sumada a las reservas subterráneas, podemos afirmar que España es el país comunitario más árido de la Unión Europea, con unas precipitaciones anuales que equivalen al 85% de la media de la UE y una evapotranspiración potencial de las más altas del continente, que supone que sea la de menor escorrentía de todos los países considerados (aproximadamente la mitad de la media europea).

Lo que se infiere del magnífico trabajo de AEMET y de los datos publicados en el Libro Blanco del Agua, es la insolidaridad que muestra la mayoría de la población española respecto de los asuntos relacionados con la disponibilidad hídrica y es el asunto más importante que trataremos en el presente artículo que, más adelante nos proponemos abordar. Una buena gestión del agua es esencial para que un país, como el nuestro, tenga acceso suficientemente barato, al recurso fundamental para su correcto desarrollo económico, sin el cual puede decirse que sería imposible el desarrollo de todos los demás sectores, e incluso de la vida, y gracias a que se construyó un ingente número de pantanos en España para regular las escorrentías y acumular agua ante los irregulares periodos hidrológicos, de los que conocemos su existencia por experiencia, pero desconocemos, en buena parte, los complejos mecanismos naturales que presenta su periodicidad, es necesario que dispusiéramos de un mecanismo de optimización máxima de regulación de la acumulación de agua en los embalses, de forma que nos garantice que, incluso en los

¹⁴ Ver Figura 4.- Precipitación Media en la Península Ibérica e Islas Baleares. MCPlyB.

periodos de sequía más extrema, disponemos de una cantidad de agua suficiente para superar las necesidades de consumo humano de agua y salvar del desastre la agricultura y la ganadería, como base de todos los demás sectores económicos y con esta idea vamos a continuar.

III. LA CANTIDAD DE RECURSOS HÍDRICOS ACUMULADOS DURANTE AÑOS

Antes de 1975, en España se construyó un buen número de pantanos que llegaron a constituir para muchos, materia jocosa. Aunque no se construyeron entre 1939 y 1975 la totalidad de los pantanos existentes, es cierto que fueron uno de los tipos de obras públicas de los que alardeó el régimen franquista. Gracias a ello hoy disponemos de una pléyade de pantanos, y por ello, se han conseguido salvar muchos de los problemas que nos han traído los distintos periodos de sequía que cada cierto tiempo tenemos que sufrir.

En el mapa de España que se adjunta como Figura 5¹⁶ se han acotado las distintas cuencas hidrográficas que son los espacios naturales que vierten las aguas que reciben de la pluviometría a alguno de los principales ríos hasta el mar.

Según define por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente: Para la gestión del agua, se definen las *Demarcaciones Hidrográficas* como «...la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas», que constituyen la principal unidad de gestión de las cuencas hidrográficas (artº. 16 de la Ley de Aguas según la redacción dada por la Ley 62/2003).

En cada Demarcación se consideran incluidas todas las aguas subterráneas situadas bajo los límites definidos por las divisorias de las cuencas de la correspondiente demarcación. En el caso de que haya acuíferos compartidos entre varias demarcaciones hidrográficas se atribuye a cada una de ellas la parte de acuífero correspondiente a su respectivo ámbito territorial, debiendo garantizarse una gestión coordinada entre las demarcaciones afectadas. A estos efectos se entiende que son acuíferos compartidos, los así definidos en el Plan Hidrológico Nacional.



Figura 5



Figura 6

El ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas que abarcan más de una comunidad autónoma fue definido por el Real Decreto 125/2007. En el caso de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, quedan excluidas de su ámbito territorial las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Valenciana, así como las aguas de transición a ellas asociadas. También quedan excluidas las aguas costeras asociadas a la fachada litoral de las cuencas intracomunitarias.

La Confederación Hidrográfica del Norte se ha dividido en la Confederación Hidrográfica del Miño—Sil y en la Confederación Hidrográfica del Cantábrico por el Real Decreto 266/2008.

Como puede comprenderse fácilmente, la gestión de las cuencas es bastante complicada por la existencia de la Administración de las Comunidades Autónomas y se puede confirmar que en España existen dos modalidades:

¹⁶ Ver Figura 5: Demarcaciones Hidrográficas Terrestres. Figura 6: Lagos sobre la superficie de España.

Confederaciones Hidrográficas.

- Cantábrico.
- Miño—Sil.
- Duero.
- Ebro.
- Tago.
- Júcar.
- Guadiana.
- Guadalquivir.
- Segura.

Comunidades Autónomas (ubicadas en una única C. A.):

- Cuencas Atlántica y Mediterránea Andaluza.
- Internas Catalanas.
- Baleares.
- Canarias.
- Galicia Costa.
- Internas del País Vasco.

En cada cuenca intercomunitaria existe un órgano de cooperación denominado *Comité de Autoridades Competentes*, cuya función es garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas. En dichos Comités se encuentran representadas las autoridades de la Administración del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales. Como se comprenderá fácilmente, la gestión de las aguas en España es especialmente complicada debido a la pluralidad de intereses que representan los órganos con competencias para su gestión, puede que no sea eficaz por esa causa.

La propuesta que haremos más adelante puede que comprenda las obras públicas más importantes y con mayor trascendencia de las que se hayan podido realizar en España y corresponde hacerlas a impulso de la Administración Central, apoyada por un Pacto General sobre el Agua que hayan firmado todas las fuerzas políticas nacionales y esté apoyado por la inmensa mayoría de los ciudadanos españoles. Por esa razón y porque entra dentro de las determinaciones del artículo 149, 1, 1ª, 13ª, 22ª, 23ª y 24ª de la Constitución Española, es competencia de la Administración General del Estado, sin perjuicio de que, respecto a sus peculiaridades, las Comunidades Autónomas puedan colaborar en su ejecución y, al tratarse de una ingente tarea, también pueda hacerlo la Administración Local en la medida que le afecte a los diferentes términos municipales.

IV. TRASVASES INTERTERRITORIALES DE AGUAS

No deberíamos olvidar que la capacidad de nuestro planeta para que prolifere la vida se la debemos, además de su tamaño y su naturaleza rocosa, que determina la gravedad que posee, impidiendo que escape la capa gaseosa que llamamos atmósfera, impidiendo que se disipe por el espacio vacío; así mismo, depende de su distancia al Sol, que determina la cantidad de energía que recibimos en nuestra superficie y, consiguientemente, del rango de temperaturas del que disfrutamos; así mismo depende del magnetismo terrestre, que nos

protege de que una inmensa cantidad de partículas ionizantes que conforman el viento solar, las cuales, de otra forma, destruirían las células vivas; y además, durante milenios, los primeros seres vivos fueron bacterias y algas unicelulares que, durante milenios, modificaron la proporción de gases en nuestra atmósfera, aportando cantidades ingentes de Oxígeno molecular, parte del cual se transformó en Ozono, que nos permite respirar y retiene la mayoría de la radiación ultravioleta. Todas estas características ponen en evidencia que, además de una serie de cualidades intrínsecas, todos los seres vivos modifican el medio en el que viven, lo que no quiere decir que las modificaciones sean siempre dañinas para el medio ambiente.

Las modificaciones que se están produciendo últimamente parecen que producen modificaciones dañinas, como, por ejemplo, el calentamiento global, producido por el aumento de vertido a la atmósfera de gases de efecto invernadero, que produciría una modificación del clima responsable del aumento del nivel del mar, con sus consecuentes repercusiones para la vida que existe sobre la Tierra, como puede ser la desaparición de muchas especies incapaces de adaptarse al nuevo clima, el aumento de la desertización en amplias superficie del planeta y otras que ahora se nos escapan.

Por todo ello tenemos que intentar revertir los efectos de origen antropógeno y asegurarnos de que revertimos dichos efectos, previniendo los cambios patológicos innecesarios.

“España no podría sobrevivir si no fuera por la red de pantanos que tiene. Ahora los hemos llenado y podemos hacer frente a una situación que ya era crítica”.

El ex ministro de Obras Públicas Borrell y actual Ministro de Asuntos Exteriores, pronunció estas palabras en enero de 1996 tras un periodo en que habían escaseado peligrosamente las lluvias. A la vista del irregular reparto de precipitaciones en la superficie de la Península Ibérica y, más concretamente en España, los embalses son la única forma viable de disponer del agua necesaria para vivir y la única forma posible de que el reequilibrio hídrico se produzca de una manera satisfactoria es realizando trasvases de agua entre las distintas cuencas fluviales. A este respecto somos de la opinión de que los trasvases realizados hasta la fecha dejan bastante que desear y ello se debe, en primer lugar, a un desconocimiento inconsciente de la Hidrografía española que. En algunos momentos se intentan llevar a cabo proyectos utópicos e irrealizables y que son concebidos como obras singulares, sin tener en cuenta de forma global los desequilibrios hídricos que se presentan en todo el territorio español, sino solamente las demandas de algunos de sus usuarios.

Los asuntos concernientes al reparto del agua son tan importantes que el Tribunal de las Agua de Valencia o Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, que ya mencionamos supra, se tiene por la institución de justicia más antigua en Europa.

Aunque es posible que existieran organismos similares entre los romanos, la organización actual seguramente procede de los campesinos andalusíes que se ha ido heredando y evolucionando de forma tradicional hasta la actualidad. También es posible que el formato actual de tribunal haya sido adoptado en tiempos de la Constitución de Cádiz para adaptarlo a la nueva jurisdicción de la época.

Sirve para dirimir los conflictos entre los regantes de la vega de Valencia, que se divide en nueve comunidades de regantes, las nueve acequias de la vega de Valencia: Quart, Benàger-Faitanar, Tormos, Mislata, Mestalla, Favara, Rascanya, Rovella y Chirivella.

El hecho principal de este tribunal es que da cuenta de la importancia que tiene el uso ecuánime del agua entre los labradores, un bien escaso que hay que saber gestionar, y de la idea de comunidad que conlleva, ya que son los propios regantes los que se organizan de forma completamente independiente. Las acequias riegan una superficie de 3.471 hectáreas de huerta de 23 municipios, con alrededor de 11.000 regantes.

Este tribunal sigue vigente y se reúne cada jueves del año, salvo festivos, en la catedral de Valencia. Ha sido declarado Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad en 2009 por la UNESCO.

Si tuviésemos que hablar aquí de todas las obras hidráulicas realizadas en la península Ibérica, tendríamos que empezar por los romanos que destacaron, entre otras cosas, con la traída de agua a las ciudades que comenzaron a fundar, alrededor del siglo II a. C., de cuyos ejemplos podemos mencionar al monumental Acueducto de Segovia, alguno de cuyos tramos, después de cerca de XXIII siglos, siguen en pie.

No pretendemos ahora redactar una historia detallada de los trasvases realizados en España, bástenos con señalar los que más destacan por su escala: el trasvase Tajo-Segura, los trasvases del Ebro a Tarragona, al Nervión —para abastecimiento de Bilbao— y al Besaya y los trasvases Guadiaro-Guadalete y Negratín-Cuevas de Almanzora.

De ellos, el más importante por su magnitud y repercusiones es el Trasvase Tajo-Segura que afecta a las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla-La Mancha, Madrid, Extremadura, Valencia, Murcia y Andalucía. El volumen máximo que la Ley permite trasvasar es 600 hm³/año, que se destinan al abastecimiento humano y a regadíos, aunque también autoriza a trasvasar una cantidad adicional a la cuenca del Guadiana para suministrar agua al Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y a las poblaciones de la cuenca alta.

El agua para abastecimiento, fundamentalmente gestionada por la Mancomunidad de los Canales del Taibilla, atiende a una población de dos millones, cuatrocientas mil personas, que durante la época estival llega a superar los tres millones. La destinada a regadío permite el suministro de unas ciento cincuenta mil ha, distribuida entre las vegas del Segura, Mula y su comarca, Lorca y valle del Guadalentín, riegos de levante, saladares de Alicante, Campos de Cartagena y valle del Almanzora en Almería, regando cultivos de alto valor añadido que realizan un uso muy eficiente del agua.

En España, la superficie de regadío totaliza algo más de tres millones setecientas mil ha, que vienen a ser un 7% de la superficie del territorio y casi la quinta parte de la superficie agraria útil. A pesar de que puede ser una dimensión relativa reducida, la intensidad productiva de las tierras regadas y la importancia de los capitales invertidos en las mismas, explican que se obtenga algo más de 35% del Producto Bruto Agrícola. Una buena parte de los regadíos se abastecen con aguas superficiales, procedentes de los embalses de los grandes ríos españoles y de las que se captan directamente de sus caudales. Alrededor de un millón de hectáreas, casi una tercera parte son los regadíos históricos, anteriores a los años 50 del siglo pasado. Otro millón de hectáreas son los regadíos debidos a las grandes obras hidráulicas realizadas durante la dictadura del General Franco. El tercio restante se corresponde con los regadíos con aguas generalmente subterráneas procedentes de extracciones y galerías, caso de Canarias, y de titularidad predominantemente privada.

Lo señalado supra nos hace reflexionar sobre la conveniencia de seguir en la línea que se ha venido actuando, aunque haya que hacerlo con una gestión del agua mucho más eficaz y eficiente, que incluya el estricto cumplimiento de la Ley para evitar el crecimiento ilegal e indiscriminado de los regadíos que provoque aumentos del consumo ilegal del agua.

V. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS OBRAS HIDRÁULICAS QUE SE HAGAN EN ADELANTE

Tanto si se trata para el consumo humano, como destinados a la agricultura, no estamos de acuerdo de que una buena gestión del agua sea sinónimo de un retroceso de lo hasta ahora avanzado por la población, por lo que no identificamos buena gestión con restricciones al consumo, sino que la identificamos más con eficiencia en el transporte de agua desde sus fuentes hasta los puntos de consumo y un eficiente empleo de la misma consiguiendo que no se utilice para el riego más agua de la estrictamente necesaria¹⁶ con la tecnología actual. A día de hoy, se considera que un 40% del agua captada y almacenada se pierde entre el transporte y por la ineficiencia en los riegos por el empleo de técnicas hoy día obsoletas, por

¹⁶ Dentro de la utilización eficiente de los recursos, la reutilización y reciclado de aguas residuales para utilizarlos como aguas para riego es una de las posibles propuestas.

lo que los futuros Planes Hidrológicos que se redacten deben ser resueltos con mucho más detalle y precisión, además procurando una vigilancia y control exhaustiva para evitar los abusos.

Lo que debemos negarnos es a ser retrógrados y volver a la Edad Media en cuanto al uso del agua, aunque algunos de los ecologistas al uso estén dispuestos a que todo lo avanzado se dilapide absurdamente. Estamos convencidos de que el desarrollo humano no tiene por qué estar reñido con el respeto a la naturaleza y al medio ambiente.

Un Dermatólogo y Epidemiólogo, Dr. D. Juan Bautista Egea, compañero mío de trabajo durante muchos años, solía decir que *en España, los que han hecho más por la sanidad y la salud de los españoles eran los Roca*¹⁷, por ello decir que los españoles consumimos demasiada agua en nuestra higiene personal, solo nos indica que, en otros países o en otras regiones se lavan mucho menos que nosotros —lo que resulta bastante lamentable— y, en muchos de esos países, salta a la vista nada más visitarlos, puedo dar fe de ello. No debemos plantearnos siquiera reducir la higiene de los ciudadanos, a lo que son muy aficionados algunos grupos ecologistas al uso. Educando correctamente a la población, estamos seguros que, sin que sufra una costumbre tan higiénica, podemos alcanzar la eficiencia en el consumo de agua para la higiene personal con solo un poco de educación.

Y en cuanto al riego agrícola, conociendo los saludables beneficios de la Dieta Mediterránea (el aumento de la expectativa de vida de la población española es espectacular) y el éxito de nuestras exportaciones de hortalizas, verduras y frutas en toda Europa, además del porcino ibérico y el aceite de oliva, no es insensato procurar que la superficie agrícola puesta en regadío siga creciendo de forma prudente siempre que reconozcamos los límites de nuestra capacidad de disposición de agua para el riego necesario. Por consiguiente, hay que educar para que el consumo sea el preciso, sin que haya despilfarro de agua, por lo que, si sabemos que en el transporte del agua se puede perder hasta el 40% del volumen que se transporta, lo que hay que hacer no es poner restricciones al consumo, sino un Plan Hidrológico Nacional que resuelva estos defectos, promoviendo un Pacto de Estado sobre el Agua alcanzado por todos los ciudadanos de toda España a través de sus representantes, para que a nadie se le ocurra hacer lo que se hizo con el trasvase del Ebro en 2004 y, durante años, se lleven a cabo las obras hidráulicas necesaria para que tengamos agua suficiente para poder equilibrar y estabilizar nuestra forma de vida sin sacrificios innecesarios.

VI. LA OPINIÓN DE LAS ONGS

A pesar de lo que venimos manteniendo, las ONGs. suelen ser muy contrarias, como en casi todo lo que se refiera al medio ambiente, a las obras públicas y, en concreto a los trasvases entre las cuencas hidrográficas intercomunitarias, incluso entre las Demarcaciones Hidrográficas dentro de las distintas cuencas comunitarias. La tendencia a paralizar la evolución natural de la vida sobre la Tierra, que es una ley universal en el Cosmos, parece estar en el ADN de las ONGs.

Cualquier posibilidad de utilizar los recursos naturales para procurar un desarrollo sustentable de la humanidad, les parece condenable, cuando no lo es, en modo alguno.

La ONG WWF, en su informe **Trasvases: del mito a la realidad. Trasvases intercuenas y escasez de agua**. WWF Global Freshwater Programme. P.O. Box 7 3700aa Zeist. The Netherlands. Título original: *Pipedreams? Interbasin wáter tranfers and water shortages*. Traducción al castellano: Juan Seco, realiza un furibundo ataque a lo que suene a trasvase. Las conclusiones de ese Informe, retratan muy claramente la fobia de la ONG por los trasvases y, por su interés, las transcribimos a continuación:

¹⁷ Se refería a los aparatos sanitarios de la marca comercial Roca que, según él, el aumento de la higiene que habían procurado a los hogares españoles es el vector que más había incidido en la salud de los ciudadanos.

«6 Conclusiones y recomendaciones

Lo que sabemos de los IBT¹⁸ hasta la fecha debería bastar para que suenen todas las alarmas cuando un gobierno considera este tipo de proyecto. A pesar de las lecciones que debíamos haber aprendido por experiencias previas con IBT, muchos de los encargados de tomar decisiones siguen viéndolos como una solución técnica a los desequilibrios que se aprecian en la distribución de agua. Así, por ejemplo, un artículo del Hydrological Sciences Journal de 2005 afirmaba que “el trasvase inter-cuencas en la India es una opción a largo plazo para corregir la desajuste espacial y temporal entre la disponibilidad del agua y la demanda, debida principalmente al clima monzónico” (Jain et al., 2005).

Este es un punto de vista simplista, basado en la idea de que se puede trasladar, sin impactos sociales y medioambientales considerables, agua desde lugares que se considera que tienen “excedentes de agua” a zonas donde ésta escasea. Este es el “mito” que da título a la presente publicación.

La realización de IBT, más que corregir lo que se percibe como un desequilibrio hídrico, suele alterar el delicado equilibrio hídrico que existe tanto en la cuenca cedente como en la receptora. Normalmente en la realización de un IBT se pasan por alto los impactos que a corto, medio y largo plazo produce el trasvasar agua de una comunidad (la cuenca cedente) para suministrarla a otra (la cuenca receptora).

No se puede negar el hecho de que la escasez de agua es un serio problema para grandes grupos de población, y esto se ve agravado cada vez más por el cambio climático. Las carencias de agua pueden ser producto de una serie de factores, además de la sequía. Entre estos están la superpoblación de zonas naturalmente pobres en agua, la sobreexplotación de recursos hídricos locales, las prácticas agrícolas inapropiadas, el despilfarro de agua, etc. Así pues, la cuestión de cómo satisfacer la demanda de agua en zonas sometidas a estrés hídrico sigue requiriendo una respuesta urgente.

WWF constata que, aunque en determinadas circunstancias los IBT locales pueden desempeñar un papel importante (por ejemplo, en el abastecimiento de agua potable a núcleos de población), las ventajas de muchos trasvases a gran escala todavía en borrador son cuestionables. En el pasado, muchos IBT han causado en ecosistemas de agua dulce daños desproporcionados en relación con los beneficios obtenidos. Los impactos sociales y económicos, en especial sobre la cuenca cedente, son también, por lo general, inaceptables.

Por la magnitud de muchos de estos planes, es raro que un IBT a gran escala pueda satisfacer la demanda de agua con una buena relación eficacia-coste. Debe pensarse también que en muchos casos la puesta en marcha de un IBT no anima al consumidor a hacer un uso más eficiente del agua, con lo que continúa el derroche.

WWF cree que todo nuevo plan de trasvase entre cuencas ha de enfocarse de acuerdo con los principios establecidos por la Comisión Mundial sobre Presas (2000).

En primer lugar, esto implica que todo proyecto debe someterse a una evaluación de “Necesidades y Opciones” y a unos análisis detallados de los riesgos y de la relación coste-beneficio, que tengan en cuenta toda la serie de impactos medioambientales, sociales y económicos que pueden producirse.

Como se expone en la sección 5 de este informe, a la hora de examinar las alternativas a un IBT, WWF recomienda el siguiente enfoque por pasos, a aplicarse a nivel de toda una cuenca fluvial mediante un proceso integrado de planificación. Se deben considerar las alternativas en el orden siguiente:

- 1. Reducir la demanda de agua;*
- 2. Reciclar las aguas residuales;*
- 3. Complementar localmente el suministro de agua; y solo después de esto,*
- 4. Considerar el trasvase como la última opción.*

¹⁸ IBT: Trasmases Inter Cuencas

WWF cree que en muchos casos los pasos anteriormente propuestos son suficientes para garantizar seguridad en el suministro dentro de una cuenca fluvial.»

En primer lugar, generalizar es siempre indeseable. Nunca hemos sido demasiado partidarios de seguir las recomendaciones de las ONGs ecológicas porque, al leer sus informes, más que propuestas sensatas, hemos encontrado integrismo ecológico injustificado y primitivismo, o adanismo, como ahora se le suele llamar, muy lejos del hecho real de que los humanos somos, al menos, una más de las especies que habitamos el Planeta y algún impacto tenemos que causar sobre la superficie de la Tierra que, si es un impacto inteligentemente controlado, no es peor del que pueden causar las bacterias y algas primigenias, las termitas, cuando construyen sus termiteros, o el control sobre las poblaciones de algunas especies cuando, por la acción de sus depredadores naturales, se mantienen en una cantidad controlada, sin que proliferen en demasía en contra de lo que pasaría si no tuvieran esos depredadores.

No nos parece mal que controlemos nuestras acciones, pero siempre que ello nos permita desarrollarnos como especie y que las alteraciones que produzcamos sean lo menos invasivas posible. Pero el hecho de que podamos equilibrar el estrés hídrico de algunas zonas de nuestro país trasvasando aguas de unas cuencas a otras no nos parece una tragedia, al contrario, si podemos y tenemos tecnología adecuada para ello, debemos intentar evitar desertizaciones absurdas en situaciones geográficas que no deberían tener motivo de escasez de agua. El Planeta Tierra, con su troposfera incluida, es, como todo el Universo, un astro en permanente evolución que va cambiando por el transcurso de tiempo. Cambia hasta su superficie por la acción de fuerzas que nos son totalmente ajenas y no podemos pararnos.

VII. EL SISTEMA QUE PROPONEMOS

Es posible que aquí pudiéramos aplicar aquel brocardo que nos dice: *«Qod natura non dat, Salamantica non praestat»*; no obstante creemos que todos los seres vivos, con su mera existencia, modifican en alguna medida el medio en el que se desenvuelven y nosotros no somos más que una de esas especies y la naturaleza nos permite modificar nuestro medio, siempre y cuando las modificaciones que introducimos no empeoren lo que nos encontramos.

El pasado día 14 de mayo del año en curso, el diario ABC publicó en su página 14, de Opinión, un artículo del periodista D. Antonio Garrido Buendía, titulado “Nueva España Invertebrada”, cuyo resumen exponía que *«la intercomunicación reversible de todas las cuencas hidráulicas supondría una vertebración efectiva de España. Sería como una tela de araña de la nación»*. La intención de Garrido Buendía era política, por supuesto, pero venimos manteniendo lo mismo, aunque, en mi caso, con una intención de eficiencia hidrológica, sin perjuicio de que también opere políticamente.

En efecto, se trataría de interconectar todos *nuestros pantanos*, no los cursos fluviales, de una forma que fuese reversible, es decir, que el agua pudiera circular en ambos sentidos, de tal suerte que cuando uno se llene de agua, en lugar de desembalsar agua, tirándola al mar y provocando en el trayecto desde el pantano hasta la costa inundaciones indeseables que arruinan a los ciudadanos de los municipios que se encuentre a su paso y anegando los campos cultivados que haga que se pierdan las cosechas, se pueda desembalsar el agua en beneficio del siguiente pantano que no se encuentre al límite de capacidad, de forma que se pueda equilibrar el nivel de todos ellos sin que se tenga que verter una sola gota al mar, de esa manera no se desperdiciará ni una sola gota del agua embalsada. Se trata de un sistema de *vasos comunicantes* que permita mantener una excelencia en el nivel en todos los embalses, se sitúen en el lugar de la península en el que se sitúen, salvando de esa forma el desequilibrio que la variable pluviosidad que la superficie de España sufre a causa de los diversos climas que tiene nuestra nación se reequilibre aceptablemente.

No se trata de una obra de días, meses o unos pocos años, aquí valen las palabras que pronunció el Diputado Socialista Indalecio Prieto, cuando, en 1934, defendió en el Congreso de los Diputados la conveniencia del Trasvase Tajo-Segura, aunque ahora sería mucho más ambicioso y, si contara con Pacto de Estado previo, todas las fuerzas políticas se avendrían a ello y, durante muchos años se realizarían las obras necesarias para lograrlo sin que nadie intentase hacer política con la necesidad de agua que tiene más de media España con respecto a la otra media. Tan solo cuando cada uno de los pantanos estuviera a punto de haber embalsado una cantidad cercana a su capacidad total de embalse de agua, es el momento en que comenzaría a desembalsar a través de los canales que lo conectan con los otros adyacentes y a éstos, con los siguientes más cercanos, evitando de esa manera que se desperdiciara el agua excedente ya embalsada, vertiéndola al mar. De la misma manera se iría operando con los siguientes de los embalses. Solo se vertería hacia el mar un volumen que podemos llamar ecológico, para salvaguardar los sistemas de deltas o marismas que tengan algunos ríos y se mantengan sin variación los sistemas naturales de desembocadura que existan.

Sería bastante extraño que aquellos embalses situados en lo que hemos dado en llamar la España seca, llegaran a superar, en algún momento, su máxima capacidad, aunque si así ocurriera, sería el momento de desembalsar el agua sobrante por sus aliviaderos y, llegados a los últimos pantanos, verterla al mar; esto último ocurrirá con muy poca frecuencia, si es que alguna vez llega a darse el caso.

Hay que llevar al conocimiento de todos los españoles que *el agua es un bien escaso que pertenece a todos*, no debería tener propietarios privados, sea cual sea el lugar donde llueva, haya un afloramiento o una fuente. Nadie puede tener preferencia para el uso del agua, que debe considerarse un derecho básico y elemental de todos los ciudadanos y que deben poder disfrutarlo todos por igual, sin ninguna distinción.

Esa vertebración de España se puede conseguir cuando, al unir esa tela de araña que forman los canales que interconecten todos los embalses, en ninguno de ellos se conozca, a ciencia cierta, el origen del agua que embalsa ya que la interconexión provoca que todos los embalses contengan alguna cantidad de agua de todos los demás, tal como ocurre en un sistema de vasos comunicantes.

Para ello se requiere que exista un gran consenso entre todas las fuerzas políticas y todos los ciudadanos, como ocurrió durante la transición con el cambio político desde una dictadura a una democracia, que de lugar a un Pacto del Agua, es decir, a un pacto nacional que permita que los sucesivos Gobiernos que obtengan el poder en España, durante el tiempo que sea preciso, tengan como objetivo ecológico prioritario ir desarrollando el Pacto del Agua hasta alcanzar la meta de interconectar todas las cuencas hidrográficas a través de todos los embalses de agua, durante el número de años que sea necesario, en función de la marcha de la economía nacional, sin que en ningún momento se paralicen las obras por ningún motivo.

Además de ir creando un sentimiento nacional, que buena falta hace, al final se solucionaría el problema de la falta de agua que tradicionalmente vienen sufriendo muchos territorios en España, sin que importe su origen porque el agua es de todos y a todos debe llegar.

Y, en conclusión, junto con el reequilibrio hídrico que se podría conseguir interconectando todos los embalses de forma reversible, el disponer de agua suficiente en toda España peninsular permitiría la repoblación de especies arbóreas que ya propusimos¹⁹ como medio para combatir el excesivo vertido de CO₂ y otros gases de efecto invernadero a la atmósfera, se podría ayudar a revertir el cambio climático que hoy amenaza a nuestro planeta y, consecuentemente, a España. Aunque solo fuera por ese motivo, valdría la pena intentarlo. Y por último, se conseguiría crear durante mucho tiempo un considerable número de puestos de trabajo que España necesita, como agua de mayo, y nunca mejor dicho.

¹⁹ CUENCA LÓPEZ, L. J.: Acuerdos de París y calentamiento global. Revista REDS, nº __, 2017. Edit. Dykinson. ISSN: 2340-4647. Madrid, 2017.

Algunas personas que tengan la paciencia de leer el presente artículo pensarán que se propone de una utopía irrealizable, pero estamos convencidos de que, aún constituyendo de la obra pública hidráulica más importante de las que se hubieran llevado a cabo jamás en España, es una obra absolutamente realizable, por mucho tiempo que se pueda tardar en construir y, sin embargo, los beneficios que se obtendrían de ella son los que le están haciendo falta a este país con tantos desequilibrios hidrológicos como problemas de desvertebración tiene.

Luis Javier Cuenca López

REFERENCIAS

CUENCA LÓPEZ, L. J.: Acuerdos de París y calentamiento global. Revista REDS, nº 11, junio de 2017. Edit. Dykinson. ISSN: 2340-4647. Madrid, 2017.

EL TRASVASE TAJO-SEGURA. Gobierno de España, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

LIBRO BLANCO DEL AGUA. Gobierno de España, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Madrid, dic. de 1998.

MAPA CLIMÁTICO DE LA PENÍNSULA IBÉRICA E ISLAS BALEARES, 1971-2000: Agencia española de Meteorología e Instituto de Meteorología de Portugal.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. 1ª edición. Edit. Crítica, S. L. ISBN: 978-84-9892-466-4. Barcelona, 2012.

PLAN NACIONAL DE OBRAS HIDRÁULICAS DE 1933:

[http://hercules.cedex.es/informes/planificación/1933-plan nacional de obrashidráulicas/default.htm](http://hercules.cedex.es/informes/planificación/1933-plan_nacional_de_obrahidraulicas/default.htm)

SUPERFICIE DE REGADÍO EN ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento, Instituto Geográfico Nacional.

WWF: *Trasvases: del mito a la realidad. Trasvases inter-cuencas y escasez de agua*. WWF Global Freshwater Programme. P.O. Box 7 3700aaZeist. The Netherlands. Título original: *Pipedreams? Interbasin wáter tranfers and water shortages*. Traducción al castellano de Juan Seco. www.panda.org/freshwater

ACCESO A COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES: NUEVO CRITERIO. COMENTARIO A LA STJUE (GRAN SALA) C-207/16, DE 2 DE OCTUBRE DE 2018, SOBRE ACCESO DE LAS AUTORIDADES NACIONALES A LOS DATOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE UN DELITO Y UMBRAL DE GRAVEDAD DEL DELITO QUE PUEDE JUSTIFICAR EL ACCESO A LOS DATOS

Laura Caballero Trenado
Doctora en Ciencias de la Comunicación
Graduada en Derecho
Profesora de la UNIR

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018
Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018

RESUMEN: El TJUE resuelve en la Sentencia *C-207/16*, de 2 de octubre de 2018, una cuestión prejudicial planteada por una Audiencia Provincial española y aboga por el criterio de proporcionalidad. Conforme a este principio, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos solo puede justificar una injerencia grave el objetivo de luchar contra la delincuencia que a su vez esté también calificada de grave. En cambio, cuando la injerencia que implica dicho acceso no es grave, puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir delitos en general. El TJUE opta aplicar un principio de proporcionalidad para el acceso de las autoridades públicas a los datos que permitan identificar a los titulares de las tarjetas SIM de un móvil sustraído, como los nombres, los apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares, al considerar que, el acceso limitado únicamente a los datos cubiertos por la solicitud controvertida no puede calificarse de injerencia grave en los derechos fundamentales de los datos de los investigados cuyos datos se ven comprometidos. En la tesitura entre seguridad y libertad, esta Decisión bascula una ponderación en favor de la primera, lo que implica un cambio de criterio.

ABSTRACT: The CJEU resolves in Judgment *C-207/16*, of October 2, 2018, a preliminary ruling submitted by a Spanish Provincial Court and advocates the proportionality criterion. In accordance with this principle, in the field of prevention, investigation, discovery and prosecution of crimes, the objective of combating crime, which in turn is also qualified as serious, can justify serious interference. On the other hand, when the interference implied by such access is not serious, it may be justified by the objective of preventing, investigating, discovering and prosecuting crimes in general. The CJEU opts to apply a principle of proportionality for the access of public authorities to the data that allows identifying the holders of the SIM cards of a stolen mobile, such as names, surnames and, where appropriate, the addresses of those holders, considering that access limited only to the data covered by the contested application can not be classified as a serious interference with the fundamental rights of the data of those investigated whose data are compromised. In the position between security and freedom, this Decision tilts a weight in favour of the first, which, therefore, implies an overruling.

PALABRAS CLAVE: Secreto de las comunicaciones; datos personales; principio de proporcionalidad.

KEYWORDS: Secret of Communications; Personal Data; Principle of Proportionality.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve exégesis de la Resolución: cuestiones procesales y sustantivas. 2.1. Sobre las cuestiones de carácter procesal. 2.2. Sobre las cuestiones de índole sustantiva. 3. Conclusiones. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

En apretada síntesis, la presente Sentencia resuelve una cuestión prejudicial¹ planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona en abril de 2016.

La cuestión elevada al TJUE por el órgano jurisdiccional español tiene como trasfondo un procedimiento relativo al robo con violencia de un teléfono móvil, donde la Policía Judicial solicitó al juez instructor que se ordenase a diversos proveedores de servicios de comunicaciones la identificación durante un periodo de tiempo concreto de los datos personales de los posibles titulares o usuarios de números correspondientes a la tarjeta SIM del móvil robado relacionadas con el código IMEI de dicho equipo.

Las dudas que el juez instructor plantea al juzgador europeo son las siguientes. En primer término, ¿la suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda imponerse al delito que se investiga o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva particulares niveles de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos?

En segundo lugar, si se ajustara a los principios constitucionales de la Unión, utilizados por el [Tribunal de Justicia] en su sentencia de 8 de abril de 2014 [*Digital Rights Ireland* y otros, *C-293/12* y *C-594/12*] como estándares de control estricto de la Directiva, la determinación de la gravedad del delito atendiendo solo a la pena imponible ¿cuál debería ser ese umbral mínimo? ¿Sería compatible con una previsión general de límite en tres años de prisión?

La Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas² establece que los Estados miembros pueden limitar los derechos de los ciudadanos cuando tal limitación constituya una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la defensa y la seguridad pública, o garantizar la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas.

El Pronunciamiento que aquí comentamos es muy relevante, por cuanto las cuestiones planteadas por el órgano instructor español no son baladí, habida cuenta del parco marco normativo con el que cuenta, de ahí que la doctrina jurisprudencial, rica en un lenguaje poroso, voluble y lábil sea tan relevante para la delimitación del *iter* conceptual del contenido y alcance del derecho al secreto de las comunicaciones, “un clásico derecho de libertad-autonomía”³, por cuanto es más abierto a la adecuación con la realidad social.

Para una parte de la doctrina consolidada, este derecho operaba como un “límite infranqueable”⁴, salvo autorización judicial, pero esta Sentencia demuestra que, ante la tesitura entre seguridad y libertad, el criterio está cambiando. Si hasta ahora el TJUE había dado pasos firmes en la ponderación de las “circunstancias concurrentes para evitar

¹ Este mecanismo permite que los tribunales de los EE.MM., en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al TJUE acerca de la interpretación del Derecho de la UE o sobre la validez de un acto de la Unión. El TJUE no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del TJUE.

² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11).

³ ARAGÓN, 2011, p. 190.

⁴ COSTAS, 2018, p. 18.

un predominio indebido de una u otra que pueda desembocar en una injusticia”⁵, como se desprende de la tesis mantenida con ocasión de los pronunciamientos contenidos en los casos *Tele2 Sverige* y *Watson*, en la Sentencia objeto de análisis exhibe una actitud hipergarantista y es el bien jurídico seguridad, como tendremos ocasión de ver, el bien jurídico que resulta reforzado.

2. BREVE EXÉGESIS DE LA RESOLUCIÓN: CUESTIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

2.1. Sobre las cuestiones de carácter procesal

El *iter* procesal del presente Pronunciamiento, una Decisión de la Gran Sala, órgano colegiado compuesto por quince jueces cuya actuación está prevista *ex* artículo 16 del Estatuto del TJUE “cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Unión que sea parte en el proceso” comienza con la admisión a trámite del auto remitido por el juez español.

El Alto Tribunal europeo avala *ab initio* su admisión a trámite. Así lo justifica en el Apdo. 46 de la Sentencia:

“En el presente asunto, el auto de remisión contiene los elementos de hecho y de Derecho suficientes tanto para la identificación de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en las cuestiones prejudiciales como para entender el alcance de estas cuestiones. En particular, del auto de remisión se desprende que las cuestiones prejudiciales planteadas tienen por objeto permitir al tribunal remitente apreciar si la norma nacional en la que se basa la solicitud de la Policía Judicial controvertida en el litigio principal persigue un objetivo que puede justificar una injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, y en qué medida. Pues bien, según ese mismo tribunal, dicha norma nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58, de modo que la Carta resulta aplicable en el litigio principal. Así, las cuestiones prejudiciales guardan una relación directa con el objeto del litigio principal y, por tanto, no pueden considerarse hipotéticas”.

2.2. Sobre las cuestiones de índole sustantiva

El Tribunal entra a examinar de forma conjunta las dos preguntas formuladas por el juzgador español. Al respecto, el Alto Tribunal europeo sostiene que:

“En cuanto a la existencia de una injerencia en los derechos fundamentales, procede recordar que, como señaló el Abogado General en los puntos 76 y 77 de sus conclusiones, el acceso de las autoridades públicas a estos datos constituye una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 7 de la Carta, incluso a falta de circunstancias que permitan calificar esta injerencia de ‘grave’ y sin que sea relevante que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia. Tal acceso también constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de los datos personales garantizado por el artículo 8 de la Carta, puesto que constituye un tratamiento de datos personales [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU: C: 2017:592, apartados 124 y 126 y jurisprudencia citada]”. (Apdo. 51)

El Alto Tribunal recoge en la *ratio decidendi* de esta Sentencia doctrina anterior que a su vez acoge las excepciones al principio de confidencialidad, que se sustentan en el precepto 15, apdo. 1, de la Directiva 2002/58. Recuerda el tribunal en esta ocasión que el catálogo de objetivos que pueden justificar este quiebro tiene un carácter exhaustivo:

“Por lo que respecta a los objetivos que pueden justificar una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que regula el acceso de las autoridades públicas a los

⁵ BANACLOCHE *et al.*, 2011, p. 167.

datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas y, por tanto, establece una excepción al principio de confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, cabe recordar que la enumeración de los objetivos que figuran en el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58 tiene carácter exhaustivo, de modo que dicho acceso ha de responder efectiva y estrictamente a uno de ellos (véase, en este sentido, la sentencia *Tele2 Sverige y Watson y otros*, apartados 90 y 115)". (Apdo. 52)

Sin embargo, en pronunciamientos anteriores (por todos, *Tele2 Sverige y Watson*) a la calificación de exhaustividad, en una interpretación que abogada sin ambages por interpretar el precepto como un *numerus clausus*, la injerencia que supone el acceso a datos personales era posible en el marco de delito graves. Ahora, sin embargo:

"[...] puede estar justificada por el objetivo de prevenir, investigar, descubrir y perseguir «delitos» en general, al que se refiere el artículo 15, apartado 1, primera frase, de la Directiva 2002/58, sin que sea necesario que dichos delitos estén calificados como «graves»" (Apdo. 62)

A esta conclusión, que matiza sus tesis anteriores, llega tras alambrazar esta cuestión en los apartados 53 a 57, el núcleo de la *ratio decidendi* de la presente Resolución. En particular:

"[...] el Tribunal de Justicia ha motivado esa interpretación basándose en que el objetivo perseguido por una norma que regula este acceso debe guardar relación con la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales en cuestión que supone la operación (véase, en este sentido, la sentencia *Tele2 Sverige y Watson y otros*, apartado 115)". (Apdo. 55)

Tanto a las cuestiones sobre el sentido de la norma y el umbral de los delitos responde el TJUE en el Apdo. 63, que cierra la fundamentación jurídica contenida en esta Decisión:

"Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, como los nombres, los apellidos y, en su caso, las direcciones de dichos titulares, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de estos, consagrados en los citados artículos de la Carta, que no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave.[...]"

A tenor de lo expuesto, para el Órgano jurisdiccional europeo el precepto 15 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares (y su *corolario*) de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de éstos, consagrados en los citados artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales, que no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave.

3. CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad, influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, es consustancial a los pronunciamientos del TJUE sobre la concreta cuestión del acceso a las comunicaciones y la posible afectación de los derechos fundamentales.

Este principio rector ha permeado en los órganos jurisdiccionales nacionales y ha cristalizado en la interiorización de la aplicación de un presupuesto triple -de legalidad, material y justificación teleológica-.

Al estar ayuno este sector normativo de la proporcionalidad, este presupuesto -de configuración jurisprudencial-, va a operar como un criterio determinante para enjuiciar la restricción de derechos fundamentales en los procesos penales.

Por ejemplo, en España, con un marco legal parco e insuficiente, los concretos requisitos del principio de proporcionalidad -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- han operado como condiciones *sine qua non* para que el juez motivara la concesión o denegación de una medida restrictiva sobre derechos fundamentales.

Sin embargo, hasta ahora, todo se asentaba y justificaba en la gravedad de los delitos. En este sentido, si en ocasiones anteriores (por todas, *Tele2 Sverige* y *Watson*) la clásica dicotomía entre la seguridad y la libertad había basculado en favor de esta última, en la Sentencia presente el TJUE se decanta por la primera.

De esta Resolución se derivan importantes consecuencias jurídico-procesales y jurídico-sustantivas. Así, en relación a las primeras, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, todos los tribunales nacionales deben seguir este criterio. En relación a las segundas, al matizar la interpretación de una norma (en este caso, un precepto de una Directiva) éste se entenderá interpretado en el sentido que ha plasmado el TJUE en esta Resolución de Gran Sala. E, igualmente, opera a partir su publicación en el Instrumento precitado.

REFERENCIAS

Aragón Reyes, M. *Derechos fundamentales y su protección*. Pamplona: Ed. Civitas. Madrid, 2011

Banacloche Palau, J. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. Madrid: Ed. La Ley. Madrid, 2011

Costas Rodal, L. *Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso*. Pamplona: Ed. Aranzadi. Madrid, 2018

ASPECTOS JURÍDICO-CIENTÍFICOS DE LA CRIÓNICA EN SERES HUMANOS.

El derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce...)

Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil
Director Departamento de Derecho privado
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

LLEDÓ YAGÜE, Franciso e INFANTES ESTEBAN, Susana. **Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos. El derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce....)** Dykinson, Madrid, 2019.

Estamos en presencia de un libro pionero, sugerente, diferente, y que cumple uno de los referentes más significativos en la investigación, precisamente ser creativos, generador de reflexiones y conocimiento, con lo que suscita inmediatamente el interés del lector.

Efectivamente, la actualidad de la temática, la profesionalidad y competencia en el conocimiento de la materia por los autores, provoca desde la primera página hasta el final, una atención como si se tratara de un novela bien argumentada, desarrollada y consecuentemente bien resuelta.

En nuestro caso, el libro tiene todos los ingredientes que provoca la atención cómplice del lector. En primer lugar, una temática (explicado en argot periodístico) de rabiosa actualidad, nada más y nada menos que la “Criogenización del cuerpo humano fallecido”, y algo sorprendente para todos, los hipotéticos e inciertos “derechos” del ser (pensamos desde la utopía y la fantasía) resucitando a la vida ¿qué vida?, ¿la que tuvo? ¿una nueva? En fin, todo es sorprendente, sorpresivo, y seductoramente desencadenante de problemas jurídicos, éticos, médicos, etc., de indudable interés.

No podemos más que felicitar a los autores, porque es la primera obra en la literatura jurídica y científica que se adentra con profundidad, rigor y competencia en los innumerables interrogantes que esta materia plantea al ciudadano.

Es posible ¿la eternidad? ¡Qué fantasía!, ¿Se puede retrasar el envejecimiento?, ¿Se conseguiría alcanzar, el elixir de la eterna juventud? Mito y/o farsa, que ha despertado el interés de la mayoría de los autores, desde tiempo inmemorial.

En fin, el libro consta de dos partes claramente diferenciadas. Por un lado el desarrollo, explicación y consideración de un “espacio jurídico de reflexión”, que nunca se había llevado a cabo hasta ahora. Y por otro lado, una conveniente explicación científica de investigaciones en el campo de la “criogenia”, y es porque como dice la Dra. Infantes, estamos en presencia de un reto singular de expectativas inciertas y que el Derecho “que nace del hecho (*ius non oritur ius*) se enfrenta en una transformación espectacular en base a su influencia en la Biotecnología, en la Epigenética, en la reprogramación celular artificial. Se dice, que pronto la inteligencia artificial el código binario vencerá los límites del código genético, y el hombre se convertirá en un proyecto de “ser eterno...”.

Explica la Dra. Infantes que a lo largo de la historia la inmortalidad ha sido una de las preocupaciones para la humanidad. Ya no es suficiente permanecer más joven con el uso de drogas, ejercicio y cirugías; el ser humano no quiere dejar de existir. Por esta razón, los fundadores de Google creen que en algún momento los humanos se fusionarán con los robots y la muerte no tendrá sentido. Se está invirtiendo en numerosos proyectos y junto con la farmacéutica Abbvie están desarrollando el proyecto Calico. Parece ser que está creando un medicamento antienvjecimiento que imite a FoxO3. El gen FoxO3 es uno de los pocos genes que se conserva evolutivamente y tiene un gran impacto sobre la edad y el envejecimiento. Pretenden “curar la muerte”.

Desde un punto de vista bioquímico la muerte no es una enfermedad, como tampoco se puede llamar paciente a un cuerpo criopreservado. La muerte es dejar de existir, es la pérdida irreversible de la función del organismo como un todo. La muerte se puede diagnosticar de dos maneras: la pérdida irreversible de la circulación y de todas las funciones del cerebro incluido el tronco encefálico. La definición más común dada por los neurólogos es que la muerte es la pérdida irreversible de la conciencia.

Podemos preguntarnos por tanto, si la alteración de estos metabolitos durante la muerte y los daños celulares con la consiguiente necrosis, serían procesos irreversibles e irreparables en el caso de que un cuerpo crioconservado se reviviera.

En cuanto a la crioconservación del cuerpo, no tiene sentido llevarlo a cabo para un posible “avivamiento” en el futuro. Con la clonación sería mucho más eficaz y económico crear un cuerpo nuevo y sano que reparar un cuerpo viejo y dañado. ¿Quién querrá volver a vivir con un cuerpo que ha pasado por enfermedades, con tejidos dañados por el envejecimiento o factores externos y con su ADN mutado, con una programación genética arcaica y predispuesta a las mismas enfermedades ya sufridas? El símil en la vida cotidiana sería quién prefiere reparar su coche viejo a comprarse un coche nuevo con los últimos adelantos tecnológicos. Sin embargo la crioconservación del cerebro sí sería necesaria para preservar la personalidad, la memoria y las habilidades adquiridas durante la vida.

En cuanto a otras tecnologías más prometedoras, podríamos pensar, dice la autora en la investigación con células pluripotentes inducidas para reemplazar los propios órganos, según la regeneración celular. El inconveniente que podría llevar consigo es que el ADN al seguir intacto mantendría la misma información genética que contendría el gen o genes que llevaron a un determinado órgano a su mal funcionamiento o dejar de funcionar en el caso de enfermedades congénitas. Este tipo de avances como la congelación de órganos que no está puesto a punto aún, parecen “comodines” para no llegar a editar el genoma humano, que sí sería una buena solución y que de hecho ya se está utilizando en determinados tipos de cánceres. Y aunque existe una fuerte oposición por parte de comisiones de bioética, la edición del genoma o tecnología CRISPR es una herramienta barata y rápida para la regeneración celular; que al final es lo que interesa a las grandes corporaciones farmacéuticas. Con los avances en ingeniería informática y genética la inmortalidad del ser humano podría llegar por “volcar” su cerebro en la red. De hecho la conversión del código genético a binario que ya existe desde hace años, podría hacer posible que la personalidad y memoria de un individuo no necesitara ningún soporte biológico, ni órganos o células; tan sólo redes digitales equiparables a las redes neuronales.

En realidad, como explican los científicos, quizá lo más importante es preservar el cerebro, cuyo coste no baja de 12.000 €. Preservar el cuerpo se argumenta que no es muy coherente, habida cuenta de la posibilidad de la creación de órganos, y también se abre una posibilidad de interés creciente como es la investigación científica sobre el envejecimiento.

Precisamente éste es uno de los campos más en forma en la ciencia. Así se dice que en los últimos años se están invirtiendo cifras escalofriantes, miles de millones de tecnodólares de Silicon Valley, y donde los avances alientan un futuro en el que seamos capaces de curar muchas de las enfermedades de la vejez (así lo opina el bioquímico ISPIZUA BELMONTE);

este científico habla del envejecimiento como una enfermedad y de la posibilidad de “curarlo”.

En opinión de los autores CORDEIRO y WOOD: “grandes compañías como Amazon, Apple, Facebook, Google, IBM y Microsoft, por citar algunas, han entrado en el mundo de la medicina y de la biología, y están acelerando la revolución de la industria. Por ejemplo, Google ha creado Calico (California Life Company) una filial cuyo objetivo es «resolver la muerte»; IBM ha creado un sistema de inteligencia artificial llamado Watson que se ha convertido ya en el mejor oncólogo, capaz de analizar cualquier cáncer tan bien como, o incluso mejor que, los médicos humanos; y Microsoft ha anunciado que piensa curar en una década el cáncer tratándolo como un virus informático.

Desde una perspectiva jurídica, el debate se nos manifiesta intenso y extenso y complejo en los interrogantes jurídicos y éticos que el problema suscita a cualquier atento observador de una realidad social tan impactante y sobrecogedora. En fin, un debate apasionante pero todavía teórico entre la Bioética y la legalidad. La reflexión está abierta, y la experimentación en relación con la “medicina regenerativa” irá avanzando al compás de los logros (entendemos que en este caso, dilatados en el tiempo) con la investigación biotecnológica. Hoy por hoy, esta técnica es una “quimera” y los expertos creen que pasarán muchos años antes que esta experimentación pueda vislumbrarse que obtenga una ejecución viable.

La práctica de la criogenia consiste en preservar un cuerpo mediante su congelamiento con la finalidad de resucitarlo en el futuro. Legalmente, debe llevarse a cabo inmediatamente después que una persona ha sido declarada muerta para evitar así lesiones cerebrales que suceden rápidamente pasados los cinco a diez minutos aproximadamente luego de la muerte. El objetivo de esto es suspender la vida amenazada por una enfermedad incurable hasta tanto se logre obtener la cura a la misma. La criogenia debe ser llevada a cabo luego que una persona ha sido declarada muerta, sin embargo el cese de latidos y respiración no es equivalente a muerte biológica. Legalmente una persona es declarada muerta cuando ha ocurrido muerte cerebral diagnosticada por falta de actividad cerebral evidenciada mediante electroencefalograma.

Pero ya desde ahora, se alzan “voces” críticas y permisivas cuyas reflexiones pugnan entre los logros “utilitaristas” de la técnica, y el debate ético y jurídico. En fin, entre la ciencia y la conciencia”. Es así que pensamos que ni la medicina regenerativa más avanzada permite soñar en la actualidad con sistemas de almacenamiento de información que pudiese ser copiada y transmitida al cuerpo criopreservado. Es decir, se habla de la posibilidad que el ser humano tuviera réplicas o copias de seguridad, ¿es este un futurible sujeto de derechos?, y que consideremos que esta sobrevenida entidad biológica “revivida” tuviese capacidad jurídica....

En opinión de los autores que comparto, el principal problema que se plantea en la criogenización de seres humanos es que no existe una evidencia experimental previa que pueda garantizar de alguna forma el éxito de esta práctica.

La ciencia avanza y lo que hoy es una utopía pronto dejará de ser una fantasía, para pasar a ser una realidad viable. De hecho, existe un número importante –significativo– de “pacientes” criopreservados. La comunidad científica es consciente de la dificultad técnica de “devolver a la vida” ¿la misma, otra criónica?, al paciente crionizado. Desde luego no es contrario a la Ley criogenizar el cuerpo humano.

Debemos insistir en que el proceso de criogenizar comienza cuando a la persona queda certificada su muerte. Y la técnica de criopreservación debe llevarse a cabo inmediatamente después, de modo que si transcurren más de quince minutos desde el fallecimiento, el proceso es imposible. Si se opera dentro de ese margen de tiempo, el cuerpo debe situarse en

hielo y, en palabras médicas, “inyectar productos químicos que eviten la coagulación de la sangre”. De ahí que se explique desde un planteamiento científico que precisamente cuando la persona está muerta y la empresa criogénica es informada, envía un equipo con la intención de mantener la sangre fluyendo por el cuerpo, que es envuelto en hielo y se le inyectan crioprotectores para evitar las isquemias y coágulos.

Pero desde nuestro punto de vista, entonces habría múltiples identidades, y por ende personalidades ¡realmente absurdo ...!

Explican los autores que esta situación puramente teórica y de estricta ficción imaginativa no podría catalogarse de persona “renacida” no hay identidad genética, sería un ente programado, ya no habría individualidad biológica, ésta se destruyó con la muerte. No creemos, que pudiéramos hallar sobrevenidamente de un “renacido (volvemos a ampliar la expresión) derecho subjetivo a la vida. Lo que sólo de forma difusa y parecida “sintéticamente” pudiéramos hablar de persona (en su propia mismidad, como diría el filósofo ZUBIRI). Nos parece (y participamos de la opinión de JESUS TERAN, catedrático de Teología de la Universidad de Deusto) que la reflexión ética tiene que tomar como punto de partida los datos científicos implicados en cada desarrollo evitando caer (y es lo que aquí sucede) en el peligro de aportar –como se está haciendo– “respuestas abstractas y aprioristas”. Se está construyendo una realidad “de futuro” a través de principios apriorísticos (no están basados en construcciones científicas comprobadas). No es fácil, pero estas teorías científicas estarían atacando las características esenciales del ser humano (que existió y falleció). Y así no puede volverse a recobrar una identidad, o unidad porque el ser humano es irrepetible.....

Y entonces ¿si fuéramos capaces de copiar el cerebro humano en un programa informático, habría de futuro tantas personalidades y/o identidades como copias de seguridad?

¿Es posible legislar sobre la criogenización? La falta de normativas completas sobre asuntos como el uso de células madre, la clonación humana o la criogenización genera dudas que podrían solucionarse con leyes que marquen los límites de estas técnicas. La legislación siempre va por detrás de los avances tecnológicos. Sin embargo, algunos especialistas creen que adelantarse a estos progresos puede representar un paso positivo para marcar desde un primer momento los límites y las líneas rojas que las empresas nunca podrán traspasar.

Asuntos como la clonación humana, el uso de células madre o la criogenización llevan años generando serias dudas jurídicas por no contar con una regulación completa. La técnica de la criopreservación siempre ha estado en el punto de mira por temas morales y legales y ahora, tras la publicación de una sentencia emitida en Reino Unido, en la que un juez ha permitido la criogenización de una niña de 14 años enferma de cáncer, se ha vuelto a despertar el interés de los juristas, después de que el mismo ponente de este fallo apuntara que es esencial buscar nuevas fórmulas normativas ante los interrogantes que traerá la ciencia a los abogados. La decisión, lejos de ser un aval jurídico a este sistema de preservación, es una decisión sobre un caso que se refiere al derecho de familia. “La adolescente no quería que su padre –que la había abandonado hace ocho años– tuviera acceso a su historia clínica, que pudiera ver su cadáver ni que decidiera sobre la criogenización. El juez terminó dando la razón a la niña y a su madre”, (apunta MANUEL LOBATO, socio de propiedad industrial e intelectual de Bird & Bird). Sea como fuere, la criogenización vuelve a estar en la palestra y son muchos los juristas que entendemos que a pesar de ser una técnica que todavía no ha demostrado su validez debería contar con algún tipo de regulación.

EL PATRIMONIO RESERVABLE

Sara Muñoz González

*Doctoranda del Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada y Miembro de
Investigación de la Cátedra «Control del Fraude Fiscal y Prevención del Blanqueo de Capitales»
Broseta-UGR*

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: **El patrimonio reservable**, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015. 180 págs.

La presente obra supone un trabajo singular y novedoso, sobre una materia compleja tratada en profundidad. Como expone la autora en la introducción del trabajo, se hace en el mismo un estudio dogmático y jurisprudencial del elemento objetivo de la reserva, que PÉREZ GIMÉNEZ llama lineal, con la finalidad de delimitar cuáles son los presupuestos necesarios para que el patrimonio pueda considerarse como reservable. Con esta finalidad, estructura su exposición en dos capítulos.

En el primero de ellos, fundamento ineludible de todo lo que se explicará con posterioridad, la autora realiza una serie de consideraciones generales que permiten situar la naturaleza jurídica de la reserva dado que, como ella misma explica, su encuadre sistemático desde un punto de vista doctrinal no es unitario, existiendo distintas maneras de enfocar su estudio que obligan a la Jurisprudencia y a la doctrina a recurrir a criterios normativos que proceden de otras instituciones.

Por ello, y después de exponer las diferentes teorías que configuran la reserva del artículo 811 del Código civil destacando de la misma, bien sea su carácter limitador de la legítima de los ascendientes, bien que se trata de una limitación de disponer, manifiesta que, a su juicio, la consideración de la reserva lineal como sucesión excepcional que encuentra su origen en la ley aglutina en cierto modo las dos tesis anteriores; por ello desde una perspectiva metodológica defiende su estudio en la parte final del Derecho de Sucesiones.

Y ello en atención a los siguientes argumentos: de un lado, que la reserva lineal es una figura que goza de absoluta independencia tanto por razón del momento histórico-jurídico concreto en el que se introduce en nuestro Ordenamiento jurídico como por razón del fin que con la misma se persigue, evitar que los bienes cambien de línea familiar.

En la segunda parte de este primer capítulo se aborda la determinación de las normas a las que se ha de acudir a la hora de afrontar los problemas que deja sin resolver el artículo 811, con la intención de completar lo que no dice, sin olvidar su finalidad y su carácter de *ius singulare*, descartando la aplicación del principio de troncalidad en el que admite que se inspira la reserva, para acudir a la aplicación analógica de las reglas de la reserva clásica, pues se trata de dos variedades de la misma institución.

Siguiendo el *iter* de su exposición, PÉREZ GIMÉNEZ dedica el segundo de los capítulos a investigar el origen de los bienes y el concepto de la adquisición por el reservista para concluir que la procedencia de los mismos se determina en base a dos requisitos, de una parte, que los bienes pertenecieran a un ascendiente o a un hermano y de otra, que los hayan transmitido en virtud de un título lucrativo al descendiente en cuestión ya sea por donación, sucesión testada o intestada. Estos bienes solo serán reservables cuando sean heredados por ministerio de la ley por un ascendiente de línea diversa a la de procedencia de los bienes. En este punto, mantiene la autora, a mi juicio acertadamente, que se ha de aplicar la reserva siempre si la sucesión es intestada y en el supuesto de ser testamentaria a la legítima recibida extra o contra testamento, en ningún caso a la atribuida voluntariamente por testamento o donación.

Tras ello se dedica la segunda parte de este segundo capítulo a determinar si es posible o conveniente aplicar el principio de subrogación real a las etapas que pueden distinguirse: la reserva pendiente o en perspectiva y la reserva consumada o efectiva. La autora estudia con decisión y detenimiento el concepto general de subrogación real, cómo éste ha evolucionado y cómo funciona, relacionándolo de manera certera con la noción de patrimonio y los llamados patrimonios especiales, para abordar la cuestión relativa a su naturaleza jurídica, donde plantea la interrogante de si es un principio general o una institución jurídica autónoma, para concluir tras un detallado y pormenorizado estudio doctrinal y jurisprudencial que la subrogación real se debe configurar como un principio general complementario del principio de enriquecimiento injusto que cumple un doble papel, subsidiario o complementario de un lado y corrector de otro.

De estas premisas se deduce, la gran importancia que en la aplicación de la reserva tiene el principio de subrogación real, pues si bien en términos generales al reservista se le puede considerar titular de los bienes y por tanto facultado para realizar actos de disposición sobre los mismos; sólo podemos mantener esta conclusión si se le imponen las consecuencias de la subrogación real en caso de enajenación para no dejar carente de sentido el eventual derecho de adquisición de los reservatarios. Así, dándose los presupuestos de la reserva y existiendo reservatarios a la muerte del ascendiente, éste deberá entregarles los bienes reservables, pero si éstos no existieran en su patrimonio, se habrá de acudir a la subrogación real y a la subrogación en valor, en aras de la protección de su derecho.

Por último, se centra en individualizar los bienes reservables dando las pautas para determinar cuáles deben constituir la legítima y cuáles la parte libre, pues se plantea una cuestión que puede ser fuente de muchos conflictos para quienes mantienen que la expresión *por ministerio de la ley* se refiere tanto a los bienes que corresponden al ascendiente en la sucesión ab intestato del descendiente como así mismo la legítima en la sucesión testamentaria, incluso aunque se nombre heredero universal al mismo; pues si la legítima es reservable aunque el ascendiente la reciba conforme al testamento del descendiente, es prioritario individualizar los bienes concretos a los que afecta el precepto pues sus regímenes jurídicos serán diferentes.

Para finalizar, destaco que esta obra es de obligada lectura para aquellos académicos y especialistas que se enfrentan a la materia, plantea y estudia las cuestiones de una manera profunda y sosegada, y adopta soluciones coherentes y bien argumentadas, que permite al estudioso del Derecho Civil y del Derecho de Sucesiones un repaso por las principales instituciones del mismo, ofreciendo soluciones concretas a problemas de interpretación, lagunas y contradicciones que se presentan en atención a lo escueto y enrevesado del precepto estudiado y en el que la autora no elude ninguna de las materias que pudieran resultar más conflictivas y polémicas en la actualidad, dotándolo de una evidente vertiente práctica.

Por otra parte, se debe destacar que realizándose el estudio de una institución clásica del Derecho de Sucesiones, PÉREZ GIMÉNEZ realiza una concienzuda tarea interpretativa e investigadora, con rigor, claridad y precisión en la que destaca un lenguaje técnico pero comprensible y en la que introduce propuestas relevantes para el perfeccionamiento de las normas y su interpretación en nuestro sistema jurídico.

ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Borja Simón De Las Heras
Abogado en IURE LICET

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VANRELL, M^a Pilar, TORRES LANA, Jose Ángel y ACHÓN BRUÑEN, María José (Dirs.). **Estudio sistemático de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.** Dykinson, Madrid, 2018.

La obra de referencia supone un coloquio entre una mezcolanza de expertos juristas que se reúnen con el fin de analizar la repercusión multidisciplinar de la novedosa Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.

Lejos de decantarse por el acomodo del mero correlato del articulado de una nueva norma legislativa, los autores optan, en un auténtico ejercicio de responsabilidad, por destripar el significado de cada sintagma de la literatura de la mencionada Ley 26/2015, de 28 de julio.

Antes de adentrarse en el análisis de la nueva norma en materia de infancia y adolescencia, la obra ofrece al lector unos breves estudios sobre cuestiones angulares en esas lides.

Así, empieza un breve recorrido legislativo en materia de infancia y adolescencia, tanto nacional como internacional, que es continuado por el prestigioso, Sr. Luis Zarraluqui, con su metafórico “arte de legislar”, que resulta un cuidadoso estudio de las exigencias mínimas formales e incluso sustantivas de la labor legisladora, sin descuidar la relevancia del lenguaje de la norma.

Todo ello continúa con unas breves consideraciones en torno a la entrada en escena del menor en el espectro notarial, con especial énfasis en la protección del patrimonio del menor, y en la forma de materializar negocios jurídicos en nombre del menor y la capacidad de éste para intervenir en los mismos.

Toma el relevo, la catedrática, Sra. Maria Pilar Ferrer, para silogizar, con una honestidad encomiable, en torno al concepto del “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Realiza la autora un breve recorrido comparado, en términos tanto jurisprudenciales como normativos, en relación a la subrogación gestacional. Y dedica un espacio a la actual proposición legislativa nacional para su regulación, en la que se muestra especialmente crítica, no por su inidoneidad jurídica sino por su patológico irrealismo, con el debido carácter “altruista” de la gestante. No debe desconocerse la realidad social en la que tales contratos responden a una necesidad concreta de mujeres en situaciones de vulnerabilidad, que sólo justifican la existencia de tales gestaciones en la “compensación económica resarcitoria”, y en las que “el interés del menor” cede en favor del interés de los nuevos padres.

Los estudios concluyen con una visión práctica de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, de la mano de una especialista en derecho de familia, que comienza desechando falsas premisas, y asentando la posibilidad de que los hijos mayores de edad puedan solicitar alimentos a sus padres, mientras persista la situación de dependencia económica. Y, durante sus líneas, penetra al lector en cuestiones procedimentales y de corte sustantivas, en las que razona, entre otras cuestiones, sobre la repercusión de la convivencia familiar para la reclamación de la pensión de alimentos y en torno a las circunstancias fácticas y legales de extinción de una pensión de alimentos.

Dicho lo cual, la obra se estructura en cinco grandes bloques: la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la modificación del Código Civil; la modificación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las Disposiciones Adicionales, Finales y Transitorias.

La primera parte de la obra se dedica a analizar la reforma operada de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No es menester en estas líneas, entrar a analizar cada reforma operada, ni el significado de cada artículo introducido, ya que tal labor es tributaria de los autores que elaboran, con suficiente rigor, la obra.

Únicamente comentaremos, como aspectos más relevantes, la introducción del Capítulo III en el Título I de la LO 1/1996, con la rúbrica «Deberes del menor», en la que se establecen deberes, obligaciones y responsabilidades del menor, en general, y en los ámbitos familiar, escolar y social. En la obra, la catedrática Beatriz Verdura, la doctrina María Luisa Zahino y la profesora Francesca Llodrà, son las encargadas de analizar el extenso Capítulo, a través de un exhaustivo análisis, conjugado con doctrina y derecho comparado, que adentra en el significado de cada deber del menor, contextualizado en los debidos antecedentes históricos y sociales.

Otras reformas significativas, que se tratan con una encomiable profundidad en la obra, son la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales, que ya es, hoy por hoy, una realidad, en la que se contiene la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación de menores. Y se establece, también, como requisito para acceder a una profesión que implique contacto habitual con menores, no estar inscrito en tal Registro.

Por último, los autores se adentran en un exhaustivo análisis de la reforma de las instituciones de protección a la infancia, en la que se definen, por fin, las situaciones de riesgo y desamparo, se modifica el acogimiento familiar, sin que sea preceptiva la intervención del juez y con una participación más activa de la Administración.

La segunda parte de la obra aborda las modificaciones del Código Civil, en la que los autores profundizan en las reformas operadas, con especial énfasis en la nueva regulación sobre acciones de filiación (reclamación de filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial); las competencias de las Entidades Públicas en materia de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda; la reforma de las instituciones jurídicas de protección al menor (desamparo, guarda provisional y voluntaria y acogimiento) y la profunda reforma en materia de adopción (*v.gr.* capacidad de los adoptantes, idoneidad para adoptar, creación de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta, modificación de los derechos de los adoptados, etc.).

La tercera parte de la obra se centra en las modificaciones de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en la que los autores profundizan en las reformas operadas, con especial énfasis en el nuevo concepto de adopción internacional; el nuevo sistema de competencias de la Administración estatal y autonómicas; la modificación de las previsiones de garantía de las adopciones internacionales; la clarificación de las obligaciones de los adoptantes y la modificación de normas de Derecho internacional privado.

La cuarta parte aborda las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en las que los autores profundizan en las reformas operadas, con especial énfasis en sede de acumulación de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección del menor; la prohibición de la ejecución provisional de las sentencias dictadas en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y el establecimiento del procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas.

La quinta parte analiza toda la amalgama de Disposiciones Adicionales, Finales y Transitorias, con especial preocupación por el régimen temporal fijado por las distintas transitorias para la vigencia de las distintas reformas operadas merced a la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Por último, igualmente se modifican, aunque de manera más residual, otras normativas como la Ley de Protección de Familias Numerosas; la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo; y la Ley 39/2006 de Dependencia o la Ley General de la Seguridad Social.